

15/09/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.883 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REDATOR DO : **MIN. GILMAR MENDES**
ACÓRDÃO
AGTE.(S) : VINICIUS DE SOUZA HENRIQUE
ADV.(A/S) : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. 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. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Nunes Marques, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por empate na votação, dar provimento ao agravo regimental, a fim de conceder a ordem de habeas corpus, para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada, nos termos do voto do Redator para o acórdão.

Brasília, Sessão Virtual de 03 a 14 de setembro de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

15/09/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.883 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S) : VINICIUS DE SOUZA HENRIQUE
ADV.(A/S) : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão por mim proferida nestes autos (doc. eletrônico 10).

O agravante limita-se a reiterar os argumentos expostos na petição recursal, requerendo, ao final, o provimento deste agravo regimental, “para a determinação do trancamento da ação penal movida em desfavor do Agravante relacionado ao delito tipificado ao teor do artigo 28 da Lei 11.343/06” (pág. 8 do doc. eletrônico 11).

A vista à Procuradoria-Geral da República foi dispensada, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

15/09/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.883 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Na decisão agravada, entendi que era o caso de denegação da ordem.

Apontei que, com base nos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pelo Tribunal de Justiça de origem, o Superior Tribunal de Justiça decidiu da seguinte forma:

“O Tribunal de origem, ao manter a condenação do réu em relação ao delito descrito no art. 28 da Lei de Drogas, assim fundamentou (fls. 149-150).

[...] Na espécie, não se observa a ocorrência de nenhuma das hipóteses que justificariam o almejado trancamento da ação penal, devendo-se ressaltar que incursões mais aprofundadas da prova colacionada aos autos devem ser reservadas à ação penal em curso, onde serão analisadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo prudente, assim, que à ampla e serena instrução criminal se relegue a tarefa de aclarar a verdade real dos fatos.

Por fim, não se olvida que a Lei n.º 11.343/2006 estabeleceu tratamento diferenciado aos portadores de entorpecentes para uso próprio, deixando apenas de impor pena privativa de liberdade, não retirando, portanto, o caráter de ilícito penal da conduta de portar ou guardar drogas para uso pessoal.

E, nesses termos, a posse de entorpecente para uso próprio, pela vontade do povo, é punida porque representa mal à coletividade, à saúde pública, o que autoriza a punição ainda que em detrimento da intimidade e vida privada daquele que possui drogas para consumo próprio e efetivamente consome entorpecentes

HC 202883 AGR / SP

restando previstas, nos incisos do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, as penalidades cabíveis aos incursos no tipo penal em comento, sendo elas a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo de forma a evitar o perigo social que representa a detenção ilegal de entorpecente.

Ademais, em princípio, é inaplicável ao referido delito o princípio da insignificância, vez que a pequena quantidade de entorpecente é inerente à caracterização do próprio tipo penal, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça'.

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do **HC n. 84.412/SP**, de relatoria do Ministro **Celso de Mello**, DJU 19/4/2004).

Aliás, tenho externado, em diversos votos e decisões monocráticas, minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado. Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, a conferir, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, do patrimônio etc., quando efetivamente ofendidos.

HC 202883 AGR / SP

Sem embargo, há controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em casos de porte de reduzida quantidade de substância entorpecente para consumo pessoal.

Ainda na vigência da Lei n. 6.368/1976, já não se admitia, majoritariamente, o reconhecimento da atipicidade material das condutas descritas nos arts. 12 (tráfico de drogas) e 16 (porte de drogas para consumo próprio), mesmo que a quantidade de substância entorpecente apreendida fosse pequena.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado: 'É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes: precedentes.' (HC n. 88.820/BA, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 19/12/2006).

Essa compreensão robusteceu-se com a mudança legislativa de 2006, que deu novo tratamento jurídico-penal ao tema. A esse respeito, observa a doutrina:

'Crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de mínimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado' (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 335).

Não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções

HC 202883 AGR / SP

de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28, de molde a possibilitar a sua recuperação.

Vale dizer, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, o que objetiva, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito.

Nesse contexto, entendo que, 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.**

De mais a mais, registro que o objeto jurídico tutelado pela norma em comento 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.

Acrescento que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, uma vez que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado.

Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 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, o que põe em risco a saúde pública e é fator decisivo na difusão dos tóxicos.

Nesse sentido, menciono o seguinte trecho de julgado deste Superior Tribunal: '[...] os crimes da lei de tóxicos se caracterizam como delitos de perigo abstrato, que visam proteger a saúde pública e, assim, prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. A posse ou guarda de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e à saúde pública, sendo

HC 202883 AGR / SP

indiferente a pequena quantidade de droga apreendida, pois esta é circunstância da própria essência do delito' (RHC n. 34.466/DF, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 27/5/2013).

Ainda: 'Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito contido no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Isso porque, trata-se de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes' (HC n. 377.737/MS, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 16/3/2017).

Do Supremo Tribunal Federal, menciono o seguinte julgado:

'[...] IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – *Habeas corpus* prejudicado' (HC n. 102.940/ES, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 1ª T., DJe 6/4/2011).

Ainda: STF, **AgRg no ARE n. 728.688**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, 1ª T., DJe 7/10/2013.

Não desconheço a existência de entendimento em sentido diverso, admitindo a aplicação do princípio da insignificância para o crime de porte de drogas para consumo próprio.

Exemplificativamente, cito o julgamento do HC n. 110.475/SC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que 'o fato de o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06

HC 202883 AGR / SP

configurar um delito de perigo abstrato não pode impedir, absolutamente, a aplicação do postulado da insignificância. Isso porque, mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma.'

Para o Ministro relator, 'É indispensável, pois, que se demonstre a aptidão da conduta em lesar o bem jurídico, não bastando que, pelo simples fato de figurar no rol de substâncias proibidas pela lei, se pressuponha, de forma absoluta, que qualquer quantidade de droga seja capaz de produzir danos à saúde pública.'

Assim, na ocasião, a Turma considerou que a apreensão, em posse do acusado, de 0,6 gramas de maconha para uso próprio, embora formalmente típica, 'não apresenta nenhuma relevância material, por absoluta incapacidade de produzir um resultado que gere qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública.'

Não obstante, com a devida vênia ao entendimento contrário, considero que 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 art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência. Por isso mesmo, é irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública ou a do próprio indivíduo.

Ademais, ainda que se trate da posse, para consumo pessoal, de reduzida quantidade de maconha, é importante destacar que os efeitos dessa substância entorpecente (como de qualquer outra droga) sobre o organismo humano dependem não só da dose e do modo de administração utilizados, como

HC 202883 AGR / SP

também da experiência prévia do usuário com a substância. Em doses moderadas, estudos demonstram que as reações observadas envolvem relaxamento, modificações do humor, chegando à euforia, além de intensificação das percepções oriundas de experiências auditivas, visuais, gustativas, sexuais. Por outro lado, a utilização de doses mais elevadas desencadeia reações agudas mais extremas, que incluem ansiedade, pânico e sintomas psicóticos. (In: HALL, W., DEGENHARDT, L. Adverse health effects of non-medical cannabis use. The Lancet, 2009, v. 374, p. 1.383-1.391).

Fato é que o tema aguarda posicionamento do STF, que há anos se debruça sobre processo, ainda sem data para retomada do julgamento.

De *lege ferenda*, até se pode esperar medida descriminalizante do uso de drogas, mas, de *lege lata*, não se pode simplesmente deixar de aplicar a lei, a menos que o STF a julgue inconstitucional.

Luiz Flávio Gomes observa que o bem jurídico imediato tutelado pelo delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio é a saúde pública (ou uma sociedade sem drogas), que se expõe à vulnerabilidade pela perspectiva da ação de drogas - o uso dessas substâncias coloca os sujeitos em risco de tornarem-se viciados e de o vício das drogas tornar-se uma epidemia social. De forma mediata, o bem jurídico tutelado é a vida, a integridade, a saúde física e psíquica das pessoas. (In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121).

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho entende que o dependente, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a 'saúde pública' em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/06. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46).

Diante de tais considerações, entendo que não pode ser trancado o processo em relação ao delito descrito no art. 28 da

HC 202883 AGR / SP

Lei n. 11.343/2006” (págs. 3-8 do doc. eletrônico 3; grifos no original).

Registrei que, em diversos julgados desta Suprema Corte, firmou-se a orientação de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de entorpecentes para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas). Nesse sentido: HC 87.319/PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; HC 92.287/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; HC 88.820/BA, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence; HC 83.191/DF e HC 81.523/PR, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

Ressaltei, também, que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao simples usuário, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente penas de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, I, II e III, da Lei 11.343/2006).

Ou seja, a intenção do legislador, ao atenuar as reprimendas, foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando alertá-lo do risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito, como aliás, ocorre nos caso destes autos.

Em apoio a essa perspectiva, mencionei o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

“Crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de mínimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é

HC 202883 AGR / SP

haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 335).

Deste modo, diante da política criminal adotada pela Lei de Drogas, entendi que não se deve reconhecer a atipicidade material do porte de substância entorpecente, ainda que em quantidade pequena ou ínfima, como no caso dos autos (1,8 gramas de maconha – pág. 197 do doc. eletrônico 2).

Sublinhei, ademais, que o relator do Projeto da mencionada Lei na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Pimenta, foi enfático ao declarar que não se pretendeu, com a referida norma, descriminalizar a conduta do usuário. O que se fez foi modificar os tipos de penas a serem aplicadas, com o intuito de dar efetividade aos objetivos visados pela lei com relação ao usuário, quais sejam: prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social. É o que se extrai do relatório por ele apresentado, *verbis*:

“Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas – Título IV.

Nos Capítulos I e II deste Título, podemos destacar o reforço do papel da prevenção do uso indevido, da atenção e da reinserção social do usuário e dependente de drogas, através do estabelecimento de princípios e objetivos precisos (art. 18 a 25).

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude

HC 202883 AGR / SP

da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente.

Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal” (Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf – Acesso em: ago. 2018; grifei).

De mais a mais, consignei que o objeto jurídico da norma em comento é a saúde pública, não apenas a do usuário, uma vez que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

Acrescentei, ainda, que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, de modo que, para sua caracterização, não se faz necessária efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado.

Nessa esteira, aponte o voto proferido pelo Ministro Sydney Sanches no HC 81.641/RS a respeito do referido delito:

“O delito inscrito no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (posse ilegal de substância entorpecente) é delito de perigo presumido ou abstrato, não deve ser levado em conta, para sua caracterização, a quantidade da substância apreendida. O tipo penal esgota-se, simplesmente, com o fato de o indivíduo carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente ilegal. Não há, portanto,

HC 202883 AGR / SP

que se falar em atipicidade material da conduta”.

Essa presunção de perigo decorre da própria conduta do usuário que, ao adquirir a droga para seu consumo, realimenta esse comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública. Além disso, existe a real possibilidade de o usuário de drogas vir a tornar-se mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício.

Nessa linha, registrei os apontamentos de Vicente Greco Filho, na obra *Tóxicos: Prevenção – Repressão*:

“Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício” (GRECCO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei n. 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 113).

O mencionado professor consigna, ainda, que, no combate ao problema gerado pelo uso indevido de drogas, todos os aspectos que se prestem à infiltração desse mal na sociedade devem ser eliminados e as medidas de combate devem

“[...] visar os dois pólos do uso indevido de drogas: a oferta e a procura, o traficante e o que possa tornar-se viciado, a facilidade de obtenção da droga e o narcômano em potencial. O combate, exatamente, usa a metodologia inversa dos que buscam inculcar o vício, os quais procuram aumentar e facilitar a oferta e induzir a procura” (*Idem*. p. 25).

É por esta razão que também o usuário deve ser repreendido.

HC 202883 AGR / SP

Destaquei, por outro lado, que o presente caso diferencia-se daquele julgado no HC 180.709/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal trancou a ação penal de pessoa acusada por tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) decorrente de inquérito policial instaurado a partir de denúncia anônima - por meio de declarações enviadas por meio eletrônico -, a qual fora noticiada a venda de bolos e *brownies* à base de maconha em uma Universidade.

Nesse julgamento, a ordem foi concedida em razão da mácula insanável na deflagração do inquérito e da cautelar de busca e apreensão que embasaram a peça acusatória. Eis a ementa desse acórdão:

“Direito penal e processual penal. Ilicitude de busca e apreensão.

2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes.

3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para declarar a ilicitude da busca e apreensão realizada e, conseqüentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa” (DJe de 13/8/2020).

Por fim, observei que, para o reconhecimento da atipicidade material da conduta em decorrência da aplicação do princípio da insignificância,

HC 202883 AGR / SP

há que verificar-se a presença dos seguintes requisitos, de forma conjugada: (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.

Na hipótese sob exame, portanto, concluí que não havia falar em ausência de periculosidade social da ação, pois, como anteriormente destacado, trata-se de crime em que o perigo é presumido, razão pela qual afastei a aplicação do princípio da insignificância.

Tenho, portanto, que a decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão.

Isso posto, nego provimento a este agravo regimental.

É como voto.

Impresso por: 353.961.508-37 HC 202883
Em: 24/09/2021 16:33:19

15/09/2021

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.883 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S) : VINICIUS DE SOUZA HENRIQUE
ADV.(A/S) : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática do Relator proferida nestes autos (eDoc 10). O agravante requer a determinação do trancamento do processo penal relacionado ao delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06 a partir da aplicação do princípio da insignificância.

Narra-se que o paciente estava **portando 1,8g de maconha**, em 19.10.2018. Diante disso, foi submetido a processo penal pelo delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06.

O Relator vota por negar provimento ao agravo regimental, afirmando a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao delito de posse de entorpecentes para uso.

Entendo que a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes relacionados a entorpecentes está muito mais ligada a uma decisão político-criminal do que propriamente a uma impossibilidade dogmática. O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o ilícito se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.

HC 202883 AGR / SP

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou de probabilidade, e não um juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. É preciso que haja, de todo modo, uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido, já que o juízo de probabilidade que fundamenta os crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade de risco de dano. Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.

Nesse sentido, a doutrina pontua acertadamente:

“Em síntese, o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal ... ainda que os crimes de perigo abstrato sejam constitucionais, devem ser interpretados sistematicamente, levando-se em consideração a orientação teleológica do Direito Penal. Por isso, ainda que o tipo penal descreva a mera conduta, cabe ao intérprete — em especial ao juiz — a constatação de que o comportamento não é inócuo para afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Em outras palavras, não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da periculosidade da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos.” (BOTTINI, Pierpaolo, *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*, Conjur, 2012. Acessado em 19/8/2019)

HC 202883 AGR / SP

Sendo assim, compreender a arquitetura dogmática dos crimes de perigo abstrato como uma presunção absoluta de risco de dano, revela-se um juízo precipitado e equivocado. Na linha de cuidado-de-perigo ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal, pode haver: (1) demonstração de dano; (2) demonstração da certeza de risco de dano; (3) demonstração da possibilidade de risco de dano; (4) não demonstração da possibilidade de risco de dano ou impossibilidade de risco de dano. O primeiro caso corresponde aos crimes de dano, o segundo aos crimes de perigo concreto, o terceiro aos crimes de perigo abstrato e o último caso a uma conduta atípica. Isso significa que se não houver, no caso concreto, uma clara comprovação da possibilidade de risco de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado, estaremos diante de um comportamento atípico do ponto de vista material, ainda que haja uma subsunção formal da conduta ao tipo penal de perigo abstrato.

Penso que uma precisa delimitação da tipicidade material em suas dimensões positiva e negativa pode iluminar o entendimento sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no caso em tela. A dimensão valorativa positiva do tipo material se liga ao bem jurídico tutelado, sendo que a questão decisiva aqui é saber se a norma protege um valor da comunidade digno de ser tutelado pelo direito penal. Já a dimensão negativa da tipicidade material está intimamente conectada com o grau de lesividade da conduta concreta ao bem jurídico protegido pela norma penal. (D'AVILA, Fabio, *Ofensividade em direito penal*, 2009. p. 45 ss)

A questão é saber se e em que grau o comportamento ofende o bem jurídico digno de tutela penal. Justamente nessa dimensão negativa, surge na doutrina italiana o princípio da ofensividade, que prevê, em síntese, que não há tipicidade material, e, portanto, não há crime, quando a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico (MARINUCCI, Giorgio, *Corso di diritto penale*, 2001. p. 449 ss)

O princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no

HC 202883 AGR / SP

âmbito de análise da tipicidade material (ROXIN, Claus. *AT*, I, Rn. 38,40, 2006)

Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estaremos diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade de risco de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico – quando um dano, ou um risco de dano, ao bem jurídico não for possível diante da mínima ofensividade da conduta.

No caso em comento, não existem óbices para que se aplique o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta do paciente é tão irrisória, que fica descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento do paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido ou colocar em perigo a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal imputado. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, a pesar da subsunção desta ao tipo formal.

Ademais, destaco julgados deste Supremo Tribunal Federal no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância:

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

HC 202883 AGR / SP

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. (HC 110475, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 15.3.2012)

Também nesse sentido, em manifestação mais recente da Segunda Turma, considerando o delito de tráfico de drogas:

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. (HC 127573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 25.11.2019)

Diante do exposto, **divirjo do Relator para dar provimento ao agravo regimental e conceder a ordem de *habeas corpus*** para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.883

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : VINICIUS DE SOUZA HENRIQUE

ADV.(A/S) : HELDER GUSTAVO CARDOSO PEDRO BELLO (403159/SP)

AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por empate na votação, deu provimento ao agravo regimental, a fim de conceder a ordem de habeas corpus, para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão, e do Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Nunes Marques. Segunda Turma, Sessão Virtual de 3.9.2021 a 14.9.2021.

Composição: Ministros Nunes Marques (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Hannah Gevartosky
Secretária

Impresso por: 353267-508-3716:3310322803
Em: 24/09/2021 - 16:33:10