

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

Cassiane Baumhardt Correia  
Luiz Ricardo da Costa Pinheiro

**Resumo**

O presente artigo irá abordar o conceito da Aplicação do Princípio da Insignificância no Artigo 28 da Lei 11.343/2006. Tal discussão, de grande relevância doutrinária e jurisprudencial, existe uma forte discussão sobre a aplicabilidade, ou não, do Princípio da Insignificância ao crime de Posse de Drogas para Uso Pessoal. Porém, tem muitos doutrinadores que tem opiniões diferentes sobre o tema, além disso, parcela de juristas e doutrinadores defende a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, fundamentando no princípio da lesividade. O principal objetivo desse trabalho foi conhecer o entendimento dominante nos tribunais brasileiros em relação a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de posse de drogas para o uso pessoal. Os tribunais, por essa razão que não é a quantidade de drogas que caracterizam o crime em comento, mas sim por esse motivo 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. Como método de abordagem ainda é utilizado o procedimento bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Princípio da Insignificância. Lei de Drogas. Lei nº 11.343/2006. Constituição Federal.

**1 INTRODUÇÃO**

Como a Constituição Federal de 1988 se manifesta em relação ao Direito Penal?

O Poder Judiciário está enfrentando várias discussões acerca da aplicação do princípio da insignificância no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a

pena cominada ao usuário de drogas passa a ser de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. E com isso, a jurisprudência e doutrina começam a discutir sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao referido dispositivo. Diante disso, há uma tendência em abandonar o sistema penal meramente legalista. A tipicidade deixa de ser estudada apenas sob um ponto de vista formal.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”. Quando não se verificar tal ofensa, estaríamos diante de uma atipicidade material, aplicando-se o princípio da insignificância.

A grande divergência nos Tribunais é fixar um parâmetro acerca da pessoa do usuário e do fornecedor. 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.

Assim sendo, o presente estudo pretende 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

Assim como os demais, o Brasil adotou um sistema jurídico interessante, onde compõem um extenso ordenamento jurídico, onde as leis são regidas por escalonamento, estando no topo da Constituição Federal de 1988; Emendas Constitucionais; Tratados internacionais e Medidas Provisórias; Decretos; Resoluções, distinguem-se, que esse escalonamento também é conhecido como pirâmide de KELSEL.



A Constituição Federal de 1988 é a norma mais importante do ordenamento e por essa razão, nenhuma norma infraconstitucional poderá contrariá-la, vale destacar um pequeno trecho sobre a Carta Constitucional.

Nos dias atuais, o Estado é Democrático de Direito, ou seja, nos termos do artigo 1º da Carta Magna, nossa nação passou por um longo período de ditadura militar, pois ocorreu graves violações aos direitos humanos. O período que durou essa ditadura só teve um término em 05 de outubro de 1988, momento em que a Constituição Cidadã foi promulgada, foi ressaltado os princípios, objetivos e fundamentos da república, sem contar os inúmeros direitos humanos.

Diante do princípio de supremacia da Constituição na hierarquia das leis, o Direito Penal deve nela enquadrar-se, como o crime é um conflito entre os direitos do indivíduo e a sociedade, ou seja, é na Carta Magna que se estabelecem normas específicas para resolvê-lo de acordo com o sentido político da lei fundamental, e assim influenciando de forma decisiva nas normas punitivas. O Estado considera sua constituição fundamental, e se formando a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, também a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, logo o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua atuação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. E assim a constituição se forma em um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

No direito contém vários ramos, e dentre eles o direito penal, pois é o que tem mais influência na sociedade, pois limita o direito fundamental previsto no artigo 5º, XV, da (Constituição Federal de 1988) que "Art. 5º [...]: 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".

A constituição está elevada no sistema jurídico do país, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. No entanto, a lei suprema do Estado, pois é nela que se

encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; também é encontrado as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas.

Porém, a busca por um direito penal proporcional, que não desampare das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixar a carência vítimas de graves ofensas a direitos, é incessante.

A Constituição, incorpora ideais da Teoria do Direito Penal do inimigo e legitima o legislador ordinário a inovar na mesma linha, diante de situações excepcionais. No direito penal, contém duas intensidades, uma tem maior probabilidade de causar prejuízos incalculáveis ao Estado, na qual foram atribuídas punições mais severas, o que parece encontrar subsídios no princípio da proporcionalidade. No entanto, “para cada mal há uma pena adequada”, na medida em que determinados direitos fundamentais sejam preservados em detrimento de outros.

Já no campo da jurisprudência, os mandados constitucionais de criminalização encontram fundamento no princípio da proporcionalidade da efetivação dos direitos fundamentais, de modo que estes sejam efetivados a partir da limitação do excesso ou da deficiência na proteção dos bens jurídicos-penais, especialmente, os supraindividuais ou coletivos, tendo em conta o binômio adequação/necessidade.

Pedro Lenza conceitua o princípio da insignificância (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.

Ainda, para fins de proteção dos bens jurídicos imprescindíveis à própria existência do Estado e da sociedade, a exemplo da segurança e paz social, a incorporação de medidas de direito penal do inimigo será inevitável, uma



vez que a criminalidade evolui cada vez mais ameaçadora, de modo que um direito penal estático, puramente garantista, como muitos defendem, muito provavelmente, será incapaz de dar uma resposta proporcional e eficiente, uma vez que, devem ser infligidas medidas penais desiguais na medida das desigualdades verificadas em cada caso.

O princípio da isonomia está consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal que assim prevê: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Pedro Lenza afirma que na prática esse princípio possui dupla função:

[...] uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

## 2.2 DOS ENTENDIMENTO DE DOUTRINADORES E TRIBUNAIS

O jurista Hans Kelsen (2003), afirma que interpretação que é válida é a que nasce dos Tribunais, denominada por ele de interpretação autêntica, tal entendimento prevalece no nosso sistema jurídico e na grande maioria dos sistemas jurídicos. Ou seja, mesmo havendo um amplo entendimento de inúmeros e respeitados juristas sobre um determinado tema (entendimento doutrinário), o entendimento dito “verdadeiro” e o entendimento da jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, é a mais alta Corte do País, os constitucionalistas afirmam com segurança absoluta que toda Corte Constitucional está envolvida em um julgamento Político, (político aqui no mais alto significado da expressão). Ou seja, a interpretação da Corte Constitucional, não é prisioneira de formulações lógico racional-cartesiana, nem mesmo daquilo que muitos convencionaram chamar de “rigor científico”.

A Lei nº 11.343 de 2006, se refere ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, contém previsões de penalidades, bem como de políticas públicas que devem ser aplicadas pelo Estado.

O legislador conceituou no parágrafo único do artigo 1º (Lei de Drogas), a seguinte redação:

Art. 1º [...] Parágrafo única. 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.

Além do mais, a lei previu droga como substância que causa dependência, contudo, não trouxe quais drogas causam esses efeitos. Conforme o entendimento dos doutrinadores, a lei é considerada uma norma penal em branco, como Guilherme de Souza Nucci (2014, p.307), afirma:

[...] 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 geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas.

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, ou seja, a Lei 11.343/2006, é aquele usuário que "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas".

E com isso é aparentemente fácil verificar quando o usuário, no entanto, é difícil fazer essa identificação quando a pessoa deixa de ser usuário e passa a ser traficante, ou seja, a dificuldade de distinguir é maior.

O parágrafo 2º do artigo 28, da Lei 11.343/2006, trás algumas comparações para a caracterização do usuário, veja:

§ 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.



Contudo, o direito penal, não é permitido usar costumes para definir crimes ou aplicar penalidades, no art. 5º, XXXIX (Constituição Federal de 1988) “Art. 5º [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior o que defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ainda, o artigo 1º do Código Penal traz o mesmo texto, (Código Penal de 1940) “Art. 1º - não há crime sem lei anterior que defina, nem pena sem prévia cominação legal”, para complementar a disposição acima transcrita, podemos citar o entendimento do doutrinador Pedro Lenza (2017, p. 405) “Lex Scripta: proibição do costume incriminador. Tantos costumes, quanto atos normativos distintos da lei escrita não podem ser utilizados para criminalizar ou agravar penas”.

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 pastabase 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.

O entendimento usado para desclassificar a conduta do agente usuário para traficante foi a quantidade e as circunstâncias em que a droga foi encontrada.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ - vem reiteradamente decidindo que a pequena quantidade de drogas faz parte da própria essência do delito, classificando o crime do art. 28 da Lei de Drogas como de perigo abstrato ou presumido, por atingir a saúde e a incolumidade pública. O Ministro Og Fernandes, ao relatar o RHC n.º 34.466/DF, asseverou que “a utilização de drogas constitui situação de perigo e dano à sociedade, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos, evidenciando-se a existência de lesividade da conduta”.

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

A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, pois o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva, e até esse momento esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal.

No entanto, esse cenário se torna ainda mais nebuloso quando nos deparamos com uma situação envolvendo a conduta de importar sementes de “maconha” (*cannabis sativa* lineu), que é essencial na produção da planta e, como consequência, da própria droga. Porém, a discussão em torno desse caso se relaciona ao fato de que o artigo 28, da Lei 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, não tipifica em seus núcleos a conduta de importar. E tornando impossível adequar a referida conduta ao tipo penal supracitado, ainda que estejamos diante da importação de pequena quantidade de sementes visando o cultivo de pequena quantidade da planta que é destinada para a produção de pequena quantidade de “maconha” para consumo pessoal.

Ainda, no crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, a aplicação do princípio fica inviável, conforme entendimento no 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

Já o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, teve um posicionamento contrário quanto a aplicação do princípio (2014, p. 322) “[...] não será 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”, porém, seu posicionamento teve outro rumo, passou 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 uma certa quantidade de droga”.

Diante de todo o entendimento acima que foi exposto, onde é possível verificar a aplicação do princípio da insignificância no contexto do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006.

### 3 CONCLUSÃO

O princípio da insignificância ganha cada vez mais relevância no campo do Direito Penal. Há uma tendência em abandonar o sistema penal meramente legalista. Vivenciamos hoje o crescimento das correntes defensoras do garantismo penal, direito penal mínimo e de um direito penal constitucional. A atual realidade da justiça criminal, marcada pela sobrecarga do Poder Judiciário e pelo descrédito em relação à função repressiva da sanção penal, demanda dos aplicadores do Direito um novo olhar.

Da 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 Pessoal, previsto no art. 28 da Lei de Drogas, 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 (um ‘baseado’), é a essência do delito. Defende-se que se admitida tal aplicação, estará se descriminalizando a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, deixando a sociedade e a saúde pública mais vulnerável do que já são, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos.



Em que pese ser um princípio extremamente válido e necessário para o Direito Penal, entendemos que o princípio da insignificância não deve ser aplicado ao porte de drogas para consumo pessoal. Os prejuízos decorrentes da conduta destes usuários de drogas não se limitam a sua pessoa. A movimentação desse mercado ilegal coloca em risco toda a coletividade.

Junto com o comércio de drogas, surge o comércio ilegal de armas que gera uma grande preocupação para as autoridades. Os usuários de drogas iram ter o acesso mais fácil à estas armas e com o fácil acesso iram cometer crimes para poder comprar seu "baseado". Com isso não se deve ser aplicado o princípio da insignificância no porte de drogas para uso pessoal.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 05 mai. 2020.

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/\\_ato20042006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm) > Acesso em: 09 mai. 2020.

BRASIL, art. 5º da Constituição Federal, 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 12 mai. 2020.

Disponível em: < <http://direitoeti.com.br/artigos/uma-analise-da-teoria-dodireito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federal-de-88/> > Acesso em: 05 mai. 2020.

Doutrina e Jurisprudência. Cola Web. Disponível em: < <https://www.coladaweb.com/direito/doutrina-e-jurisprudencia> > Acesso em: 12 mai. 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1015.

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

MINUZZI, Mateus Ciochetta. O princípio da insignificância ou bagatela e o crime de posse de drogas para uso pessoal – art. 28 da Lei 11.343/03. 2014. Disponível em: < <https://mateuscminuzzi.jusbrasil.com.br/artigos/118053667/oprincipio-da-insignificancia-ou-bagatela-e-o-crime-de-posse-de-drogas-parauso-pessoal-art-28-da-lei-11343-03> > Acesso em: 17 mai. 2020.

Uma análise da teoria do Direito Penal do Inimigo à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: < <http://direitoeti.com.br/artigos/umaanalise-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federalde-88/> > Acesso em: 12 mai. 2020.

Sobre o(s) autor(es)

Cassiane Baumhardt Correia, acadêmica em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. E-mail: [cassianebaumhardt@outlook.com](mailto:cassianebaumhardt@outlook.com)

Luiz Ricardo Costa Pinheiro, acadêmico em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. E-mail: [luizricardo462@gmail.com](mailto:luizricardo462@gmail.com)