



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000964786

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503532-67.2021.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante KENNET GIOVANE VIEIRA PINTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, DERAM PROVIMENTO ao recurso para aplicar o princípio da insignificância e absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 7 de novembro de 2023.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



Apelação: Autos nº 1503532-67.2021.8.26.0196
Comarca: Franca – 2ª Vara Criminal
Apelante: Kennet Giovane Vieira Pinto
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 31128

Apelação – Porte de entorpecente para consumo próprio – Tipo penal válido e vigente – Constitucionalidade ainda não definida pelo C. STF – Princípio da insignificância – Possibilidade – Acusado que portava, para consumo pessoal, um cigarro de maconha, pesando 0,340g – Precedente do Supremo Tribunal Federal – Ínfimo desvalor de ação – Mínima ofensividade da conduta – Atipicidade material reconhecida – Absolvição – Possibilidade. Recurso a que se dá provimento.

KENNET GIOVANE VIEIRA PINTO foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Franca, por infração ao artigo 28, inciso I, da Lei 11.343/06, à pena de 5 meses de prestação de serviços comunitários (fls. 164/169).

Apela a defesa, pleiteando a absolvição por atipicidade da conduta, em razão da inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecentes para consumo próprio ou da aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, reclamou a aplicação da pena de advertência (fls. 177/185).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 190/194), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 204/207).

É o relatório.

Kennet foi condenado porque, no dia 06 de agosto de 2021, por volta de 18h, na Rua General Teles, comarca de Franca, trazia consigo, sem autorização legal e para consumo pessoal, uma porção de maconha, pesando 0,340 gramas (trezentos e quarenta miligramas), acondicionada no formato de um cigarro artesanal, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica.

Pois bem.

Embora revel em juízo, a testemunha Vítor Hugo Ferreira Lima, policial militar, ao ser ouvida sob o contraditório, disse que estava em patrulhamento pela via pública quando, em dado momento, presenciou o réu jogando o cigarro de maconha no chão. Ao ser indagado, ele disse que fazia uso do cigarro de maconha e que era usuário e que o cigarro jogado no chão pertencia a ele.

Não restam dúvidas, portanto, de que a porção de entorpecente apreendida foi encontrada em posse do acusado, bem como não se questiona se destinara a seu próprio consumo. Sendo assim, resta analisar a tipicidade da conduta.

Em que pesem as pertinentes alegações defensivas, acompanhadas por diversos doutrinadores que defendem a incompatibilidade do art. 28 da Lei de Drogas com o ordenamento jurídico brasileiro, não houve *abolitio criminis* do delito em questão. Com efeito, o dispositivo legal permanece válido e vigente, sendo que, embora reconhecida perante o STF a repercussão geral acerca de sua constitucionalidade, o tema ainda não foi julgado pela Corte Suprema.

Ainda assim, entendo que, *in casu*, a **conduta é materialmente atípica, ante a aplicação do princípio da insignificância.**

Em primeiro lugar, não se ignora que o C. STJ possua entendimento consolidado de que o princípio bagatela não se aplica ao crime de porte de entorpecentes para consumo próprio:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIA INADEQUADA. CRIME. DESPENALIZAÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SEGUIDO PELA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que a pequena quantidade de entorpecente apreendida é circunstância inerente ao delito, além de se tratar de crime de perigo abstrato e presumido.

2. A ação constitucional do habeas corpus não é via adequada para a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal. Ademais, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE n. 430.150/RJ), o porte de entorpecentes para consumo pessoal é crime, tendo apenas ocorrido a despenalização.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 165.570/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022)

Entretanto, peço vênias para discordar da jurisprudência citada.

Em primeiro lugar, porque é equivocado alegar que a pequena quantidade de entorpecente é inerente ao delito, tendo em vista que o volume de drogas é apenas um dos fatores mencionados pelo legislador para distinguir o traficante do usuário, mas não um elemento integrante do tipo penal. Com efeito, não há qualquer impeditivo de que um indivíduo possua grande quantidade de entorpecente para seu próprio consumo, tendo em vista as particularidades de cada substância e a frequência de uso adotada pelo usuário.

Em segundo lugar porque a decisão em questão ignora recente precedente do Supremo Tribunal Federal, protagonista da disseminação do princípio da insignificância no Judiciário brasileiro, acerca da aplicabilidade do delito bagatelar ao tipo penal em apreço. Senão vejamos:

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.**

(HC 202883 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 – grifos nossos)

Nada mais correto, uma vez que, independentemente do crime, o fato de lhe ser cominada uma pena – sanção mais gravosa do ordenamento jurídico brasileiro – o sujeita aos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade e lesividade, pilares do sistema penal pátrio.

Ademais, em que pese se tratar de crime de perigo abstrato, o e. Ministro Gilmar Mendes, no voto de relatoria do acórdão citado, brilhantemente expôs o seguinte:

“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.

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.

(...)

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.

(...)

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, apesar da subsunção desta ao tipo formal”.

Portanto, demonstrada a plena aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, cumpre ressaltar que o STF consolidou alguns critérios advindos da doutrina para o reconhecimento do delito bagatelar, quais sejam, a ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a falta de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.11.2004).

Conforme se verifica, os três primeiros parâmetros dizem respeito à insignificância da conduta e, o último, à insignificância do resultado jurídico. Ademais, não é necessário que esses pressupostos estejam presentes cumulativamente. A depender do caso concreto, basta a irrelevância da conduta ou do resultado jurídico.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nas palavras do doutrinador Luiz Flávio Gomes, em seu livro dedicado exclusivamente ao tema:

Os critérios desenvolvidos pelo STF devem ser bem compreendidos. Cada caso é um caso. O princípio da insignificância pode ter incidência quando há puro desvalor da ação ou puro desvalor do resultado ou a combinação de ambos. (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

In casu, o desvalor da ação beira o **inexistente**.

Trata-se de delito ausente de violência ou grave ameaça à pessoa, consistente em portar objeto ilícito que consistiu em um cigarro de maconha, pesando meros **0,340g**.

Diferente seria a solução se a ínfima quantidade se destinasse ao consumo de terceiros, mas a r. sentença determinou que a destinação das drogas era o consumo pessoal, decisão contra a qual não se insurgiu a acusação.

Portanto, tal qual no referido precedente do Supremo Tribunal Federal, entendo que a conduta em apreço não possuía qualquer potencial lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal, de modo que a absolvição é medida que se impõe.

Por votação unânime, **DERAM PROVIMENTO** ao recurso para aplicar o princípio da insignificância e absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Amable Lopez Soto
relator