

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

BRUNA GARCIA DE MEDEIROS TYRRASCH

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES DA LEI DE DROGAS (Nº 11.343/06): UMA ANÁLISE COMPARADA
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Maceió/AL

2023

BRUNA GARCIA DE MEDEIROS TYRRASCH

**A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES DA LEI DE DROGAS (Nº 11.343/06): UMA ANÁLISE COMPARADA
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), unidade acadêmica da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Maceió/AL

2023

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

T993i Tyrrasch, Bruna Garcia de Medeiros.

A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes da Lei de drogas (nº 11.343/06): uma análise comparada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal / Bruna Garcia de Medeiros Tyrrasch – 2023.

49 f.

Orientador: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) –
Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas.
Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 47-49.

1. Princípio da insignificância. 2. Drogas e crime. 3. Direito penal. 4. Lei de drogas. I. Título.

CDU: 343.575

Que a tua vida não seja uma vida estéril. - Sê útil. - Deixa rasto. (...)

Caminho (São Josemaria Escrivá)

RESUMO

Este trabalho pretende investigar a (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes da Lei nº 11.343/06 na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Com tal propósito, na primeira parte, vale-se da pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira para analisar o contexto histórico e fundamentos para elaboração teórica do instituto, sua natureza jurídica e sua correlação com alguns outros princípios do Direito Penal, quais sejam, princípio da ofensividade, da intervenção mínima e da adequação social. O terceiro capítulo aborda aspectos gerais da Lei de Drogas e dos crimes nela previstos, com a exposição dos bens juridicamente tutelados, dos elementos normativos e traços distintivos dos tipos penais e demais elementos necessários à compreensão das razões de decidir dos Tribunais Superiores. No capítulo seguinte, por meio de pesquisa jurisprudencial nos acervos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), foram selecionados e analisados criticamente alguns precedentes a fim de sistematizar os parâmetros e critérios valorados pelas Cortes para aplicação do princípio e trazer subsídios para compreender a divergência de posicionamento dos Tribunais Superiores e suas respectivas Turmas em torno da matéria em questão.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da insignificância. Crime de drogas. Aplicabilidade. Jurisprudência.

ABSTRACT

This work aims to investigate the (in)applicability of the principle of insignificance to the crimes of Law nº 11.343/06 in the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court. With this purpose, in the first part, national and foreign bibliographical research is used to analyze the historical context and foundations for the theoretical elaboration of the institute, its legal nature and its correlation with the principles of Criminal Law, namely, the principle of offensiveness, of minimal intervention and social adequacy. The third chapter deals with general aspects of the Drug Law and the crimes foreseen therein, with the exposition of the legally protected assets, the normative elements and distinctive features of the criminal types and other elements necessary for the understanding of the reasons for deciding of the Superior Courts. In the following chapter, through jurisprudential research in the collections of the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF), some precedents were selected and critically analyzed in order to systematize the parameters and criteria valued by the Courts for the application of the principle and bring subsidies to understand the divergence of positioning of the Superior Courts and their respective Panels around the matter in question.

Keywords: Criminal Law. Principle of insignificance. Drug crime. Applicability. Jurisprudence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CONTEXTO HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	9
3	FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	15
4	A CORRELAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	24
i)	Princípio da ofensividade	25
ii)	Princípio da intervenção mínima	26
iii)	Princípio da adequação social.....	27
5	AS ESPECIFICIDADES DA LEI Nº 11.343/06	28
6	O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	31
6.1	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	32
6.2	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	40
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, fruto do esforço dogmático garantista, foi inegável e indeclinavelmente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro como princípio básico informador do Direito Penal. Trata-se de uma ferramenta de interpretação restritiva da tipicidade penal, concebendo cunho valorativo à sua vertente material, para considerar materialmente atípicas as condutas que, embora subsumíveis a um tipo penal, não representem uma lesão relevante ao bem juridicamente tutelado.

Tal princípio ganha especial relevância num país como o Brasil, onde os altos índices de reincidência escancaram a deficiência estrutural do Sistema Penal, sobretudo a crise do Sistema Penitenciário tradicional que, não raramente, serve como instrumento de reforço de valores negativos e da desigualdade social.

É consenso entre especialistas que o país pune muito e pune mal. No Brasil atual, é mais fácil condenar um indivíduo pelo porte de quantidade ínfima de droga do que um agente econômico que comete uma fraude milionária, e, nesse contexto, o princípio em estudo serve para viabilizar, pela via judicial, a racionalização do sistema jurídico-penal, descriminalizando os comportamentos que devam permanecer fora do âmbito de proibição formulado pelo legislador na tipificação legal.

Neste trabalho, pretende-se analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 11.343/06, tendo em vista que o entendimento atual prevalecente – não necessariamente o mais adequado - nos Tribunais Superiores é o da inadmissibilidade do instituto em tais crimes em face da presunção legal de perigo ao bem jurídico tutelado, que é a saúde pública.

Para tal, no segundo capítulo, utiliza-se, de modo geral, de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira para analisar o contexto histórico e as bases teóricas para formulação do princípio, bem como apresenta-se o debate doutrinário acerca de sua natureza jurídica, a fim de compreender com segurança o momento de aferição da insignificância da conduta delituosa e as balizas postas doutrinariamente à cognição judicial para afastar a existência do crime.

Adiante, expõe-se os fundamentos e critérios para aplicação do instituto, ressaltando-se a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 84.412/SP, em 19 de outubro de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que consta referência expressa ao princípio como causa de exclusão da tipicidade material e os quatro vetores para tornar a conduta atípica, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do

agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em seguida, demonstra-se a existência de controvérsia entre as Cortes na interpretação destes requisitos, inclusive dentro das Turmas de um mesmo Tribunal, e, para melhor observação, divide-se a análise em duas partes: (i) na primeira, são examinadas as decisões que (des)caracterizam a insignificância devido à reiteração delitiva; (ii) na segunda, são analisados os acórdãos que aplicam ou não o princípio em razão da incidência de qualificadoras e da capacidade financeira da vítima. E, concluindo o capítulo, são apresentados os principais princípios penais correlatos ao princípio da bagatela, a saber, o princípio da ofensividade, da intervenção mínima e da adequação social.

O terceiro capítulo trata dos aspectos mais relevantes da Lei nº 11.343/06, que teve como principal finalidade conferir tratamento diverso ao usuário e ao traficante de drogas, com foco em medidas de prevenção ao uso e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Posteriormente, são abordados aspectos gerais dos crimes nela previstos, esclarecendo quais figuras delituosas são tidas como tráfico de drogas, bem como os bens juridicamente tutelados e algumas particularidades dos tipos penais, para uma melhor reflexão acerca das decisões dos Tribunais Superiores no capítulo seguinte.

Por fim, vale-se da pesquisa jurisprudencial nos acervos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para examinar seus julgados e expor os parâmetros de interpretação jurisprudencial da matéria de cada tribunal ao definir a (in)aplicabilidade do princípio em estudo aos crimes da Lei 11.343/06, buscando verificar a possibilidade lógico-sistemática da aplicação da insignificância também a estes crimes.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A doutrina não é uníssona quanto à origem do princípio da insignificância. A corrente majoritária, capitaneada por Diomar Ackel Filho e Carlos Vico Mañas, reconhece sua gênese no Direito Romano por meio da aplicação do adágio latino *minima non curat praetor*¹. Para esses autores, já nesse momento da história romana, a insignificância do resultado lesivo e a ausência de justificação da pena seriam aptos para afastar a criminalização da conduta, tendo em vista que o pretor não deveria se ocupar de bagatelas.

Já para Maurício Ribeiro Lopes, a máxima serviu apenas como referência para a formulação do princípio, pois faltaria especificidade na sua aplicação na esfera penal, já que o brocardo, à época, era empregado para justificar a ausência de providências do pretor no âmbito civil. Nesse sentido, ressalta que o princípio da insignificância decorre da própria natureza fragmentária do Direito Penal e surge a partir da evolução e dos desdobramentos do princípio da legalidade, cuja origem remonta ao pensamento jusfilosófico dos iluministas.²

O professor afirma também que a criminalidade de bagatela (*Bagatelledelikte*) eclodiu na Europa como decorrência das condições de miserabilidade, desemprego e escassez de gêneros alimentícios após as duas guerras mundiais, tendo sido registrado um considerável aumento dos crimes de natureza patrimonial de bens de pequeno valor.

É possível ainda, considerando sua conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Poder Público, firmar as raízes para sua elaboração teórica desde a Revolução Francesa, com a edição da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que prescrevia no art. 5º: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade” e no art 8º: “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.³

Entretanto, sem olvidar da contribuição desses antecedentes para carga axiológica do princípio em estudo, a literatura especializada reconhece que ele foi erigido por Claus Roxin, em 1964, em sua obra “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, na qual ele propõe uma interpretação restritiva dos tipos penais, como forma de contenção da criminalidade⁴:

¹ ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. São Paulo: TJSP, v. 94, p.72-77, abr./jun./1988 p.73 apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87.

² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à Luz da Lei 9.099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

³ Universidade de São Paulo. Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

⁴ SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais: coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97:

Uma análise abrangente da evolução da jurisprudência poderia demonstrar que nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio, uma proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou a um crescimento considerável da criminalidade em vários delitos. Sob o ângulo do princípio *nullum-crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado “princípio da insignificância”, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível” para adentrar no marco da criminalidade.⁵

Com efeito, o princípio foi inserido no sistema jurídico-penal como uma excludente da tipicidade material, como queria Roxin, restringindo a intervenção penal às condutas que causem ofensa concreta e intolerável ao bem jurídico tutelado.

Da leitura do exposto acima conclui-se que o formulador do princípio sustentou sua aplicação inclusive aos crimes praticados com grave ameaça, como salienta com relação aos crimes de ameaça e de constrangimento ilegal. E tal pretensão justifica-se, na precisa lição de Cezar Bitencourt, pelo fato de que a aferição da insignificância da conduta deve levar em conta não só a importância do bem juridicamente tutelado, mas especialmente o grau da intensidade da ofensa.⁶

Assim, caso não seja dispensável a investigação quanto à irrelevância do fato (v.g. homicídio), está o intérprete autorizado a perquirir se houve efetiva lesão a bens individuais ou sociais, ou se a drasticidade da intervenção estatal se revelaria desproporcional à ofensa perpetrada ao bem jurídico.⁷

Código de Trânsito Brasileiro, e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, v.2., p. 87.

⁵ ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46-48.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 144.

⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Direito Penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais/ Alberto Jorge C. de Barros Lima. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

Nesse particular, frise-se que a atividade judicante, embora criativa, deve ser balizada pelos critérios e pela seleção dos bens jurídicos tuteláveis elencados pelo Poder Legislativo, a quem é conferida a função privativa de definir quais bens são social e penalmente relevantes.

Dessa forma, as lesões resultantes de infrações penais de menor potencial ofensivo (definidas pela Lei 9.099/95) não são, por si só, insignificantes, elas somente foram consideradas menos importantes pelo legislador quando do cotejo dos bens tutelados e das sanções correspondentes.

Todavia, dada a fluidez dos institutos sociais e a infinita possibilidade de hipóteses a serem reguladas, cabe ao magistrado garantir a racionalização do sistema jurídico-penal, descriminalizando os comportamentos que devam permanecer fora do âmbito de proibição idealizado pelo legislador ao formular os tipos penais.⁸

Para tal desiderato, faz-se necessário conhecer a natureza jurídica do instituto, que segundo a doutrina e jurisprudência funciona como uma excludente de tipicidade, excludente de antijuridicidade ou excludente de culpabilidade. A seguir serão expostas as três posições e as implicações de adotá-las.

i) Excludente de tipicidade

Registre-se, desde logo, que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência pátrias é de que o princípio da insignificância possui natureza jurídica de causa excludente de tipicidade. Por todos, cite-se Francisco de Assis Toledo⁹, Cezar Bitencourt¹⁰ e Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez¹¹.

⁸ Registre-se que há expressiva corrente doutrinária que sustenta a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial que, enquanto primeira garantidora dos direitos fundamentais, pode deixar de instaurar o inquérito policial. Nesse sentido: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Investigação Criminal pelo Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49: “Inexiste dispositivo legal limitando a análise do delegado de Polícia à tipicidade formal. Ademais, o inquérito policial desacompanhado do *fumus commissi delicti* traduz um procedimento natimorto, fadado a movimentar inutilmente a máquina estatal, com todo o ônus decorrente. A instauração indiscriminada de cadernos investigativos acarreta imenso prejuízo financeiro ao Estado, sendo custo do procedimento indevido assimilado pela coletividade.” Sobre o tema, o STJ tem informativo de jurisprudência (nº 441) no sentido de que o juízo acerca da incidência do princípio da insignificância deve ser realizado somente pelo Poder Judiciário. (Informativo de Jurisprudência STJ nº 441. Brasília, 28 de junho a 6 de agosto de 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/4536/4721>. Acesso em: 14 fev. 2023).

⁹ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 121/122;

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, págs. 142/144.

¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-122.

Como bem assinala Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o legislador, ao fabricar as figuras típicas penais, objetivando alcançar o maior número possível de comportamentos que lesem a ordem jurídica e social, inevitavelmente, tipifica de forma absoluta, não restringindo o alcance da proibição somente aos casos que gerem prejuízos relevantes aos bens jurídicos. Daí a importância do princípio em estudo como ferramenta interpretativa restritiva do tipo penal para que o juiz, examinando o caso concreto, verifique se a lesão ocasionada foi muito aquém da prevista em abstrato pelo legislador.¹²

Para tanto, faz-se necessário considerar o tipo penal como um instituto com conteúdo valorativo, não bastando que a conduta seja subsumível formalmente a um tipo penal, mas também que seja materialmente lesiva de bens jurídicos, ou ética e socialmente condenável.

Nesse sentido é o magistério doutrinário de Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez:

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância [...] não tem previsão legal no direito brasileiro [...], sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo civil *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.¹³

A tipicidade penal, ao lado da conduta, nexa causal e resultado, é um dos elementos do fato típico, primeiro substrato do conceito analítico de crime, de modo que, inexistindo tipicidade material, não há que se falar em crime.

Ou seja, mesmo havendo perfeita adequação do fato à norma incriminadora (tipicidade formal), se o juízo de valor da tipicidade material, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, revelar-se tolerável ou insignificante, admite-se o princípio da insignificância como hipótese de atipicidade material da conduta.

Zaffaroni, tratando sobre a temática, desenvolveu a teoria da tipicidade conglobante, segundo a qual a tipicidade é composta pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante, esta formada pela tipicidade material e pela antinormatividade do ato – ato não determinado ou não incentivado pela lei. Com tal construção, o autor pretendia conferir harmonização entre os

¹² Princípio da Insignificância no Direito Penal, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, págs. 117/118.

¹³ Ob. Cit., p. 121-122.

ramos do Direito, tendo em vista a necessidade de um ordenamento jurídico logicamente coerente.

Para ele, a tipicidade conglobante tem o condão de corrigir a tipicidade legal, afastando do âmbito típico as condutas que somente aparentemente estão proibidas, citando, como exemplo, a conduta de um oficial de justiça que, em cumprimento de ordem judicial, realiza o sequestro de um quadro. Ele explica que, para parte da doutrina, o oficial teria agido amparado pela excludente de antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, CP), sendo a conduta, portanto, típica. Zaffaroni rejeita tal conclusão argumentando que “tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe”.¹⁴

Logo, seguindo esta concepção, percebe-se que há uma migração do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito, ambos incentivados pelo ordenamento, da ilicitude para a tipicidade, não ocorrendo o mesmo com a legítima defesa nem com o estado de necessidade porque não são incentivados, mas sim tolerados pela lei.¹⁵

ii) Excludente de antijuridicidade

A antijuridicidade, também denominada ilicitude, se traduz numa conduta típica que não é permitida ou justificada pelo ordenamento jurídico, tido como um todo, ou seja, que não tem respaldo em nenhum preceito permissivo do direito penal, civil, administrativo etc.

Os partidários dessa corrente, como Alberto Silva Franco e Carlos Frederico Pereira¹⁶, afirmam que a insignificância se espelha na antijuridicidade material, não devendo-se imprimir o juízo valorativo de relevância ou não da ação ou do resultado ao tipo penal, que é figura meramente descritiva, mas sim quando da análise da antijuridicidade.

Segundo Damásio de Jesus, esta corrente é inadequada, pois o juízo de ilicitude é feito por exclusão, sendo antijurídico o fato típico não acobertado pelas causas de justificação do art. 23 do Código Penal¹⁷, em normas permissivas localizadas na Parte Especial ou em leis

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 482-483.

¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 292.

¹⁶ PEREIRA, Carlos Frederico de O. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. Revista do Ministério Público Militar. Brasília: MPM, n. 13, 1991, p 50.

¹⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

especiais. Assim, o princípio da insignificância não pode ser enquadrado como causa excludente de ilicitude por inexistir previsão expressa nesse sentido.¹⁸

iii) Excludente de culpabilidade

Esta última corrente se fundamenta na limitação da ingerência do Estado e na necessidade de justificação ética para imposição da sanção penal. O jurista Abel Cornejo, adepto desta posição, adverte que a falta de proporcionalidade entre a lesão penalmente insignificante e a sanção penal correspondente torna conveniente a dispensa de aplicação da pena no caso concreto, pois ausente sua justificação ética, excluindo-se, por consequência, a culpabilidade.¹⁹

Outros adeptos desta corrente propugnam que a tipicidade, a rigor, não se mostra uma categoria adequada para valorar quantitativamente a ofensividade do fato (classificação da dimensão da afetação do bem jurídico), nem o significado social do fato ante a habitualidade delitiva do agente. Argumentam, nesse sentido, que a tipicidade, assim como a ilicitude, é uma categoria de conteúdo absoluto, que não pode ser graduada, nem pode ser aferida pela análise da conduta social do sujeito, pois esse dado não integra o fato típico.²⁰

Sob essa perspectiva, a tipicidade não deve ser utilizada para categorizar a insignificância penal de uma conduta, pois não se mostra suficiente para classificar todos os critérios estipulados para a qualificação da bagatela, pois tal classificação depende de um juízo conglobante que abrange outros aspectos subjetivos e objetivos, além da dimensão da afetação do bem jurídico (tipicidade material), como o comportamento social do sujeito, que inclui a habitualidade delitiva, e as características peculiares da vítima do crime.

Repise-se que o comportamento social do sujeito não constitui uma elementar do tipo, tampouco compõe o fato típico, pois é avaliado pelas condutas anteriores à prática delitiva específica.

À vista disso, sustentam que a tipicidade – mesmo considerada em seu aspecto material – não é uma categoria adequada para identificação da irrelevância penal do fato, porque esta resulta do exame de aspectos que desbordam dos elementos pertinentes à dimensão da afetação do bem jurídico.

¹⁸ JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 155.

¹⁹ CORNEJO, Abel, apud, Ivan Luis da. Princípio da Insignificância no direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 168.

²⁰ STF-HC 218791 / MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 16/08/2022
Publicação: 17/08/2022

3 FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

O princípio da insignificância, fruto do esforço dogmático garantista, emerge para afastar a punição excessiva de atos de baixa (ou nenhuma) lesividade e possibilitar, pela via judicial, a aplicação segura, subsidiária e racional do Direito Penal, em função dos próprios objetivos por ele visados.

Desde meados do século XIX, já havia escritos tratando da hipertrofia da legislação penal e do uso abusivo da pena, o que levaria, conforme as lições do criminalista toscano Giuseppe Puccioni, à sobrecarga dos Tribunais e o conseqüente retardamento da administração punitiva, bem como à um agravamento das finanças públicas sobre quem recai o encargo de manutenção dessa ingente massa de condenados.²¹

Na precisa lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, a disfuncionalidade do sistema penal, inapto estruturalmente a cumprir suas funções e marcado pela seletividade, repressividade e estigmatização²² da população carcerária, produziu, ao longo dos anos, sua deslegitimação, que é espelhada na sensação generalizada de impunidade e no descrédito nas instituições oficiais.

Com efeito, uma breve pesquisa da atual jurisprudência dos tribunais pátrios acusa a seletividade do sistema. O que há, em verdade, é a institucionalização da criminalização da pobreza, já que, por exemplo, um agente que comete um crime patrimonial de pequena monta, sendo reincidente, possivelmente iniciará o cumprimento de pena, no mínimo em regime semiaberto, enquanto um indivíduo que pratica descaminho por duas vezes, sonogando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em tributos na primeira oportunidade e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na segunda não tem contra si persecução penal, por não ter sido ultrapassado o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

A repressividade do sistema penal brasileiro é tal que há quem sustente que a aplicação jurisprudencial do princípio em estudo não parece ter sido lastreada em uma reflexão dogmática sobre os contornos da tipicidade material, mas em razões mais pragmáticas: a crise de superlotação penitenciária e uma demanda político-criminal para evitar os efeitos criminógenos

²¹ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.

²² *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina* (primer informe), Coord. Eugenio Raúl Zaffaroni .Buenos Aires: Depalma, 1986, p .7.

do cárcere, em especial, a marginalização do detento e seu direcionamento para a prática de delitos mais graves.²³

Nesse prisma, se impõe a superação do raciocínio meramente silogístico concebido originariamente à atividade judicante, a fim de evitar erros, impropriedades, atecniais e deficiências que os textos legais invariavelmente apresentam. O magistrado, além de definir o sentido e alcance dos textos normativos, precisa guiar-se por entendimentos jurisprudenciais racionalizados e uniformes, do ponto de vista teórico e prático, para efetivamente produzir a melhor solução jurídica para o caso sob julgamento.

No Brasil, embora o princípio da insignificância não conte com reconhecimento normativo explícito na ordem jurídica, considera-se que a jurisprudência da Corte Suprema o acolheu expressamente em 06.12.1988, nos autos do RHC n. 66.869/PR, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, no qual se consignou:

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas.²⁴

Todavia, são encontrados precedentes ainda mais remotos, que foram consubstanciados na mesma *ratio* - a irrelevância penal dos fatos – para afastar a existência de crime, quais sejam, o HC 39.289, de relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, julgado em 08.08.1962, em que se discutiu o furto de sete metros de pano cru, tendo sido concedida ordem de habeas corpus por ausência de dolo, assim como nos autos dos RHC 47.694, de relatoria do Ministro Thompson Flores e HC 48.370, de relatoria do Ministro Djaci Falcão, julgados em 09.03.1970 e 15.12.1970, respectivamente, em que foi reconhecida a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, pelo fato de as condutas terem ocorrido antes do advento do Decreto-Lei nº 385/1968.²⁵

Nada obstante, os critérios para aplicação do princípio em estudo foram fixados na paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 84.412/SP, em 19 de outubro de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello. No acórdão consta referência expressa ao princípio como causa de exclusão da tipicidade material, e os quatro

²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância, in: Temas relevantes de direito penal e processual penal, Luiz Rascovski (coord.), 2012, p. 241/242.

²⁴ (STF, RHC n. 66.869/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho, DJ 28/4/1989, p. 6.295)

²⁵ STF- HC 123.108 / MG – Minas Gerais. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Data de Julgamento: 03/08/2015. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 01-02-2016

vetores que devem ser considerados para tornar a conduta atípica, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.²⁶

Estes requisitos não escaparam das críticas da literatura especializada, merecendo registro a de Paulo Queiroz e de Ângelo Ilha, respectivamente:

Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo²⁷.

Em primeiro lugar, a expressão mínima ofensividade da conduta do agente é um tanto vaga. Tal afirmação para indicar o que seja insignificância ou bagatela não resulta em qualquer indicativo prático, de modo a orientar o aplicador da lei. Tarefa de real relevância seria estabelecer-se, isso sim, em que consiste a aludida mínima ofensividade.

O segundo requisito, designado nenhuma periculosidade social da ação, também se ressent de melhores indicativos, aproximando-se de concepções ao estilo soviético, em que os enunciados de conteúdo vago assumiram prestígio.

O terceiro requisito diz respeito, desde a contribuição de Alexander Graf zu Dohna e Hans Welzel, ao juízo de valoração (culpabilidade), e não ao objeto de valoração (injusto), motivo por que se revela como uma espécie de corpo estranho no que tange ao estabelecimento de um critério válido. Por fim, o quarto e último requisito é, ao fim e ao cabo, uma repetição do primeiro, mas com outras palavras²⁸.

De fato, a vagueza e o caráter aberto dos vetores fixados no julgado têm gerado uma grande discrepância no entendimento da matéria na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que não disfarçam a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção teórica.

Constata-se que há segmento jurisprudencial que tem exigido, além do desvalor do resultado ou da ação, algumas circunstâncias alheias ao juízo de tipicidade, como o desvalor da culpabilidade do agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias etc., nos termos do art. 59 do CP), a reiteração delitiva e até a presença de circunstâncias de caráter objetivo, como a incidência de qualificadoras e a capacidade financeira da vítima.

A controvérsia, como se verá adiante, se dá inclusive dentro das Turmas de um mesmo Tribunal, e, para melhor observação, a análise será dividida em duas partes: (i) na primeira, serão examinadas as decisões que (des)caracterizam a insignificância devido à reiteração

²⁶ (Cf. HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004).

²⁷ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ 2008, p. 53.

²⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, 1964 – Curso de direito penal: parte geral/ Ângelo Roberto Ilha da Silva; prefácios Miguel Reale Júnior, Vicente Greco Filho – 2. Ed. – Belo Horizonte. D'Plácido, 2021, p. 87-88.

delitiva; (ii) na segunda, serão analisados os acórdãos que aplicam ou não o princípio em razão da incidência de qualificadoras e da capacidade financeira da vítima.

i) Reiteração delitiva

A partir da leitura de diversos acórdãos dos Tribunais Superiores, verifica-se que prevalece o entendimento de afastar a aplicação do instituto em face da reincidência do acusado, embora haja exceções (v.g.: HC 112.400, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 106.068, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 93.393, Rel. Min. Cezar Peluso etc).

Nesse sentido, colaciona-se as seguintes jurisprudências do STF e do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO DE UMA CAIXA DE CHOCOLATES NO VALOR DE R\$54,60. RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. RES FURTIVA DE VALOR INFERIOR A 8,84% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. REINCIDÊNCIA X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DESFAVORÁVEL AO RÉU. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. “(...) 2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. 3. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. 4. Situação em que, a despeito de a tentativa de furto ter recaído sobre bem cujo valor correspondia a 8,84% (oito vírgula oitenta e quatro por cento) do valor do salário mínimo à época do fato, tanto o primeiro quanto o segundo grau de jurisdição refutaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, diante da reincidência e do fato de que o delito não fora praticado em estado de necessidade, representando a conduta do réu "verdadeira alternativa de sobrevivência, (...) inadmissível, ainda mais para um cidadão de 40 anos de idade, saudável, residente em local onde há sobra de oferta de trabalho lícito, bem como onde também há assistência social capaz de suprir as necessidades básicas do cidadão - alimentação, local para dormir e banhar-se". (EREsp 1.531.049/RS, Terceira Seção, DJe 01/06/2016).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES A DEMONSTRAR A CONTUMÁCIA DELITIVA: PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi denunciado pelo furto de dois rolos de tela de arame galvanizado avaliados em R\$140,00 (cento e quarenta reais), valor superior a 22% do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Lesividade evidenciada. Contumácia delitiva constatada. 2. O criminoso contumaz, mesmo praticando crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse adotado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em ilícito meio de vida. 3. O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente

desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar bagatela, devendo ser submetidos ao direito penal. 4. Ordem denegada. (STF- HC 133.252/MG, Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016).

Quanto ao tema, por maioria, foram fixadas as seguintes teses no julgamento do Habeas Corpus 123.108/MG, que foi remetido ao Plenário da Suprema Corte:

- (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e
- (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.²⁹

Neste último julgado (HC 123.108/MG), em que se discutiu o furto de um par de sandálias da marca Ipanema, avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais), extrai-se as razões do Supremo Tribunal Federal para obstar a aplicação do princípio até mesmo aos agentes primários, mas considerados contumazes na prática delitiva (e.g.: HC 122.030-AgR/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 27.8.2014).

Em síntese, há registro de que a jurisprudência, interpretando os vetores delineados no HC 84.412/SP e buscando dar-lhes concretude, avançou no sentido de considerar a contumácia delitiva um fator causador de prejuízo relevante à integridade da ordem social, que afasta o “reduzido grau de reprovabilidade da conduta”, garantindo que não se trata de adotar o direito penal do autor, bem como que não há que se cogitar ofensa ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República).

Assentou-se que a avaliação que pertine ao juízo de tipicidade material concentra-se na conduta criminosa praticada por um agente recalcitrante ou com antecedentes imaculados, e não no agente em si. Tal raciocínio foi desenvolvido valendo-se da ponderação da extensão do dano imposto à ordem jurídica de maneira global, não se restringindo ao grau de ofensa ao bem jurídico isoladamente considerado, conforme o magistério de Cezar Bitencourt:

a insignificância da ofensa afasta a tipicidade [material], mas essa insignificância somente pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, ‘a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido

²⁹ STF - HC: 123.108 MG. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 01-02-2016.

à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que estes pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada'.³⁰

Noutros termos, a proteção dos bens jurídicos sob a tutela do Direito penal é difusa, não sendo dirigida aos indivíduos considerados isoladamente, mas em conjunto, de modo que toda ofensa ao patrimônio, à liberdade, à honra ou à integridade física de um indivíduo atinge, reflexamente, toda ordem jurídica.

Nessa perspectiva, é imprescindível que se averigüe as conseqüências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade, sob pena de desvirtuar o objetivo do legislador quando formulou a tipificação legal e de cancelar condutas criminosas de pequena monta.

À guisa de conclusão deste tópico, registre-se que, a despeito da divergência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que a prática de infração bagatelar, de forma isolada e praticada por agente com antecedentes imaculados não gera ofensa penalmente relevante à ordem jurídica estatal, autorizando a aplicação do princípio da insignificância em razão do “desvalor do resultado” ser pouco relevante. De outro lado, a reiteração delitiva, por atacar mais fortemente a ordem jurídica, em regra, impede a incidência do instituto, visto que o “desvalor do resultado” não é irrelevante.

ii) Circunstâncias de caráter objetivo

No que tange à aplicação do princípio tendo em conta a capacidade financeira da vítima, o posicionamento dos Tribunais Superiores é de que se deve sopesar o reflexo do delito na esfera patrimonial da vítima. Tal ponderação se refere ao requisito da inexpressividade da lesão jurídica provocada e leva-se em consideração, por exemplo, o valor da *res furtiva*. Seguem-se ementas de acórdãos representativos da controvérsia jurisprudencial entre os tribunais:

DIREITO PENAL. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETROS E CRITÉRIOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. AUSÊNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pelo recorrente na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal. 2. Registro que não considero apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). Como já analisou o Min. Celso de Mello, no precedente acima apontado, o princípio da insignificância tem como vetores "a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada." (HC 84.412/SP). 3. No presente caso, considero que tais vetores não se fazem

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 59).

simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. 4. No caso em tela, a lesão se revelou significativa não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta." Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada. 5. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (STF - RHC: 96813/RJ, Relator: Ministra Ellen Grace, Data de Julgamento: 31/03/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2009).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO DE CHOCOLATES. BENS AVALIADOS EM 8,84% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES. 1. Este Colegiado da Sexta Turma tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente. 2. Não obstante seja o réu reincidente na prática do delito de furto (duas condenações penais) e responda a outras duas ações penais em curso, deve ser reconhecida como insignificante a conduta consubstanciada na tentativa de furto, de um estabelecimento comercial, de uma caixa de chocolates avaliada em R\$ 54,60, correspondente a cerca de 8,84% do salário mínimo então vigente, tendo em vista as circunstâncias particulares do caso. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1531049/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2015, DJe 17/9/2015).

Já quanto à caracterização da insignificância nos crimes praticados sob circunstâncias qualificadoras, o Supremo Tribunal Federal, analisando especificamente as hipóteses de furto qualificado (art. 155, § 4º, do Código Penal)³¹, firmou seu entendimento no sentido de recusar a aplicação do princípio em estudo, ainda que seja inexpressivo o valor do objeto furtado, haja vista a maior lesividade social da conduta, e o fato de que o legislador ordinário, ao qualificar a conduta incriminada, já designou o maior grau de afetação social da conduta.³²

Saliente-se que, em 03/08/2015, no julgamento conjunto dos HC nº. 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG - sendo os dois últimos casos de furtos qualificados -, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, definiu que a incidência do princípio da bagatela deve ser feita com base na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e na regra geral de proporcionalidade para garantir a individualização da pena, e sua compatibilidade com a

³¹ Art. 155, § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

³² HC 118.853/ES, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 19.5.2014.

natureza e a repercussão do delito. Destacou-se ainda que a aferição da insignificância deve ser realizada caso a caso, pois a uniformização de tratamento não seria desejável, tendo em vista as diversas realidades sociais, econômicas e culturais no país. (Informativo n. 793/STF).³³

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, embora, na maioria dos casos, também obste o reconhecimento da insignificância, quando presentes qualificadoras como decorrência da maior reprovabilidade e ofensividade da conduta, tem admitido excepcionalmente a aplicação do instituto, conforme ilustra-se com os seguintes precedentes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. BEM DE VALOR ÍNFIMO. UMA PLACA DE GRAMA PERTENCENTE À PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. [...] 3. Embora a jurisprudência desta Corte tem rechaçado a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto qualificado, bem como quando o agente for reincidente ou portador de maus antecedentes, tendo em vista maior ofensividade e reprovabilidade da conduta, no caso em apreço, foi furtada pelos réus, primários e sem antecedentes penais desabonadores, uma placa de grama, cujo valor à toda evidência não ultrapassa o montante de R\$ 5,00 (cinco reais), pertencente à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. 4. Assim, a despeito do furto ser qualificado, este Tribunal Superior entende que é recomendável a aplicação do princípio bagatelar, pois se trata de uma hipótese excepcional, em que foi constatada a ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, a mínima ofensividade da conduta dos agentes, bem como a ausência de antecedentes penais. 5. Embargos declaratórios acolhidos com efeitos infringentes, a fim de conhecer do recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, porquanto interposto tempestivamente e, no mérito, negar-lhe provimento. (EDcl no AgRg no REsp 1800082/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE R\$ 2,95 (DOIS REAIS E NOVENTA E CINCO CENTAVOS) EM MOEDAS. RESTITUIÇÃO A EMPRESA VÍTIMA. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SIGNIFICATIVA DA CONDUTA DO AGENTE.

EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Como regra, a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Deve-se, todavia, considerar as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, de maneira a verificar se, diante do quadro completo do delito, a conduta do agente representa maior reprovabilidade a desautorizar a aplicação do princípio da insignificância.

33

3. Ademais, embora seja pacífico na jurisprudência que a restituição do produto do crime não constitui, por si só, motivo autorizador da aplicação do princípio da insignificância, indubitavelmente tal restituição, somada a outros fatores pode e deve ser considerada dentro do quadro definidor da reprovabilidade da conduta do(s) agente(s).

4. Acusado que, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu R\$ 2,95 (dois reais e noventa e cinco centavos) em moedas, posteriormente restituído a empresa-vítima.

5. O Tribunal a quo, ao apreciar apelação, reduziu a pena-base ao mínimo legal e afastou a agravante da reincidência. Ainda que assim não fosse, esta Eg. Corte tem reconhecido a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a acusado reincidente que praticou furto qualificado. (Agravamento regimental desprovido. (AgRg no AREsp 785.755/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

Nestes julgados, vale notar que o aparato estatal foi acionado em face da subtração de objetos valorados em R\$ 5,00 (cinco reais) e R\$ 2,95 (dois reais e noventa e cinco centavos), o que, a toda prova, afronta o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade. Ainda que uma resposta estatal seja compreensível e desejável, sobretudo nos casos de infratores contumazes, o custo-benefício da movimentação do aparato repressivo mostra-se desvantajoso para toda a sociedade. Os precedentes transcritos escancaram, na realidade, a incompetência e o despreparo do Estado na elaboração de medidas de combate à criminalidade.

Nessa lógica, rememore-se que o reconhecimento da insignificância somente afasta a tipicidade penal do fato, que permanece ilícito para o direito e pode ser sancionado nas esferas cível e administrativa. A propósito, essa tem sido uma estratégia fecunda em outros países, conforme professa Carlos Vico Mañas:

Por todos esses motivos, a descriminalização constitui, atualmente, importante meta de reforma do sistema penal em muitos países. O principal caminho tem sido converter a criminalidade de bagatela em infrações administrativas, puníveis apenas com multas de caráter disciplinar. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantêm sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medidas parecidas, embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal. Alguns sistemas permitem que o Judiciário suspenda a decisão sobre a imposição da pena, com a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de reparar o dano causado. É o que ocorre na Alemanha, França, Inglaterra e Canadá. Atendida a exigência, não há aplicação de sanção criminal.³⁴

³⁴ VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69/70.

Como se sabe, a teoria geral do crime estruturou fundamentalmente o delito, mediante um método analítico, segundo o sistema tripartido de von Liszt/Beling/Radbruch³⁵. Com base neste sistema, a estrutura do crime se divide em três partes: fato típico, antijuridicidade (ou ilicitude) e culpabilidade. Assim, para que se conclua pela existência de um delito, é necessário que se verifique a presença dos três elementos, necessariamente nesta ordem, de modo que, inexistente o fato típico, prescinde-se da análise da ilicitude e da culpabilidade.

As três categorias contêm critérios valorativos próprios, com diferentes efeitos teóricos e práticos e sua valoração segue uma lógica de anteposição e subordinação, sendo vedado ao juiz criminal, ao aferir a tipicidade da conduta, utilizar-se de conteúdos específicos dos outros dois elementos estruturais do conceito de crime (antijuridicidade e culpabilidade).

Além disso, o juízo de reprovabilidade do autor é aferido na etapa referente à culpabilidade, que serve à dosimetria da pena, pois no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo indevida a consideração pelo juiz dos elementos do desvalor da culpabilidade do agente, como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, para formular o juízo de tipicidade penal.

Oportuna, nesse particular, a lição de Winfried Hassemer, segundo a qual a teoria do crime sujeita o juiz a uma ordenação sistemática que deve ser obedecida e condiciona a responsabilidade penal, porque, diferentemente dos leigos, que tendem a julgar o comportamento como "como um todo", dirigindo rapidamente sua atenção ao essencial, o criminalista é obrigado a comparar relações de forma sistematizada e conforme a dogmática jurídico-penal antes de julgar a totalidade do fato.³⁶

4A CORRELAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Como ensina Maurício Lopes, o princípio da insignificância, assim como outros princípios básicos, por sua aceitação na maioria dos sistemas jurídico-penais contemporâneos, pelo significado político de sua função social e pela reconhecida importância de seu estatuto jurídico – condicionadora de efeitos relevantes – tornaram-se irrenunciáveis ante sua serventia na compreensão das normas positivas. Estes princípios fundamentais, reconhecidos explicitamente ou incorporados através da interpretação sistematizada do Direito Penal, têm conteúdo programático e possibilitam traçar os limites de sua atuação como a *ultima ratio* de

³⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – parte geral, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110.

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, trad. Francisco Muñoz Conde e Outro, p. 254.

um Estado Democrático de Direito.³⁷ Adiante, serão analisados os princípios mais estreitamente relacionados com o princípio da bagatela.

i) Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, exige para a configuração de um delito lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Conforme ensinam Alice Bianchini, Antonio Molina e Luiz Flávio Gomes, a existência do crime pressupõe o desvalor da ação, consistente na realização de uma conduta proibida, e do resultado, que é a afetação concreta ao bem jurídico:

o princípio “Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime)”.³⁸

Diante da ótica de análise da insignificância, o juiz deve extrair a tipicidade material da verificação da ocorrência de uma lesão relevante ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Há autores que consideram o princípio da insignificância como um subprincípio do princípio da ofensividade, porquanto seria o resultado da concretização deste segundo o critério da proporcionalidade. Isso porque a insignificância é dimensionada pelo potencial de ofensa de uma conduta em relação ao bem jurídico e à ordem jurídica.

Já o princípio da proporcionalidade, quando inserido no contexto do princípio da lesividade, abarca duas etapas em forma de indagações:

1ª) A incidência de norma penal incriminadora ‘p’ sobre a conduta ‘x’ é meio eficaz ou idôneo a fomentar ou fortalecer o valor da pessoa humana e a crença/consciência da essencialidade do valor ‘y’ que fundamenta o bem jurídico-penal ‘z’?

2ª) A incidência de norma penal incriminadora ‘p’ sobre a conduta ‘x’ é necessária/o meio menos restritivo para garantir a manutenção da crença/consciência da essencialidade do valor ‘y’ que fundamenta o bem jurídico ‘z’?

³⁷ LOPES, Maurício A. Ribeiro. Ob. cit, p. 35.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo RT, 2007, vol. 1, p. 125.

A insignificância decorre, justamente, do resultado negativo para este segundo questionamento, do qual se conclui que a conduta não é somente não lesiva, mas prescindível da intervenção penal.³⁹

Quanto ao assunto, vale registrar que alguns autores extraem o fundamento do princípio da bagatela diretamente do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que

a pena deve ser proporcional à gravidade da infração, sendo desproporcional e desnecessária nos casos de atos de mínima lesividade. Assim entende Odone Sanguiné:

O fundamento do princípio da insignificância está na ideia de ‘proporcionalidade’ que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o pathos ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁴⁰

ii) Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, destinado especialmente ao legislador, condiciona a atuação do Direito Penal ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário).⁴¹

Helena Cláudio Fragoso, ao ressaltar a fragmentariedade da tutela penal, adverte:

Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou um valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultam de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Trata-se de reduzir ao mínimo o direito penal, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.⁴²

Nesse sentido, ante a impossibilidade lógica de o legislador prever todas as hipóteses em que a ofensa ao bem jurídico, por sua insignificância, não merece a aplicação de sanção, o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, afastando a criminalização da conduta.

³⁹ REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016.

⁴⁰ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v.3, n. 1, jan./mar./1990, p. 47.

⁴¹ Ob. Cit., p. 77.

⁴² Helena Fragoso, Lições de Direito Penal, Parte Geral, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

Nos autos do HC nº 101.069/MG, o Superior Tribunal de Justiça identificou a correlação entre os princípios:

Significa dizer que a intervenção do direito penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano impregnado de significativa lesividade. Não havendo, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.⁴³

iii) Princípio da adequação social

O princípio da adequação social foi desenvolvido por Hans Welzel e determina que, ainda que uma conduta se subsuma à norma penal, não será considerada típica, se for socialmente adequada, isto é, se estiver em conformidade com a ordem social, não afrontando o senso de justiça historicamente disseminado na sociedade.

Para seu idealizador, constitui uma espécie de pressuposto implícito do estado normal da liberdade social, não se tratando de um comportamento socialmente exemplar, mas que integra a liberdade social de ação.⁴⁴ Nessa lógica, o delineamento da liberdade de ação decorre dos valores incorporados pela ordem social e jurídica em dada comunidade.

Tal princípio está intimamente relacionado ao princípio da bagatela, porque, embora alguns autores o concebam como causa excludente de ilicitude, a doutrina majoritária defende que ele exclui a tipicidade material por restringir a interpretação do tipo penal, além servir como limite ao legislador quando da criminalização das condutas, excluindo as consideradas socialmente adequadas ou reconhecidas pela sociedade.

Para ilustrar este entendimento, segue a doutrina de Rogério Greco:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.⁴⁵

⁴³ STJ - HC nº 101.069/MG. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. julgado em 29/04/2009, DJ 25/05/2009.

⁴⁴ WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 56-57.

⁴⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 17ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 106.

5 AS ESPECIFICIDADES DA LEI Nº 11.343/06

A Lei 11. 343/06 revogou a Lei n. 6.368/76 e 10.409/02 e tem como intuito principal conferir tratamento diverso ao usuário e ao traficante de drogas. A inovação legislativa decorreu da percepção de que a intervenção do Estado por meio de políticas públicas para o tratamento e reinserção social dos dependentes seria mais útil do que tratar a dependência química sob uma perspectiva meramente punitivista.⁴⁶

Nesse contexto, dentre as inovações, cite-se a despenalização do crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) e a implementação de ações destinadas à redução dos riscos e danos à saúde por meio da política de redução de danos, que inclui, por exemplo, a distribuição de seringas, agulhas e cachimbos aos usuários de drogas para reduzir o número de casos de doenças como aids e hepatite.⁴⁷

Conforme se infere de seu art. 1º, a Lei nº 11.343/06, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD -, que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como com a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 3º, I e II).

O art. 2º da nova lei proíbe, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvando a hipótese de autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos, bem como as plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Quanto à última ressalva, que tem respaldo no art. 32.4 da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 (Decreto no 79.388, de 14 de março de 1977), vale destacar que exige-se a concessão de autorização legal ou regulamentar para o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso.

A seguir, serão apresentados contornos gerais dos crimes tipificados na Lei 11.343/06, concernentes aos bens juridicamente tutelados, elementos normativos dos tipos e demais aspectos necessários à compreensão das razões por que os Tribunais Superiores aplicam ou não o princípio da insignificância aos crimes da Lei de Drogas.

i) Porte de drogas para consumo pessoal

⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006- comentada artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 62.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. L7321 Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 695.

Como dito, a nova Lei despenalizou o crime de porte de drogas para consumo pessoal, cominando as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O preceito primário contém cinco condutas típicas, quais sejam, adquirir, guardar, trazer consigo, ter em depósito e transportar, pelo que se conclui que o mero “uso da droga” é conduta atípica, assim como já era na vigência da Lei 6.368/76 (art. 16)⁴⁸. Nesse sentido, conforme lição de Damásio de Jesus, se o uso da droga fosse considerado crime, não seria necessário o tipo autônomo do art. 33, § 2º (induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga), porquanto o concurso de agentes (art. 29 do Código Penal) seria suficiente para enquadrar esse suposto “uso de droga”.⁴⁹

Nessa linha, segue a explicação de Fernando Capez:

A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que 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 consequente disseminação.⁵⁰

Assim, o indivíduo que fizer uso de substância entorpecente responde pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não pelo “uso da droga” (conduta atípica), mas por conta da probabilidade de que tenha praticado um dos verbos nucleares do art. 28 antes do uso, como adquirir ou guardar.

Este crime é punido exclusivamente a título doloso e depende do fim especial do agente de agir “para consumo pessoal”. Além disso, para diferenciá-lo do delito de tráfico de drogas, o legislador brasileiro adotou o sistema de quantificação judicial, pelo qual incumbe à autoridade judiciária deliberar acerca das circunstâncias fáticas do caso concreto para classificar o delito. Para tanto, o juiz deve analisar os critérios constantes no art. 28, §2º da Lei nº 11.343/06⁵¹, a saber, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Sem adentrar no mérito da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, registre-se que cuida-se de delito de perigo abstrato ante a desnecessidade de comprovação de que a conduta tenha efetivamente produzido a situação de

⁴⁸ Art. 16, Lei 6.368/76: “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

⁴⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. Lei Antitóxicos anotada. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 89.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Legislação Especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

⁵¹ Art. 28, § 2º, Lei 11.343/06: “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”.

perigo que o tipo penal visa evitar. Além disso, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, e não somente a saúde do usuário ou dependente, pois sua conduta é potencialmente lesiva à toda a coletividade.

Por fim, cumpre ressaltar que o cultivo de drogas para consumo pessoal não contava com disposição expressa na Lei nº 6.368/76, razão pela qual surgiu uma controvérsia quanto ao juízo de tipicidade da conduta. O legislador cessou a discussão ao tipificar a conduta como modalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal no art. 28, § 1º da nova lei, que prescreve: "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".⁵²

ii) Tráfico de drogas

Primeiramente, insta notar que, conquanto haja previsão do tráfico ilícito de entorpecentes na Constituição (art. 5º, inciso XLIII) e na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, caput), a Lei 11.343/06 não tipifica um crime cujo *nomen iuris* seja "tráfico de drogas", como também não havia na Lei 6.368/76.

Para identificar o dispositivo correspondente ao tráfico de drogas, a doutrina valeu-se da interpretação dada à antiga Lei pela jurisprudência, sendo definido que o delito referido se encontra positivado nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34, não abrangendo, portanto, a associação para fins de tráfico (art. 35).

Para além desses, os crimes previstos nos arts. 36 (financiamento ao tráfico) e 37 (colaboração como informante) da Lei de Entorpecentes são considerados equiparados ao tráfico de drogas e são rotulados como equiparados a hediondos, por serem formas de participação no tráfico de drogas.⁵³

Esse entendimento é confirmado pelo art. 44, caput, da Lei 11.343/06⁵⁴, que estabelece algumas restrições próprias dos crimes hediondos e equiparados aos delitos previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei, permitindo a conclusão de que, ressalvado o crime de associação para fins de tráfico (art. 35), os delitos a que se refere o art. 44, caput, da Lei de Drogas são equiparados a hediondos e, portanto, ao tráfico de drogas (art. 5º, XLIII, CF).

Já as figuras delituosas capituladas nos arts. 28 (porte ou cultivo de drogas para consumo próprio), 33, § 2º (auxílio ao uso), 33, § 3º (uso compartilhado), 38 (prescrição ou ministração

⁵² Ob. Cit., p. 714.

⁵³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique. Legislação peno/ especial. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 395.

⁵⁴ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave após o uso de drogas), por não se caracterizarem como condutas relacionadas à traficância, não são tidas como tráfico de drogas nem têm caráter hediondo.

Os crimes de tráfico de drogas previstos no art. 33 da Lei de Drogas são punidos exclusivamente a título doloso, e embora o termo “tráfico” remeta à mercancia, a configuração deste crime não exige dolo específico, sendo suficiente que o agente tenha consciência e vontade de praticar qualquer dos 18 (dezoito) verbos constantes do art. 33⁵⁵, ciente de que age sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por fim, cumpre dizer que o tráfico de drogas, assim como o porte ou cultivo de drogas para consumo pessoal, é um delito de perigo abstrato, já que empiricamente já se comprovou o potencial devastador do comércio ilegal de drogas ao seio social e à saúde pública, bem como sua estreita relação com outros crimes gravíssimos, como homicídio, roubo, corrupção e o tráfico de armas.

6 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, vale citar que, nos autos do AI n.º 747.522–RG, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a repercussão geral da aplicação do princípio da insignificância, sob o fundamento de que a questão envolveria ofensa constitucional meramente reflexa ou indireta, que restou assim ementado:

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ofensa ao art. 5º, incs. XXXV, LV e LIV, da Constituição Federal. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão do reconhecimento de aplicação do princípio da insignificância, porque se trata de matéria infraconstitucional. (AI 747.522-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 25/9/2009).

Em que pese a tecnicidade jurídica da decisão, é inegável a relevância jurídica e social do instituto, assim como a necessidade de uniformização de parâmetros para sua aplicação, tendo em vista que os vetores firmados no HC n.º 84.412/SP, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada,

⁵⁵ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

têm se mostrado insuficientes para precisar as diretrizes e limites à cognição judicial para aferir o cabimento do princípio em estudo.

Vale lembrar, contudo, antes da crítica apressada de que tais requisitos parecem tautológicos e vagos que, paradoxalmente, justamente essas características podem servir à garantia da segurança no direito. Isso porque, como bem exposto em artigo do professor Rosmar Alencar, a noção de segurança jurídica, historicamente concebida como corolário da legalidade, e supedaneada pelas ideias de previsibilidade e estabilidade, não pode ser desvencilhada do esforço criativo da judicatura e da análise das singularidades de cada caso. Em verdade, o mero silogismo leva a uma espécie de reducionismo intelectual da compreensão dos fatos.⁵⁶

Rosmar Alencar adverte ainda que esse cenário se agrava num país como o Brasil, em que a formação acadêmica dos juristas foi fincada no formalismo lógico-jurídico, de modo que os juízes, não raras vezes, aplicam a lei de forma automática e asséptica, ignorando por completo as consequências de suas decisões. A propósito, no tema de entorpecentes, a interpretação consequencialista das normas penais tem especial relevo pela complexidade da problemática social e dos meios de inibir tais crimes.

Neste capítulo, serão expostos os julgados selecionados, ao que se seguirá uma análise crítica acerca dos parâmetros e critérios que têm sido valorados pela jurisprudência superior para aplicar ou não o princípio da bagatela aos crimes da Lei de Drogas. Para tanto, realizou-se os seguintes recortes metodológicos: 1) recorte quanto à questão-problema: aplicação do princípio da insignificância na Lei 11.343/06; 2) recorte institucional: Tribunais Superiores; 3) tipo de decisão: acórdãos.

6.1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes da Lei 11.343/06, independentemente da quantidade de droga apreendida, por se tratar de crimes de perigo presumido, que dispensam a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.⁵⁷

⁵⁶ DE A, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. SEGURANÇA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: REVISITAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. Parahyba Judiciária, v. 9, n. 9, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/view/48>.

⁵⁷ Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, HC 156.543/RJ, Rei. Min. Og Fernandes, j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 125.332/MG, Rei. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011, DJe 14/11/2011; STJ, 6ª Turma, HC 104.158/SP, Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/09/2011, DJe 13/10/2011.

A propósito, essa é uma das teses do STJ sobre a Lei de Drogas, destacada pela Corte na ferramenta Jurisprudência em Teses (Edição nº 131)⁵⁸: “O princípio da insignificância não se aplica aos delitos do art. 33, *caput*, e do art. 28 da Lei de Drogas, pois tratam-se de crimes de perigo abstrato ou presumido”.⁵⁹

No crime de porte de drogas para consumo pessoal, especificamente, a Corte entende que a pequena quantidade de substância entorpecente é inerente à própria essência do tipo penal, não afastando, portanto, a tipicidade da conduta. Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. 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.
5. Recurso em habeas corpus não provido. (RHC 35920 / DF, Ministro Relator ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, Julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGA ILÍCITA PARA CONSUMO PESSOAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que pequena a quantidade de drogas apreendidas, como na espécie. 2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em razão de se tratar de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes 3. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg no RHC: 147158/SP 2021/0141408-7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de

⁵⁸

Disponível

em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&livre=princ%EDpio+da+insignific%E2ncia&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=10&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM>

⁵⁹ Por todos: HC 461377/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; EDcl no HC 463656/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 24/10/2018.

Julgamento: 25/05/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. PEQUENA QUANTIDADE. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento assente no sentido de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal é de perigo abstrato ou presumido, não havendo necessidade de demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, isto é, a saúde pública. Precedentes. 2. Nesse sentido, não há falar em incidência do postulado da insignificância em delitos desse jaez, porquanto, além de ser dispensável a efetiva ofensa ao bem jurídico protegido, a pequena quantidade de droga é inerente à própria essência do crime em referência. 3. Agravo regimental desprovido (STJ – AgRg no RHC: 160581/SP 2022/0044092-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 15/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2022).

No RHC 35.920/DF, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz consignou que a opção do legislador pelo abrandamento das sanções cominadas nos incisos do art. 28 da Lei de Drogas evidencia seu intento de impor medidas de caráter educativo ao usuário de drogas a fim de alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Assim, o reconhecimento da atipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio revela-se incompatível com a política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.⁶⁰

Nada obstante, boa parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tanto por violação ao direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), quanto ao princípio da ofensividade. Para Maria Lúcia Karam, a ingerência estatal na esfera privada do indivíduo é indevida se ele não estiver afetando concretamente nenhum bem jurídico alheio.

Já para Luiz Flávio Gomes, em face do princípio da ofensividade, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, somente admite-se a intervenção do Direito Penal quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa e intolerável. Assim, ante a ausência de transcendentalidade da ofensa, não há crime nos casos de ofensa a bens jurídicos pessoais (v.g.: porte de drogas para consumo pessoal, tentativa de suicídio e autolesão).⁶¹

⁶⁰ STJ, 6ª Turma, RHC 35.920/DF, Rei. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/5/2014.

⁶¹ Ob. Cit., p. 705.

Em reforço a esse modo de pensar, há autores que sustentam a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por incompatibilidade com o princípio da ofensividade, o que, como se sabe, não foi acolhido pelos Tribunais Superiores. Paulo de Souza Queiroz, por exemplo, esclarece:

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema ratio (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo.⁶²

Como se infere da leitura das ementas colacionadas, a razão primordial do STJ para impedir a aplicação do princípio da bagatela aos crimes da lei de Drogas é a presunção legal de perigo ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e, embora seja legítima e desejável a tentativa de inibir o uso e o trânsito da substância entorpecente, a negativa absoluta da incidência da causa excludente de tipicidade material pode levar à disparidade de soluções em casos semelhantes ou até a interpretações absurdas.

É o caso, por exemplo, do precedente transcrito abaixo em que, à semelhança de outros, a Corte Superior entendeu ser possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de porte de munição – delito de perigo abstrato -, mesmo tendo havido, no mesmo contexto fático, a apreensão de drogas em ambiente de tráfico.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE 9 MUNIÇÕES DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de pequena quantidade de munição (em regra, de uso permitido) desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública. 2. Na hipótese foram apreendidas com o paciente, 9 munições (7 calibre .36 e 2 calibre. 22) e 11g de cocaína (condenação mantida nesse ponto). Embora, ainda tenha sido apontado que o paciente fora condenado em outro processo por homicídio praticado contra um agente que o ajudava no tráfico de drogas, tal fato, estranho à conduta examinada na presente ação penal, não pode, por si só, afastar a incidência do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental improvido (STJ – AgRg no HC: 617446 MS 2020/0261503-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 03/11/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2020).

Como se vê, o Tribunal reconheceu a possibilidade da incidência do princípio a despeito de o agente ter sido condenado em outro processo por homicídio praticado contra um agente que o ajudava no tráfico de drogas, consignando que a jurisprudência das Cortes Superiores

⁶² QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112

autoriza a aplicação o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de pequena quantidade de munição (em regra, de uso permitido) desacompanhada de arma de fogo ante a “total inexistência de perigo à incolumidade pública”.

Dessa forma, nota-se que a Corte adota um entendimento desproporcional ao concluir que o porte de um cigarro de maconha para consumo pessoal e fora do ambiente de tráfico de drogas configura uma conduta mais lesiva do que portar nove munições dentro do contexto de traficância, e contraditório, ao negar a aplicação do princípio da bagatela aos crimes da Lei de Drogas por serem crimes de perigo abstrato e permitir sua incidência ao crime de porte de munição, também considerado crime de perigo abstrato.

Impende registrar que este não é o entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, em que o porte ilegal de munição de uso permitido, assim como nos crimes constantes na Lei 11.343/06, têm contra a incidência do princípio em estudo a presunção legal de que a simples prática da conduta representa um risco ao bem jurídico tutelado, a saber, a segurança pública, a paz social e a incolumidade pública.

Todavia, foram encontrados vários precedentes em que a insignificância do fato delituoso foi reconhecida, considerando a pequena quantidade de munição e a “a inexpressividade da lesão jurídica provocada”, e, ainda que tal mitigação se dê de forma excepcional, põe em causa a coerência lógica do sistema jurídico-penal e, quem sabe, a racionalidade da atividade concretizadora do direito. A título de ilustração, segue ementa de julgado da Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES EM CONCURSO MATERIAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ABSOLVÊ-LO DA IMPUTAÇÃO PREVISTA NO ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO DESACOMPANHADA DE ARMA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. – O delito de porte ilegal de munição de uso permitido é considerado crime de perigo abstrato, prescindindo da análise relativa à lesividade concreta da conduta, haja vista serem a segurança pública, a paz social e a incolumidade pública os objetos jurídicos tutelados. Desse modo, o porte de munição, mesmo que desacompanhado de arma de fogo ou da comprovação pericial do potencial ofensivo do artefato, é suficiente para ocasionar lesão aos referidos bens. – Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ. – A situação em apreço apresenta a nota de

excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos oito cartuchos calibre, desacompanhados de arma de fogo, ainda que no contexto de tráfico ilícito de entorpecentes, porquanto trata-se de paciente primário e de bons antecedentes, cuja dedicação às atividades criminosas – a qual justificou a negativa de incidência do tráfico privilegiado na fração máxima legal –, somente foi reconhecida, em virtude de ele possuir somente uma passagem pela Vara da Infância e da Juventude (Proc. n. 0002891-76.2014.8.26.0495), razão pela qual lhe foi aplicada uma medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, cuja execução foi julgada extinta por sentença proferida em 15/10/2015 (e-STJ, fl. 149). – Nesses termos, entendo ser cabível a flexibilização do entendimento consolidado nesta Corte de Justiça para o reconhecimento do princípio da insignificância, ante as particularidades do caso concreto e das condições pessoais do paciente. – Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 534.279/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020).

Vale lembrar que se um indivíduo for flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não pelo uso em si, que é uma conduta atípica, mas pela presunção de que tenha praticado algum dos verbos nucleares do art. 28 da Lei de Drogas antes do consumo da droga.

Aqui, também no campo da presunção, o fato de as munições serem apreendidas em pequena quantidade - o que é irrelevante para os crimes de drogas -, e estarem desacompanhas de arma de fogo, mesmo em contexto de tráfico ilícito de entorpecentes e por agente dedicado às atividades criminosas, não foi suficiente para caracterizar a relevância penal da ação em razão da inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Neste caso, note-se também que o indivíduo fora condenado por porte ilegal de munições e por tráfico de drogas em concurso material, mas, diferentemente dos casos isolados de crimes da Lei 11.343/06, a presunção legal de perigo à segurança pública, a paz social e a incolumidade pública, no exame do porte ilegal da munição, não foi capaz de ocasionar lesão relevante a estes bens jurídicos.

Quanto à esta problemática, Cezar Roberto Bitencourt já advertia acerca da atecnia da aplicação do princípio de insignificância considerando-se unicamente a natureza ou importância do bem jurídico tutelado. Para o autor, não há diferença, por exemplo, entre um pequeno furto e uma insignificante ofensa a um bem jurídico da administração pública, como no caso de um funcionário público que aceita um brinde de Natal, sem alterar sua conduta. Confira-se:

Questão interessante é a aplicação do princípio da insignificância a determinados crimes, em razão da natureza ou importância do bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, nos crimes contra a Administração Pública, nos crimes de trânsito, ou, quem sabe, nos crimes de tráfico (pequeno) de entorpecentes. A importância, simplesmente, do bem jurídico tem levado significativo segmento jurisprudencial a não aceitar o reconhecimento da insignificância da conduta infracional em determinados crimes, v. g., nos crimes contra a administração pública. No entanto, tecnicamente, não há que

se fazer essa restrição. Com efeito, a insignificância ou irrelevância não é sinônimo de pequenos crimes ou pequenas infrações, mas se refere à gravidade, extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância. A insignificância reside na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada.⁶³

Com efeito, parece mais razoável, seguindo a orientação da Suprema Corte, expressa no Informativo n. 793, que a aferição da insignificância seja feita caso a caso, de acordo com a repercussão do delito e com a proporcionalidade entre a lesão e a pena cominada, ante a prejudicialidade de uniformizar tratamentos num país com realidades socioeconômicas tão diversas.

Tratando ainda da relevância da quantidade de drogas apreendida, chama a atenção alguns julgados da Corte Superior que decidiram pela revogação da prisão preventiva em vista da posse ínfima de drogas, pois a quantidade do produto apreendido “permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao agravado não pode ser tida como das mais elevadas”:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO MANTIDA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A CONSTRIÇÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADA. RÉU PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. No caso dos autos, não obstante as instâncias ordinárias tenham feito menção a elementos concretos do caso, indicando a configuração do delito e indícios suficientes da autoria, verifica-se que a necessidade da constrição cautelar para garantia da ordem pública foi embasada em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e na quantidade de drogas apreendidas. Todavia, destaca-se que a quantidade de droga apreendida - 56g de cocaína e 14g de maconha - não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao agravado não pode ser tida como das mais elevadas. Tais elementos, somados às circunstâncias do delito, não ultrapassam a normalidade do tipo penal, não havendo nos autos notícias de envolvimento do agravado em outros ilícitos, sendo, a princípio, primário e com bons antecedentes, o que indica a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas. Assim, demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do agravado, foi concedida a ordem para que fosse revogada, in casu, a prisão preventiva, mediante a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, estendendo-se os efeitos da decisão ao corréu MOISES, nos termos do art. 580 do CPP, por se encontrar em situação fático-processual idêntica à do agravado. 3. Agravo regimental do Ministério Público Federal desprovido (STJ – RHC: 157018/RS 2021/0365284-3, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Publicação: DJe 10/12/2021).

Logo, a mesma Turma que obsta a aplicação do princípio da insignificância por entender ser irrelevante a quantidade de drogas apreendidas, por cuidar-se de delito de perigo abstrato, é

⁶³ Ob. Cit., págs. 141-143.

a que entende inexistir potencialidade lesiva da conduta em face do mesmo parâmetro, e que considera genérico o fundamento relacionado à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e à quantidade de drogas apreendidas.

Seguindo a análise do acervo de jurisprudência do STJ, constata-se que a conduta de importar sementes de maconha era enquadrada no tipo penal do art. 33, §1º, I, da Lei 11.343/06, pois considerava-se que, embora o fruto da planta *cannabis sativa lineu* não apresente a substância tetrahidrocanabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, portanto, matéria-prima para a produção da droga. Diante disso, até 2018, o posicionamento da Corte, em consonância com os demais casos de crimes da Lei de Drogas, era o de inadmitir a aplicação do princípio da insignificância em tais delitos. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que "A importação clandestina de sementes de *cannabis sativa lineu* (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006" (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016) 2. Não é cabível a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de importação clandestina de produtos lesivos à saúde pública, em especial a semente de maconha. 3. Recurso Especial provido (STJ – REsp: 1723739/SP 2018/0031850-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data do Julgamento: 23/10/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2018).

Embora se encontre julgados que reconhecem a atipicidade do fato nos casos de importação clandestina de sementes de maconha, em virtude da inexistência de previsão expressa que criminalizasse a conduta e da reduzida quantidade de sementes (v.g: REsp n. 1.658.928/SP), este entendimento somente passou a ser firmemente adotado pelo STJ após o julgamento dos HCs nº 144.161/SP (DJe 14/12/2018) e 142.987/SP (DJe 30/11/2018), em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que não se justifica a instauração de investigação criminal - e, por conseguinte, a deflagração de ação penal - nos casos que envolvem importação, em reduzida quantidade, de sementes de maconha, em especial porque tais sementes não contêm o princípio ativo da substância canábica. Eis a ementa de julgado nessa linha:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEQUENA QUANTIDADE DE SEMENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. (...) 2. "Por ocasião do julgamento dos HCs n.º 144.161/SP (DJe 14/12/2018) e 142.987/SP (DJe 30/11/2018), ambos impetrados pela Defensoria Pública da União, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, por maioria de votos, que não se justifica a instauração de investigação criminal - e, por conseguinte, a deflagração de ação penal - nos casos que envolvem importação, em reduzida quantidade, de

sementes de maconha, 'especialmente porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à substância canábica.'" (REsp 1.838.937/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 20/11/2019; sem destaques no original). 3. O relator dos referidos HCs, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que as sementes, por não apresentarem a substância tetrahydrocannabinol (THC), não podem ser consideradas drogas ou matérias-primas para a produção da droga ilícita. Foram afastadas, assim, as hipóteses de enquadramento da conduta no art. 33, § 1.º, da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 334-A do Código Penal, bem como no delito de tráfico transnacional. 4. O Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente pelo trancamento das ações penais em que há importação de pequena quantidade de sementes de maconha, que não possuem a substância psicoativa (THC), em aplicação do princípio bagatela. Nesse sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC 163.730/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018; HC 131.310/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, DJe 03/02/2020; HC 173.965/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/08/2019, DJe 15/08/2019; HC 173.346/SP, Rel. Min. 39 RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 1/08/2019, DJe 06/08/2019; HC 148.503/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/08/2019, DJ-e 06/08/2019; entre outros. 5. Embora não se admita a aplicação do Princípio da insignificância no delito de contrabando, esta Corte vem admitindo sua incidência em situações semelhantes à presente, isto é, quando a quantidade de medicamentos para consumo próprio seja reduzida. 6. E ainda que se entendesse pelo enquadramento da conduta na figura típica do art. 28 da Lei 11.343/2006, a importação de apenas 31 sementes de maconha não se apresenta relevante do ponto de vista penal, devendo ser considerada materialmente atípica, em aplicação do princípio da insignificância, consoante entendimento desta Corte. 7. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n.º 0009931-64.2015.403.6181, em tramitação perante o Juízo da 5.ª Vara Criminal da 1.ª Subseção Judiciária de São Paulo (STJ – RHC: 115605/SP 2019/0210078-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/10/2020, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/12/2020).

6.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

De início, vale dizer que, tendo em vista o recorte metodológico proposto neste trabalho, foi feita a pesquisa dos termos "princípio da insignificância. Lei 11.343" no portal de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o sítio < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > e foram obtidos 52 acórdãos, 655 decisões monocráticas e 82 informativos. Na sequência, foram filtrados e examinados todos os acórdãos prolatados pela Suprema Corte sem recorte temporal para verificar eventuais mudanças de entendimento e a evolução da jurisprudência acerca da matéria.

Da leitura dos julgados, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes, notadamente nos delitos de tráfico de entorpecentes, se coaduna ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, negando a aplicação do princípio da bagatela a tais infrações delituosas, por considerar ausentes os requisitos capazes de descaracterizar a tipicidade material, tendo assentado também que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida não afetava nem excluía o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico.

Quanto ao porte de drogas para consumo pessoal, embora haja precedentes em sentido contrário, a Corte, à semelhança do STJ, considerava presente a periculosidade social da ação, por se tratar de crimes de perigo presumido. Além disso, a tipicidade material não era afastada pela interpretação teleológica da Lei 11.343/06, que já havia abrandado as penas, mas não descriminalizou a conduta a fim de buscar a reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.⁶⁴

Todavia, mais recentemente, a Suprema Corte, sobretudo no âmbito de sua Primeira Turma, tem admitido a aplicação da insignificância ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, nos casos em que a quantidade de droga apreendida seja ínfima, por reconhecer a desnecessidade da imposição de sanção, bem como que não há, nestes casos, lesão significativa à saúde do transgressor nem à integridade da ordem social. Nesse sentido, transcreve-se ementa de julgado da Primeira Turma, em que o usuário portava 0,6g de maconha – o equivalente a um cigarro da droga:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. (...) O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida (STF – HC: 110.475/SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012).⁶⁵

De outro lado, a Suprema Corte, em consonância com o STJ, tem jurisprudência consolidada que inadmite a incidência do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas, independentemente da quantidade de droga apreendida, sob o mesmo argumento de que, por se tratar de crime de perigo abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado para o combate à divulgação e propagação do uso de drogas.⁶⁶

Entretanto, merece registro a decisão proferida pela Segunda Turma nos autos do HC 127.573, em que, por maioria, a Corte anulou a condenação por tráfico de drogas imposta a

⁶⁴ Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC 81.734/PR, Rei. Min. Sydney Sanches, j. 26/03/2002, DJ 07/06/2002; STF, 1ª Turma, HC 102.940/ES, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2011, DJe 65 05/04/2011.

⁶⁵ Em sentido semelhante, a atipicidade material foi reconhecida no HC 202.883, em que o paciente portava 1,8g de maconha: HC 202.883 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021.

⁶⁶ STF, 1ª Turma, HC 87.319/PE, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2006, DJ 15/12/2006; STF, 1ª Turma, HC 88.820/BA, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/12/2006, DJ 19/12/2006.

uma mulher flagrada vendendo 1g de maconha. O colegiado, seguindo o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu aplicável ao caso o princípio da insignificância, pois a conduta não teria sido capaz de lesionar ou colocar em perigo a paz social, a segurança ou a saúde pública.

No voto do relator, foi consignada a desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal nas hipóteses de quantidade irrisória de entorpecentes, bem como que não havia indícios de que a mulher teria anteriormente comercializado quantidade maior de droga.

Além disso, o ministro ponderou a necessidade de construção jurisprudencial de critérios objetivos para diferenciar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas em razão de seu próprio vício. Dessa maneira, para ele, “não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano ou um perigo efetivo de dano ao bem jurídico, diante da mínima ofensividade da conduta”.⁶⁷ O acórdão restou assim ementado:

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. (STF; HC 127.573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019).

Por fim, cite-se que o STF, em sintonia com o entendimento do Superior Tribunal Militar, inadmite o princípio da insignificância no âmbito da Justiça Militar, mesmo nos casos de porte de substância entorpecente em quantidade ínfima. Isso porque, além de o art. 290 do Código Penal Militar também tutelar a regularidade das instituições militares – e não só a saúde do militar-, não houve revogação tácita do referido artigo pela Lei nº 11.343/06 nem há vício de inconstitucionalidade, pois aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo que se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. Confira-se:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal Militar. Posse de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Constitucionalidade reconhecida pela Corte. Não incidência da Lei nº 11.343/06, em vista do princípio da especialidade. Princípio da insignificância. Não aplicabilidade no âmbito castrense. Precedentes. Regimental não provido. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à posse

⁶⁷ STF; HC 127.573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019

de quantidade reduzida de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do Código Penal Militar), bem como suplantou, ante o princípio da especialidade, a aplicação da Lei nº 11.343/06 (HC nº 103.684/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 13/4/11) 2. Por sua vez, a Segunda Turma ao julgar o ARE nº 710.663/DF-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, confirmou a jurisprudência pacífica da Corte no sentido da constitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 856183 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 21-08-2015 PUBLIC 24-08-2015).

Porém, não obstante o entendimento esposado neste precedente, foram encontrados alguns julgados que, invocando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e/ou a regra da retroatividade da lei mais benéfica, entenderam pela aplicação do instituto ao crime militar do art. 290 do CPM. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha). 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar – Lei n. 11.343/2006 – possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, sejam por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida. (HC 90.125, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Julgamento em 24/06/2008).⁶⁸

Como se vê, comparando as duas Cortes Superiores, há uma flexibilização maior do STF na adoção do princípio da insignificância aos crimes de drogas, seja por um viés teleológico da política-criminal da nova Lei de Drogas, ou pela interpretação do Direito Penal sob uma perspectiva constitucional, sobrepondo a avaliação da proporcionalidade entre a

⁶⁸ Em sentido semelhante: HC 94.809/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJ 30/05/2008; HC 94.085, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 29/04/2008.

lesividade da conduta e a reprimenda estatal à mera presunção legal de perigo ao bem juridicamente tutelado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A feitura de figuras típicas penais é inevitavelmente imperfeita ante a impossibilidade de o legislador restringir idealmente o âmbito de proibição das normas incriminadoras. A tipificação é formulada de forma absoluta, visando abranger o maior número de comportamentos lesivos à ordem jurídica e social, e não exclui as condutas que não ofendem de modo relevante o interesse tutelado pela norma.

Nesse contexto, o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin, em 1964, e incorporado ao ordenamento pátrio como uma causa excludente da tipicidade material, serve como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal para que o magistrado descriminalize os comportamentos caso verifique que a lesão ocasionada foi muito aquém da prevista em abstrato pelo legislador.

Conquanto haja divergência quanto à natureza jurídica do princípio em estudo, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que se trata de uma causa excludente da tipicidade penal, concebida em sua vertente material, e que consiste na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

O instituto objeto do estudo se fundamenta na necessidade de racionalização da aplicação do Direito Penal, atendendo aos legítimos reclamos acerca da hipertrofia da legislação penal e do uso excessivo da pena, que, por consequência, geram a sobrecarga do Judiciário, a má alocação dos recursos públicos e os efeitos criminógenos do cárcere.

Inobstante a ausência de previsão legal no ordenamento pátrio, o princípio da insignificância foi acolhido explicitamente pela Suprema Corte em 1988, nos autos do RHC n. 66.869/PR, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, e teve seus critérios para aplicação fixados na paradigmática decisão desta corte em 2004, nos autos do Habeas Corpus nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a saber: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A interpretação destes vetores tem gerado discrepância no entendimento da matéria pelos Tribunais Superiores, havendo vários julgados que obstam a aplicação do princípio em razão de circunstâncias alheias ao juízo de tipicidade, como o desvalor da culpabilidade do

agente, a reiteração delitiva e até a presença de circunstâncias de caráter objetivo, como a incidência de qualificadoras e a capacidade financeira da vítima.

Tal proceder, apesar de deturpar a lógica de anteposição e subordinação do sistema tripartido de von Liszt/Beling/Radbruch do crime, tem sido largamente utilizado pela Suprema Corte para viabilizar a aplicação do princípio da bagatela, tendo materializado inclusive Informativo (nº 793) no sentido de que sua incidência deve ser feita com base na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e na regra geral de proporcionalidade para garantir a individualização da pena e sua compatibilidade com a natureza e a repercussão do delito.

Quanto aos crimes previstos na Lei 11.343/06, nota-se que, em regra, ambas as cortes inadmitem a aplicação do princípio, independentemente da quantidade de droga apreendida, sob o argumento de que se tratam de crimes de perigo presumido.

Porém, nota-se uma relativa flexibilização deste entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, que, à luz da interpretação integrada do princípio aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e tendo em consideração a proporcionalidade entre a lesividade da conduta e a pena cominada, tem precedente em que admitiu a sua aplicação inclusive ao delito de tráfico de drogas.⁶⁹

Tal forma de pensar, sem olvidar da gravidade e da complexidade dos crimes da Lei de Drogas, prestigia a segurança jurídica ao possibilitar o exame das particularidades do caso concreto, não impondo uma negativa absoluta de incidência exclusivamente em razão da natureza ou importância do bem jurídico tutelado, ou da presunção legal de perigo à saúde pública.

Ainda que o tratamento penal mais severo para o narcotráfico tenha sido imposto pelo próprio constituinte no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que estabeleceu a inafiançabilidade e a proibição de graça e anistia para este delito, tal imposição deve ser cotejada com os princípios constitucionais penais, como o da intervenção mínima e da ofensividade que, intradogmaticamente, limitam o processo de (des)criminalização das condutas pelo legislador e pelo intérprete, conferindo legitimidade à intervenção penal repressiva e preventiva somente nos casos de risco ou ofensa relevante ao bem jurídico.

⁶⁹ Rememore-se que, *in casu*, a Segunda Turma da Corte anulou a condenação por tráfico de drogas imposta a uma mulher flagrada vendendo 1g de maconha, e que não havia indícios de que ela teria anteriormente comercializado quantidade maior de droga. (STF; HC 127.573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019).

Não se cogita que o tráfico ilícito de entorpecentes seja excluído da tutela penal, ou que o princípio da insignificância seja aplicado indistintamente aos delitos da Lei 11.343/06 como um subterfúgio para descriminalizar as condutas tipificadas na lei vigente, apenas buscou-se demonstrar como o impeditivo absoluto à sua incidência, fundado na presunção legal de perigo à saúde pública, pode submeter agentes que pratiquem condutas de gravidade semelhante a gravames diversos e desproporcionais, fomentar a ingerência estatal indevida no plano de autonomia individual, bem como reduzir a compreensão dos fatores reais do caso concreto posto à análise judicial.

Assim, em atenção à seletividade do sistema penal e às consequências desalentadoras do sistema penitenciário, e tendo em conta a falta de critérios objetivos para diferenciar o traficante de grande porte do que vende drogas em razão de sua própria dependência química, mostra-se mais razoável a orientação que vem sendo empregada pela Suprema Corte que, ao reconhecer a atipicidade material das condutas tipificadas na Lei de Drogas que não acarretem relevante perigo à ordem jurídica e social, contribui para operacionalização de um Direito Penal de intervenção mínima e salvaguarda os valores e princípios assegurados numa democracia constitucional, em especial os direitos fundamentais, restringindo-os somente quando indispensável à sua própria proteção.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: TJSP, v. 94, p.72-77, abr./jun./1988 p.73 *apud* SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba: Juruá, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância, in: **Temas relevantes de direito penal e processual penal**, Luiz Rascovski (coord.), 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte geral, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Legislação Especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* **Investigação Criminal pelo Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016
- CORNEJO, Abel, *apud*, Ivan Luis da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas em El âmbito de lo injusto típico. **Revista de Derecho Penal y Criminologia**. n. 5. Madrid: UNED, 1995.
- DE A, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. **Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial: Revisitação sob a Ótica do Direito Processual Penal e a Garantia dos Direitos Sociais**. Parahyba Judiciária, v. 9, n. 9, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/view/48>.
- FRAGOSO, Heleno, **Lições de Direito Penal**, Parte Geral, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal** – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo RT, 2007, vol. 1
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 17ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, trad. Francisco Muñoz Conde e Outro,
- JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei Antitóxicos anotada**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique. **Legislação penal/ especial**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único I. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz das Leis 9.099/95: Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97: Código de Trânsito Brasileiro, e da jurisprudência atual: série princípios fundamentais do direito penal moderno. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: Análise à Luz da Lei 9.099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006- comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza: **Manual de Direito Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PEREIRA, Carlos Frederico de O. **O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância**. Revista do Ministério Público Militar. Brasília: MPM, n. 13, 1991.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REIS, Marco Antonio Santos. **O que há de significativo na insignificância?**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 62, p. 115-138, out./dez. 2016.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v.3, n. 1, jan./mar./1990.

SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais:** coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht.** 11. d. Berlim: Walter de Gruyter, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.