

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006

MOURAD, Kaled Algeri¹

LOPES, Tainara Litter²

Resumo

O presente trabalho aborda o conceito da Aplicação do Princípio da Insignificância no Artigo 28 da Lei 11.343/2006. No direito penal brasileiro há uma forte discussão sobre a aplicabilidade, ou não, do Princípio da Insignificância ao crime de Posse de Drogas para Uso Pessoal. No entanto, muitas correntes doutrinárias divergem sobre o tema. Ademais, parcela de juristas e doutrinadores defende a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, fundamentando no princípio da lesividade. Este trabalho teve como objetivo principal conhecer o entendimento dominante nos tribunais brasileiros sobre a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de posse de drogas para uso pessoal. Para tanto, baseia-se em jurisprudências das cortes jurisdicionais. Os tribunais, por entenderem que não é a quantidade de drogas que caracteriza o crime em comento, mas sim o fator de que a utilização de drogas constitui situação de perigo e dano à sociedade vem, a muito, adotando o entendimento de que é inaplicável o referido princípio ao crime em comento. Utiliza-se com método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Princípio da Insignificância. Política Nacional.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Poder Judiciário vem enfrentando várias discussões acerca da aplicação do princípio da insignificância no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, ao decorrer do tempo, alguns Tribunais decidiram acerca da

aplicação imediata do princípio, contudo, outra parte afasta a hipótese da aplicação. Diante das decisões que caminham em sentido oposto, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para que se manifeste acerca do tema, proferindo seu entendimento acerca da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância.

A grande divergência nos Tribunais é fixar um parâmetro acerca da pessoa do usuário e do fornecedor. A princípio o usuário, nos termos da lei, é aquele que “adquiri, guarda, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, parece não haver dificuldades na fixação da figura do usuário, contudo, os Tribunais buscam entender em qual momento a pessoa do usuário passa a ser caracterizado como fornecedor.

Para buscar essa caracterização, grande parte da doutrina e Tribunais buscam fixar um limite quantitativo para caracterizar a pessoa do usuário, bem como, a espécie da substância e as circunstâncias que o indivíduo se encontra.

Desta forma, o presente estudo tem como problema: O princípio da Insignificância pode ser aplicado no crime de tráfico de drogas? Como meio de busca para resolução da problemática pretendem-se fixar parâmetros e características do usuário através de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Brasil, não diferente dos demais países adota um sistema jurídico interessante, baseado em um extenso ordenamento jurídico, onde as leis são regidas por escalonamento, estando no topo a Constituição Federal de 1988; Emendas Constitucionais; Tratados internacionais e Medidas Provisórias; Decretos; Resoluções, cabe ressaltar, que esse escalonamento também é conhecido como pirâmide de KELSEL.

Como dito a Constituição Federal de 1988 é a norma mais importante do ordenamento e por essa razão, nenhuma norma infraconstitucional poderá contraria-la, por esta razão, cabe fazer um breve comentário acerca da Carta Constitucional.

Hoje, tem-se um Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º da Carta Magna, contudo nem sempre foi assim, nossa nação passou por um longo período de ditadura militar, onde houve graves violações aos direitos humanos. Esse período ditatorial imposto pelos militares só tomou fim no dia 05 de outubro de 1988, ocasião em que foi promulgada a Constituição Cidadã, que elenca os princípios, objetivos e fundamentos da república, bem como, traz um extenso rol de direitos humanos. Uma curiosidade acerca da Constituição de 1988, é que ao contrário das demais Constituições que vigoram no Brasil, traz os direitos humanos nos primeiros artigos, demonstrando assim, a importância dada a eles.

Com o advento da constituição, ramos do direito que antes não eram estudados com tanto apreço, ganham relevância, estabelecendo regras claras que buscam limitar o poder do Estado em face do cidadão.

De todos os ramos do direito, não desmerecendo os demais, o direito penal, é o que causa maior impacto na sociedade, pois pode restringir o direito fundamental previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal de 1988) que traz: "Art, 5 [...] : é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Contudo, o direito penal, não busca apenas restringir a liberdade da pessoa que comete um crime, busca principalmente ressocializá-lo para que volte a conviver na sociedade. Para que esse objetivo seja alcançado, faz-se necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana seja cumprido em sua totalidade, tendo em vista, que a dignidade da pessoa humana, é um dos fundamentos da república, como se verifica no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que afirma: "Art. 1º [...], III- a dignidade da pessoa humana", é por essa razão que o artigo 5º, XLVII (Constituição Federal de 1988) afirma que "Art. 5º [...] XLVII – não haverá penas; a) de

morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

O direito penal tem sua base formada por diversos princípios conforme afirma Lenza (2017, p.405-412) “[...] princípio da mínima ofensividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da transcendência, da culpabilidade, da insignificância [...]”.

Os princípios citados acima, são apenas alguns dos considerados de maior relevância, ou, que ao menos são mais discutidos no âmbito acadêmico e jurisprudencial.

Da análise dos princípios, cabe fazer uma breve colocação acerca dos princípios da subsidiariedade, que é entendido pelo professor Lenza (2017, p.406) como “[...] o direito penal somente deve intervir quando outros ramos do Direito – naturalmente o civil e o administrativo – não conseguirem resolver de forma satisfatória o conflito inicial[...]” e o princípio da fragmentariedade, conceituado por Lenza (2017, p.406) como “[...] o Direito Penal somente deve intervir quando houver ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes”.

Diante do exposto, nota-se que direito penal só atua quando não há a quem recorrer, por isso, Capez (2016, p.20), afirma que o objetivo do Direito Penal é: “No tocante ao seu objetivo, tem-se que o Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim [...]”

Por fim, não podemos deixar de falar do princípio que dá amparo para construção dessa pesquisa, o princípio da insignificância, já consagrado no direito, entretanto, causa grandes discussões e estudos, pois com frequência vem sendo aplicado em todos os ramos do direito.

O princípio da insignificância é conceituado por Lenza (2017, p.407-408), como:

[...] ofensas irrelevantes ao bem jurídico tutelados pelas normas penais, não devendo ser considerados crimes. Isso significa que, não obstante a

conduta do agente se amolde a descrição legal (tipicidade formal), ela não será considerada materialmente típica nos casos em que a lesão ou a exposição do bem jurídico for irrelevante a ponto de não justificar a intervenção do Direito Penal.

O consagrado doutrinador Capez (2016, p.27) entende por princípio da insignificância:

[...] o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatela, do mesmo modo que não pode ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.

A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

2.2 DOS ENTENDIMENTO DE DOUTRINADORES E TRIBUNAIS

Em primeiro momento devemos deixar claro que a Lei nº 11.343 de 2006, se refere ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, pois nela, há previsões de penalidades, bem como de políticas públicas que devem ser aplicadas pelo Estado.

A fim de conceituar drogas o legislador trouxe no parágrafo único do artigo 1º (Lei de Drogas), a seguinte redação:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A lei define droga como a substância que causa dependência, contudo, não trouxe quais drogas causam esses efeitos. Por essa razão, a referida lei é considerada uma norma penal em branco, conforme entendimento de Nucci (2015, p.307), veja:

[...] continua a Lei de Drogas a ser uma norma penal em branco, há órgão próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle

das drogas em feral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas.

Assim, verifica-se, que as substâncias causadoras de dependência são estabelecidas através de resoluções editadas pela Administração Pública.

Nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006, usuário é: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas”.

Nos termos da lei, aparentemente é fácil verificar a figura do usuário, contudo a grande dificuldade é saber quando a pessoa deixa de ser usuário e passa a ser traficante.

Por essa razão, o paragrafo 2º do artigo 28, da Lei 11.343/2006, traz alguns parâmetros para a caracterização do usuário, vejamos:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Antes de falar acerca dos entendimentos jurisprudenciais, deve ser dito, que o direito é baseado em fontes, que englobam os princípios, como já abordado acima, doutrinas, jurisprudências, costumes e analogias.

No direito penal, não se pode usar costumes para definir crimes ou aplicar penalidades, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF/88: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ainda, o artigo 1º do Código Penal traz o mesmo texto: “Art. 1º - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, para complementar a disposição acima transcrita, podemos citar o entendimento do doutrinado Lenza (2017, p. 405) “Lex Scripta: proibição do costume incriminador. Tanto costumes, quanto atos normativos distintos da lei escrita não podem ser utilizados para criminalizar ou agravar penas”.

Acerca da analogia, cabe ressaltar que é parcialmente vedada no Direito Penal, contudo, pode ser usada para beneficiar o réu, conforme

entendimento de Lenza (2017, p. 405), que leciona: "Lex Stricta; proibição da analogia in malam partem. A analogia não pode ser utilizada para tomar puníveis, condutas que não estão criminalizadas em leis ou agravar penas de crimes. A analogia in bonam partem é permitida no Direito Penal".

Como dito, a jurisprudência é uma fonte fundamental do direito, pois através dela, são criados novos entendimentos acerca da lei, sem que seja necessário a mudança do texto legal.

Nesses passos caminha a Jurisprudência atual, estando sempre alerta para condições e circunstâncias em que a pessoa se encontra isso se verifica através do julgado do Tribunal de Minas Gerais, julgamento de recurso em sentido estrito 0009936-19.2012.8.12.002, no ano de 2015, que frisou:

Dá-se provimento ao recurso ministerial quando o conjunto das provas demonstra com segurança que a substância entorpecente apreendida na residência do recorrido (979 gramas de maconha e 13 gramas de pasta-base de cocaína) destinavam-se, pelo menos em parte, a terceiros, fato que tipifica o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e impede a desclassificação para o do artigo 28 da mesma Lei. II – Concluindo o perito judicial que o recorrido, ao tempo do fato, era semi-imputável, impositiva a redução da pena nos termos do artigo 46 da Lei nº 11.343/06. III – Tratando-se de reincidente, com quatro circunstâncias judiciais negativas, fixa-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena corporal, restando impossível qualquer substituição. IV – Recurso provido.

Observa-se na decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que o entendimento usado para desclassificar a conduta do agente de usuário para traficante foi a quantidade e as circunstâncias em que a droga foi encontrada.

2.3 POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

O princípio da insignificância deve ser aplicado em casos de mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, isso pode ser verificado na explanação feita acima, quando falávamos dos princípios que norteiam o direito penal, assim, pela lógica, no crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, a aplicação do princípio fica inviável, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar o Recurso de Apelação 1343988-0, no ano de 2015, vejamos:

1. Prevalece nos Tribunais Superiores, o entendimento de que se afigura inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante. 2. Para caracterizar o crime de tráfico de drogas não é imprescindível, ou mesmo necessária, a comprovação da efetiva prática de atos de mercancia, bastando a posse, guarda ou entrega da substância entorpecente. (TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1343988-0 - Curitiba - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 24.09.2015) O princípio da insignificância conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 110475 de Santa Catarina, que deve seguir algumas características, ainda, firmou posicionamento acerca da aplicação de tal princípio no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, vejamos: 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos

em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.³ Ordem concedida

Nucci, já se posicionou contrário a aplicação do princípio (2015, p. 322) “[...] não ser necessária a aplicação do princípio da insignificância no contexto do artigo 28 desta Lei, pois não haveria função de pena privativa de liberdade, em qualquer hipótese”, contudo, mudou seu posicionamento, passando a aceitar a aplicação do princípio (2014, p.322) “Logo, alteramos a nossa anterior posição e passamos admitir o princípio da insignificância para o portador de irrisória quantidade de droga[...]”.

Diante dos entendimentos acima expostos, é possível verificar que é possível a aplicação do princípio da insignificância no contexto do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006.

3 CONCLUSÃO

Diante de uma análise doutrinária e jurisprudencial até aqui esplanada, conclui-se que os Tribunais veem decidindo pela impossibilidade da aplicação do Princípio da Bagatela ou Insignificância ao crime de Posse de Drogas para Consumo Pessoa, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, entendendo que não é quantidade de drogas que determina o tipo penal, mas sim o uso desta substância.

A utilização de drogas constitui situação de perigo e dano à sociedade, seja este de forma concreta ou abstrata. A pequena quantidade de entorpecente encontrada em poder do usuário, mesmo que ínfima, é a essência do delito. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, 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.

Por fim, o objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 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. Com isso, o princípio da bagatela não se coaduna, haja vista que descriminalizando a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, a sociedade e a saúde pública estará mais vulnerável, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 29 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de set, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 29 set. 2019.

BRASILIA, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 110475 SC. Relator: Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgamento em 14 fev. 2012. JusBrasil, São Paulo, Acesso em 29 set. 2019.

CURITIBA. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação n. 13439880. Relator: José Laurindo de Souza Netto. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal, julgado em 24 set. 2015, JusBrasil, São Paulo, Acesso em 29 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 9. ed, 2015.

LENZA, Pedro. OAB Primeira Fase Esquematizado. São Paulo. Saraiva.2.ed. 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral 1. São Paulo. Saraiva. 20.ed. 2016.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Antonio Carlos de; FIALHO, Francisco Antonio Pereira. TCC: Métodos e técnicas. Florianópolis: Visual Books, 2007.

GOLDENBERG, Mirian. A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Record, 1997.

STRIEDER, Roque. Diretrizes para elaboração de projetos de pesquisa. Metodologia do trabalho científico. Caderno 3; Editora Unoesc; Joaçaba; 2009.

Sobre o(s) autor(es)

Acadêmico do Curso de Direito da Unoesc, Campus de São Miguel do Oeste. Contato: led.mourad@gmail.com

Acadêmica do Curso de Direito da Unoesc, Campus de São Miguel do Oeste. Contato: tai.litter@hotmail.com