



Universidade de Brasília
Faculdade de direito
Graduação em direito

Sarah Mareiro Silva

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE TRÁFICO
DE DROGAS PREVISTO NA LEI N. 11.343/06**

Brasília/DF

2021

Sarah Mareiro Silva

Aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas previsto
na lei n.º 11.343/06

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito para a conclusão da
disciplina Redação de Monografia e à
obtenção de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília/DF

2021

Folha de aprovação

Sarah Mareiro Silva

Aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas previsto
na lei nº 11.343/06

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, pela banca
examinadora composta por:

Professor Doutor João Costa Neto (orientador)

Professor Doutor Paulo Queiroz

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

AGRADECIMENTOS

A caminhada ao longo desses 5 anos de graduação nem sempre foi fácil e o apoio, a ajuda e os conselhos de algumas pessoas tornaram essa experiência algo melhor. Especialmente agradeço a minha mãe por ser minha maior motivadora e companheira.

Aos meus amigos e colegas de graduação pela paciência, pelo companheirismo e pela terceirização de conhecimento.

E ao meu avô que infelizmente perdeu a luta contra a Covid-19, mas sempre me incentivou a estudar e buscar o meu melhor.

“Os psicólogos têm teorizado que amamos nos afastar do ‘mal’ porque assim nos sentimos melhores com nós mesmos: ‘Identificar o mal em indivíduos ou grupos selecionados traz consigo a ‘virtude social’ de tirar da sociedade a responsabilidade pela culpa’. E ser irreprovável certamente soa adorável.”

Tori Telfer

RESUMO

Com o julgamento do HC nº 127.573/SP, que reconheceu a atipicidade material em um crime de tráfico de drogas, contrário ao entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário consolidado, abriu-se espaço para um debate se ao analisar o caso concreto e tendo em vista suas peculiaridades não haveria a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância, em virtude da quantidade irrisória de droga apreendida que pode não ser suficiente para caracterizar uma lesão efetiva à saúde pública que possa acionar o poder punitivo estatal.

Palavras-chave: drogas, tráfico de drogas, princípio da insignificância, Lei n. 11.343/06.

ABSTRACT

With the judgment of HC n. 127.573/SP, which recognized the material atypicality in a crime of narcotics trafficking, contrary to the consolidated doctrinal and jurisprudential understanding of the majority, opened space for a debate whether the analysis of the concrete case with its peculiarities there would be the possibility of applying the principle of insignificance, in view of the negligible amount of drugs seized that may not be sufficient to characterize an effective injury to public health that can trigger the state punitive power.

Keywords: drugs, drug trafficking, principle of insignificance, Law 11.343/06.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR – Agravo Regimental

AgRg – Agravo regimental no agravo em recurso especial

AI – Agravo de instrumento

Anvisa – agência nacional de vigilância sanitária

ARE – Recurso extraordinário com agravo

CF - Constituição Federal

CP - Código penal

DJ – Diário de Justiça

DJE - Diário de Justiça eletrônico

G – Grama

HC - Habeas Corpus

Infopen – informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro

Kg - Quilograma

MS - Ministério da saúde

RE – recurso extraordinário

RHC – Recurso ordinário em habeas corpus

Sisnad – sistema nacional de políticas públicas sobre drogas

SP – São Paulo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

SVS - Secretaria de vigilância em saúde

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPÍTULO 1 – DA LEI N. 11.343 DE 2006 | 12 |
| 1.1 Do crime de perigo abstrato | 14 |
| 1.2 Do crime de tráfico de drogas | 15 |
| 1.3 Do tráfico privilegiado | 21 |
| CAPÍTULO 2 – DO HC 127.573/SP | 24 |
| 2.1 Do princípio da proporcionalidade | 24 |
| 2.2 Do princípio da insignificância | 27 |
| 2.2.1 Do princípio da lesividade ou ofensividade | 28 |
| 2.2.2 Do princípio da intervenção mínima ou ultima ratio | 29 |
| 2.2.3 Do princípio da fragmentariedade | 30 |
| 2.3 Seletividade do sistema penal na lei de drogas | 36 |
| CONCLUSÃO | 40 |
| REFERÊNCIAS | 42 |

INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas nem sempre foi criminalizado, possuímos uma política repressiva recente que perdura nas últimas décadas que tem se revelado bastante ineficaz ao combate contra a produção e o comércio de determinadas substâncias ilícitas. Também revela que além de ultrapassada, tem um efeito contrário ao pretendido como o aumento da criminalidade, pois há uma criação de preços atrativos como uma forma de relativizar a proibição e atrair as pessoas, além de uma massiva criminalidade organizada e especializada que o Estado não pode desmontar como também os diversos confrontos e mortes, corrupção, lavagem de dinheiro entre várias outras consequências¹.

Além disso, os delitos previstos na Lei de drogas possuem tipos que não protegem adequadamente bem algum e castiga desproporcionalmente, de forma que deve haver cautela por parte dos aplicadores do direito e uma mudança no sentido de procurar uma nova política, como aconteceu com outros países que adotaram um discurso de redução de danos, visando encontrar um que se adeque melhor a atual situação do país para um melhor confronto e estratégia quando se trata das drogas².

Portanto, busca ratificar o papel do direito penal como última medida disciplinadora da vida em sociedade dos cidadãos, pois o direito penal diz respeito ao poder repressivo do Estado, que atua quando um cidadão por ação intolerante fere certos valores e como meio de advertir e demonstrar que esse ato não é aceito e não deve ser repetido, utiliza determinados instrumentos para julgar essa conduta e impõe uma sanção, mas sempre vale lembrar que certas restrições devem ser observadas, pois uma das consequências de uma sanção penal é reclusão, uma das mais severas, portanto, é necessário pesar medidas contra a ingerência nos direitos fundamentais do cidadão e, portanto, o direito penal é legítimo e se orienta pelos princípios norteadores que definem o âmbito de sua atuação, a fim de evitar abusos

¹ Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

² Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ou erros relativos aos direitos dos arguidos e para tentar pôr fim a situações de desigualdade e discriminação³.

E por meio do habeas corpus 127.573/SP julgado pelo STF em 11/11/2019 de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes busca demonstrar uma manifesta violação ao princípio da proporcionalidade quando se trata da aplicação da Lei de drogas aos casos concretos, pois se utiliza dos casos de maneira exemplificativa para punir o tráfico e não o traficante em si⁴. Bem como, ilustrar algumas situações em que fica demonstrada uma desproporcionalidade dos rigores da Lei quando se tratar do traficante de pequenas quantidades em que pode incidir o princípio da insignificância, visto que não restou comprovada a probabilidade de risco de a conduta vir a causar um perigo de dano aos valores protegidos.

³ Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴ Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CAPÍTULO 1 – DA LEI N. 11.343 DE 2006

A criminalização do uso, porte e comércio das substâncias entorpecentes teve seus primórdios no Brasil com as ordenações Filipinas de maneira esparsa, apenas a partir de 1940 que houve uma sistematização da política proibicionista e também o ingresso do país no modelo internacional de controle que instituiu a formação do sistema repressivo com a autonomização das leis criminalizadoras no país. Em 1950 começou a ser fomentado um discurso coeso sobre as drogas ilegais e estabeleceu-se a necessidade de um controle repressivo com a criação do estereótipo moral do consumidor e introduziu a dicotomia entre o usuário doente (consumidor) e o delinquente (traficante)⁵.

Mas, a entrada definitiva do país na política mundial de combate às drogas ocorreu com a instauração da ditadura militar com a promulgação do decreto 54.216/64 derivado da ratificação da convenção única sobre entorpecentes. O Brasil, portanto, criou uma guerra contra as drogas com base em uma ideia importada dos Estados Unidos da década de 70 que estabeleceu as drogas como um inimigo interno estadunidense e que resultou em uma transferência da responsabilidade do consumo para os países estrangeiros. Inclusive a América Latina, que foi criminalizada por ter países produtores e de rota do comércio das drogas⁶.

No caso brasileiro ocorreu à implementação desse discurso diretamente na política de segurança nacional tornando-se um modelo oficial repressivo brasileiro com a prevalência da repressão, o incremento da punitividade e uma redefinição do tratamento sob um viés sanitarista. O discurso médico-jurídico que se encontra em voga até os dias atuais é de que sobre o consumidor recai, portanto, uma perspectiva sanitarista de dependência e sobre o traficante incide um discurso de uma luta contra o criminoso corruptor da moral e da saúde pública⁷.

Com o advento da Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, que vigora no país atualmente, houve uma alteração nos institutos consagrados nas legislações

⁵ Carvalho, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ Carvalho, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷ Carvalho, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

anteriores, mas foi mantida a corrente repressiva que ao longo das décadas vem sendo duramente criticada pelo seu fracasso em que continua a estabelecer a patologização do usuário inovando somente ao despenalizar o crime de posse para consumo pessoal, mas ainda mantendo mecanismos de controle com um efeito moralizador de medidas 'educativas' e quanto aos traficantes houve um aumento substancial das penas e uma restrição aos instrumentos substitutivos penais⁸. A nova lei também Instaurou o sistema nacional de políticas públicas sobre as drogas que busca prevenir contra o uso indevido, reinserção social dos usuários, dependentes e repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito que deve atuar em conjunto com o SUS (sistema único de saúde) e a SUAS (sistema único de assistência social)⁹.

Além disso, cabe ressaltar que é considerado como droga qualquer substância ou produto que possa causar dependência devendo estar especificada em lei ou na portaria SVS/MS 344/1998, atualizada periodicamente pelo poder executivo, neste caso, a lei precisa de complementação, é uma norma penal em branco. Caso haja alguma substância que cause dependência, mas não conste do rol da portaria não haverá tipicidade na conduta¹⁰.

As normas penais em branco são uma exceção ao primado da reserva legal ou estrita legalidade. É uma cláusula pétrea que disciplina a exclusividade de lei ordinária para a criação de tipos penais e suas respectivas cominações. Possui como fundamentos a taxatividade ou certeza já que ao legislador compete que determine ainda que minimamente o conteúdo do tipo e sua sanção e ao juiz impõe que haja uma vinculação ao prescrito na lei. Também possui um fundamento político que se trata de defender o cidadão do arbítrio do estado de forma que ao se utilizar exceções a esse mandamento deve-se ter cautela e ponderação sob pena de desrespeito a nossa Constituição Federal¹¹.

⁸ Carvalho, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹ Brasil. Lei de drogas. Brasília, DF, 2006.

¹⁰ Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

¹¹ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Ademais, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, um bem difuso, já que o consumo dessas substâncias prejudica a saúde podendo levar ao óbito. Por isso, se visa evitar o dano que possa ser causado à saúde individual ou pública. E para a consumação do delito não é necessário que ocorra dano ou perigo já que a lei presume o perigo em caráter absoluto, bastando que haja uma conduta que se subsuma ao que prescreve a lei¹².

1.1 Do crime de perigo abstrato

Nos crimes de perigo abstrato não se exige resultados naturalísticos, mas apenas o risco. O estado se utiliza de prevenção e precaução baseada em políticas criminais, tendo em vista, valores e princípios punindo previamente pela alta probabilidade de dano precavendo-se¹³.

É importante ressaltar que alguns doutrinadores fazem distinção entre os crimes de perigo abstrato puro em que sua consumação não depende da demonstração de que houve perigo sendo o risco presumido por lei bastando a violação da norma como no caso do tráfico de drogas. Há também os crimes de perigo abstrato de perigosidade ou periculosidade real, em que deve haver a demonstração do risco sem que exista uma vítima certa ou determinada em que podemos citar o delito de embriaguez ao volante, que para a sua comprovação é necessário a demonstração da condução anormal do veículo sem que tenha posto em risco uma pessoa determinada¹⁴.

Como também há os crimes de perigo concreto onde para a sua configuração é necessário que haja a demonstração de que houve uma exposição ao perigo do bem tutelado penalmente e o risco a uma pessoa certa ou determinada como nos casos dos crimes de incêndio¹⁵.

¹² Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

¹³ Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 40-41.

¹⁴ Cunha, Rogério Sanches. Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”.

¹⁵ Cunha, Rogério Sanches. Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”.

O crime de tráfico de drogas especificamente é de perigo abstrato sendo em regra irrelevante a quantidade de droga apreendida, pois segundo o entendimento predominante subsiste a relevância penal da conduta porquanto se busca combater a propagação e a divulgação do uso de drogas¹⁶.

1.2 Do crime de tráfico de drogas

Conforme disciplina a Constituição o tráfico ilícito de drogas é considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia¹⁷, ou seja, é equiparado a hediondo, sendo essas características utilizadas muitas vezes para justificar um rigor maior da lei e da justiça sobre essa conduta.

Lei de drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

DOS CRIMES E DAS PENAS

[...]

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - Importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - Semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização

¹⁶ Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 1050.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Brasil, 1998).

ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - Vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Penal - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28¹⁸.

O art. 33, caput da Lei n. 11.343/06 possui 18 verbos nucleares, o que o torna um crime múltiplo ou de conteúdo variado, de forma que se em um mesmo contexto fático o agente realizar mais de um verbo nuclear responderá por um crime único, estando a conduta caracterizada ainda que a título gratuito, isto é sem o intuito de lucro¹⁹. Também é considerado um crime permanente, estando em flagrante é legítima a entrada de policiais nas residências para cessar o delito independentemente de mandado judicial²⁰.

A lei quando aborda sobre os crimes e as penas não informa ou determina uma quantidade de droga específica para que se configure o crime de tráfico ou até mesmo de posse para consumo pessoal, muito embora possa ser utilizada a natureza e a quantidade na dosimetria da pena, além de ser um dos critérios do juízo subjetivo realizado pelos agentes públicos e pelos magistrados em que se determina qual delito é imputável ao caso concreto. Dessa maneira, a diferenciação entre o porte para consumo pessoal e o tráfico se dá através de um juízo de valor onde deve ser analisado um conjunto de critérios que considera a natureza e a quantidade da substância, como várias porções em pequenas embalagens, além do local e as condições da ação como, por exemplo, local costumeiro de venda, constante movimentação de pessoas e também as circunstâncias sociais e

¹⁸ Brasil. Lei de drogas. Brasília, DF, 2006.

¹⁹ Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²⁰ STJ, HC 307156/RS, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª turma, 02/06/2015.

pessoais, normalmente conduta e antecedentes, e a condição econômica²¹.
Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do art. 28, §2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente²².

Dessa forma, a quantidade de droga por si só não é fator determinante para concluir ser para consumo pessoal, isto é, se for pequena quantidade não contribui para a determinação de que se trata do artigo 28 da lei de drogas, devendo sempre se analisar o caso concreto sob a ótica dos critérios acima mencionados. Outros fatores que ajudam no convencimento de que se trata do tipo penal tráfico de drogas é a apreensão de apetrechos como balança de precisão e materiais típicos para embalar porções.

Vejamos alguns julgados do Egrégio Tribunal de justiça do Distrito federal e dos territórios:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INCABÍVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Se as circunstâncias fáticas que cercaram a prisão em flagrante, sobretudo a **apreensão de quantidade expressiva de substâncias entorpecentes acondicionadas individualmente e apetrechos utilizados no tráfico de entorpecentes, demonstrando que as drogas destinavam-se à difusão ilícita**, não há que se falar em absolvição ou desclassificação para o delito de uso de entorpecentes. 2. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que não estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, especialmente pela pena aplicada ser superior a 4 (quatro) anos. 3. Recurso conhecido e desprovido²³. (grifo nosso)

²¹ Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²² STJ, AgRg no AREsp 1740201/AM, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, 6º turma, 17/11/2020.

²³ TJDFT, Acórdão 1281046, 07325073720198070001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 3/9/2020, publicado no PJe: 14/9/2020.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI 11.343/06. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO. FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA SUBSTÂNCIA. LAUDO ATESTANDO QUE O RÉU AUSÊNCIA DE SINAIS DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DO ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS. AVALIAÇÃO NEGATIVA. MANUTENÇÃO. "QUANTUM" DE AUMENTO. UM SEXTO. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. UM SEXTO. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. MAUS ANTECEDENTES. "BIS IN IDEM". INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Diante da grande quantidade de droga apreendida** (quase dois quilogramas de maconha), **das circunstâncias da prisão do réu** (apresentando versão aos policiais de que entregaria a droga a terceiro, mediante recompensa financeira, e existência de mais porções em sua residência), **da forma de acondicionamento da substância (prensada em tabletes)** e pelo **fato do laudo não constatar sinais de dependência química do acusado**, a manutenção de sua condenação pelo crime de tráfico de drogas é medida imperativa. 2. Sendo apreendidos quase 2kg (dois quilogramas) de maconha, o que representa quantidade suficiente ao consumo de uma enormidade de usuários, justificado está o incremento da pena-base, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, já que a conduta do acusado é apta a expor a saúde de muitas pessoas aos efeitos deletérios da referida substância entorpecente. 3. O entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, salvo se houver fundamento para a elevação em fração superior, sendo recomendável observá-la. 4. **A utilização das anotações criminais pretéritas para a avaliação negativa dos antecedentes criminais, para o reconhecimento da reincidência e para se afastar o benefício do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, não é "bis in idem", mas, sim, a verificação de distintas consequências jurídico-legais de um mesmo instituto**, o que, em variadas situações, é previsto pelo legislador ordinário. 5. Recurso parcialmente provido²⁴. (grifo nosso)

Além disso, o laudo toxicológico preliminar é uma condição de procedibilidade para a investigação do crime de tráfico de drogas e o grau de pureza da substância não é necessária para a configuração do delito²⁵. Porém, o laudo de constatação

²⁴ TJDF, Acórdão 1249249, 00046084220188070001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 14/5/2020.

²⁵ Cavalcante, Marcio Andre Lopes. Vade mecum de jurisprudência: dizer o direito. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. P. 665.

não é suficiente para a condenação do acusado, é necessária a elaboração do laudo toxicológico definitivo como uma condição para verificação da materialidade do fato sendo aceito pela jurisprudência excepcionalmente sua substituição pelo laudo de constatação ou preliminar nos casos em que puder ter o mesmo grau de certeza do definitivo.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. CASO DOS AUTOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, **o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova**, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016. 2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, **em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes**. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo. 3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados "narcotestes" e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. 4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação. 5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito. 6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta

que a materialidade do delito de que o réu é acusado ficou provada, negar provimento a seu recurso especial²⁶. (grifo nosso)

Sendo ônus de a acusação demonstrar o porquê de ter decidido imputar o tipo penal ao acusado (comprovar os fatos alegados que determinem a traficância ou a posse), e afastar todas as dúvidas para eliminar uma possível desclassificação no caso da apuração do delito de tráfico, já que a lei não delimita critérios objetivos para diferenciação entre os delitos, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. DESNECESSÁRIO REVOLVIMENTO DE PROVAS. ALEGADA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em sede de recurso especial. 2. Todavia, a moldura fática delineada na sentença e no acórdão não demonstrou o fim de mercancia, nem afastou de forma incontestada a afirmação do réu de que a droga apreendida destinava-se ao seu consumo pessoal. 3. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) – e que continua na legislação atual. 4. Não por outro motivo, a prática tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 5. A atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro e o fato de o Brasil possuir, hoje, a terceira maior população carcerária do mundo – segundo o Centro Internacional de Estudos Prisionais – ICPS (International Centre for Prison Studies) – recomendam não desconsiderar as ponderações feitas neste caso concreto de que efetivamente é temerária, também sob essa perspectiva, a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas. 6. A conduta imputada pelo Ministério Público – dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (que é de conteúdo múltiplo) – foi a de trazer consigo “11 (onze) pedras de crack, divididas em papelotes individuais e escondidas em suas partes íntimas”. Em nenhum momento, o acusado foi visto vendendo, expondo à venda ou oferecendo entorpecentes a terceiros. 7. Não foram mencionados elementos que demonstrem, de modo satisfatório, a destinação comercial do entorpecente localizado

²⁶ STJ, EREsp 1544057/RJ, rel. min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 3ª seção. 26/10/2016.

com o recorrente. Com efeito, não houve campana policial para averiguação da conduta do recorrente, mas tão somente uma abordagem pessoal em virtude do fato de o coacusado – que conduzia a motocicleta – ter se evadido ao avistar a autoridade policial. 8. O Ministério Público – sobre quem pesa o ônus da prova dos fatos alegados na acusação – não comprovou a ocorrência de mercancia ilícita da droga encontrada em poder do recorrente, ou que a tanto se destinava, de modo que remanesce somente a conduta de trazer consigo a droga, para consumo pessoal, prevista no tipo do caput do art. 28 da Lei n. 11.343/2006²⁷. [...]

Além do mais, o entendimento majoritário é de que não é aplicável o princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas. Conforme julgado do STJ:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. INAPLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PRECEDENTES. 1. Ressalvado pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. **Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se 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.** 3. Habeas corpus não conhecido²⁸.(grifo nosso)

Mas como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, há determinados casos em que a aplicação do princípio pode ocorrer. Porém, se faz necessário a explicitação de uma figura que gera redução de pena nos casos de traficância.

1.3 Do tráfico privilegiado

Lei de drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

Art. 33 [..]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja

²⁷ STJ, RE 1769822/PA, rel min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª turma, 27/11/2018.

²⁸ STJ, HC 195985/MG, rel. min. NEFI CORDEIRO, 6ª turma, 09/06/2015.

primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa²⁹.

A instituição da figura do tráfico privilegiado ao crime de tráfico de drogas preceitua uma redução de um sexto a dois terços, nos casos em que o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedique ao crime e nem integre organização criminosa³⁰. Tendo como base a pena mínima de cinco anos do caput do artigo 33 da lei de drogas a redução de 1/6 resulta em uma pena de quatro anos e dois meses, com uma redução de 10 meses e a de 2/3 em uma pena de um ano e oito meses com uma redução de três anos e quatro meses.

A figura compreende os traficantes ocasionais ou de primeira viagem, por questões de política criminal, bem como, considerando a igualdade preceito inserido na carta magna, um grande avanço ao combate da desproporcionalidade dos rigores da lei de drogas tendo em vista as condutas concretas praticadas pelos agentes. Além disso, o Supremo decidiu que o tráfico privilegiado não é compatível com a natureza hedionda, pois é um delito derivado mais brando cujo cuidado do legislador era beneficiar o agente³¹.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida³².

²⁹ Brasil. Lei de drogas. Brasília, DF, 2006.

³⁰ Brasil. Lei de drogas. Brasília, DF, 2006.

³¹ STF, HC 118.533/MS, rel. min. Cármen Lucia, plenário. 23/06/2016.

³² STF, HC 118.533/MS, rel. min. Cármen Lucia, plenário. 23/06/2016.

Bem como declarou inconstitucional a expressão que vedava a conversão em pena restritiva de direito, pois se vislumbrou um abuso de poder por tirar do magistrado o desempenho de sua atividade jurisdicional³³. E conseqüentemente, foi promulgada a resolução nº 5 de 2012 pelo Senado que suspendeu a expressão nos termos do art. 52, X da Constituição federal³⁴.

Igualmente, quanto a sua aplicação em casos específicos, podemos ver que é aplicáveis às chamadas mulas, pois o fato de transportar droga não é prova inequívoca que o agente integre organização criminosa.

Sendo necessário que haja comprovação de que o agente possui um envolvimento estável e permanente, não configurando envolvimento segundo a lei se for somente esporádico³⁵⁻³⁶.

Ademais, é exigido que o agente declare que estava traficando, conforme disciplina a súmula 630 do STJ que diz: “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”³⁷.

Além disso, não se pode usar a gravidade em abstrato do delito para justificar a fixação de regime mais gravoso de forma automática, seja para o tráfico de drogas seja para o tráfico privilegiado, o supremo estabeleceu que não se trata de uma motivação idônea³⁸, devendo sempre o magistrado atentar-se às circunstâncias do caso como culpabilidade, antecedentes, conduta social, circunstâncias, conseqüências do crime entre outras³⁹.

³³ STF, HC 97256/RS, rel. min. Ayres Britto, plenário. 01/09/2010.

³⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

³⁵ Info 602 STJ, HC 387077/SP, rel. min. Ribeiro Dantas, 5º turma. 06/04/2017.

³⁶ STF, HC 131795/SP, rel. min. Teori Zavascki, 2ª turma. 03/05/2016.

³⁷ Brasil. Superior Tribunal de justiça. Súmula 630.

³⁸ STF, HC 163231/SP, rel. min. Marco Aurélio red. Para o acórdão Alexandre de Moraes, 25/06/2019.

³⁹ STF, HC 140441/MG, rel. min. Ricardo Lewandowski, 28/03/2017.

CAPÍTULO 2 – DO HC 127.573/SP

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 ⁴⁰.

Em síntese a impetrante foi flagrada vendendo um grama de maconha e foi condenada a uma pena de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão inicialmente em regime fechado e o pagamento de 680 dias-multa pelo tráfico de drogas, em sede de apelação a sentença foi mantida e o STJ negou habeas corpus. Foi impetrado um novo Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal onde o relator Ministro Gilmar Mendes reconheceu que a condenação da impetrante feriu gravemente os postulados da proporcionalidade, ofensividade e insignificância⁴¹.

Em seu voto explicitou que a conduta não lesionou ou colocou em perigo a paz social, segurança ou a saúde pública, não sendo uma conduta adequada e nem necessária para repelir a ação e também é um exemplo básico de flagrante desproporcionalidade tendo em vista a quantidade irrisória de droga. Pois qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais deve ser compatível com a proporcionalidade que busca um equilíbrio entre a proteção ao bem jurídico tutelado penalmente, a conduta e a pena imposta⁴².

2.1 Do princípio da proporcionalidade

Toda ideia de justiça exige que exista proporcionalidade entre a gravidade do delito cometido, a entidade da pena ameaçada e a sanção efetivamente imposta. Implica adotar soluções legais e jurisdicionais de enorme transcendência dentro de um sistema penal democrático e socialmente orientado. Vivemos em uma época na qual, infelizmente, triunfa um positivismo exacerbado, o que implica o

⁴⁰ STF, HC 127573/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. 11/11/2019.

⁴¹ STF, HC 127573/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. 11/11/2019.

⁴² STF, HC 127573/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. 11/11/2019.

atingimento de garantias penais e processuais. [...]. Em um momento como este, a proporcionalidade converte-se no último bastião de defesa contra qualquer excesso ou abuso que se origine da máquina punitiva estatal. Por esse motivo, é um princípio que deve ser permanentemente levado em consideração. Não existirá proporcionalidade se a pena for desmedida com relação ao ataque sofrido pelo bem jurídico, nem tampouco se forem impostas penas iguais para fatos valorativamente diferentes⁴³.

Pode atingir uma norma em abstrato, sua validade ou até mesmo a sua interpretação em um caso concreto. Deve-se ter em mente que medidas que afetem garantias fundamentais devem estar em sintonia com a proporcionalidade, indagando-se sobre a constitucionalidade da restrição e da sua compatibilidade com o fato concreto. Logo, por meio desse princípio proíbe-se a criminalização primária pelo legislador das condutas irrelevantes, mas também há a proibição da criminalização secundária onde se estabelece se há equilíbrio entre a punição imposta e se é proporcional ao dano provocado que deve ser analisado pelo magistrado diante dos casos concretos. Isso se dá através de um juízo de ponderação, quer dizer, a pena deve ser proporcional à conduta e estar em conformidade com os ditames da dignidade da pessoa humana, chegando a um equilíbrio⁴⁴.

Essa análise ocorre paralelamente do ponto de vista dos desdobramentos decorrentes desse princípio que são a proibição de excesso, onde se verifica a constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais que se materializa por meio de contrariedade, incongruência, irrazoabilidade e inadequação, e da proteção deficiente onde o estado possui o dever de assegurar e proteger os direitos fundamentais⁴⁵, conforme entendimento do Supremo:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos

⁴³ Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 91-92.

⁴⁴ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁵ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente ⁴⁶.

E também do ponto de vista de seus subprincípios: adequação e necessidade, onde a medida passa por uma análise se é apta a atingir os objetivos pretendidos e se nenhuma outra medida menos gravosa se mostrou igualmente eficaz⁴⁷.

Bem como há a proporcionalidade em sentido estrito, que seria um terceiro nível de ponderação que faz o papel de controle de sintonia fina, onde se estabelece se houve a proporção entre meio e fim, ou melhor, a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão⁴⁸.

Em resumo, no plano abstrato a proporcionalidade faz com que sejam eleitas as penas mais apropriadas para cada infração e suas gradações (penas mínimas e máximas). No plano concreto orienta o julgamento para a promoção de uma individualização da pena adequada e na execução recai sobre as regras executórias considerando as condições pessoais e o mérito⁴⁹ sempre com o objetivo de estabelecer uma ponderação de valores⁵⁰.

No caso em tela, a ponderação de valores realizada pelos digníssimos ministros do STF, restou clara a desproporcionalidade da imputação do crime de tráfico a paciente, pois a pena imposta foi excessiva em relação à conduta efetivamente praticada e ao valor protegido penalmente⁵¹.

Em sequência, ressalta que se trata de uma decisão político criminal a não aplicação da insignificância ao delito de tráfico de drogas, pois o entendimento é de

⁴⁶ STF, HC 104410/RS, rel Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, 06.03.2012.

⁴⁷ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁸ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁹ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

⁵⁰ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

⁵¹ STF, HC 104410/RS, rel Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, 06.03.2012.

que a lei presume o perigo, portanto, afastaria a observância do instituto, dessa forma, não é o caso de incompatibilidade entre o instituto e o tipo penal⁵².

Sem dúvida esse entendimento não deveria prosperar, pois ao ponderar que a lei presumir em caráter absoluto como danosa toda conduta indistintamente fere os próprios postulados penais e sobrecarrega o sistema com condutas que embora se subsumam ao descrito na lei, não possuem a capacidade de lesar o bem jurídico e além do mais, demonstra um incontestável excesso vedado pelo princípio da proporcionalidade e faz com que perca o sentido a categorização de crimes de perigo abstrato e de mera conduta, pois não basta que o agente faça o descrito no tipo, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade que não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade exigindo uma clara comprovação da possibilidade de risco de dano decorrente da conduta diferenciando-se assim dos crimes de mera conduta⁵³.

E ao analisar o caso da paciente não ficou comprovado que a conduta da mercancia de um grama de maconha afetou os bens jurídicos difusos tutelados pelo tipo declarando-se a atipicidade material da conduta⁵⁴.

2.2 Do princípio da insignificância

A incorporação desse princípio ao direito penal segundo alguns autores é devido aos estudos de Claus Roxin⁵⁵⁻⁵⁶. Também é chamado de princípio da bagatela e se trata de uma construção da doutrina e jurisprudência não estando previsto diretamente no ordenamento brasileiro, mas possui como fundamento os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e da intervenção mínima⁵⁷. Também é fundamentado em valores de política criminal limitando a incidência da

⁵² STF, HC 104410/RS, rel Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, 06.03.2012.

⁵³ STF, HC 104410/RS, rel Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, 06.03.2012.

⁵⁴ STF, HC 104410/RS, rel Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, 06.03.2012.

⁵⁵ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 25.

⁵⁶ Santos, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

⁵⁷ Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 113.

norma penal no caso concreto como um valor interpretativo analisado em conjunto com os princípios norteadores do direito penal⁵⁸.

2.2.1 Do princípio da lesividade ou ofensividade

Segundo esse princípio a aplicação de uma pena somente será possível quando for demonstrada a lesão ou o perigo de lesão atual, ou iminente a um bem jurídico tutelado, devendo ser observado pelo legislador e pelo magistrado⁵⁹. Delimita o direito penal e limita o legislador ao estabelecer quais as condutas que podem ser incriminadas penalmente⁶⁰, exercendo uma função político-criminal e servindo como um guia que orienta a atividade legislativa como também serve de critério interpretativo para ser observado no caso concreto por meio da análise se do fato ocorreu uma lesão efetiva ou um perigo de lesão grave ao bem jurídico⁶¹.

Para Alice Bianchini, Antonio Molina e Luiz Flávio Gomez (apud SANCHES, 2019, p. 106) esse princípio

Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime)⁶².

⁵⁸ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

⁵⁹ Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 92.

⁶⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. V. 1. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

⁶¹ Santos, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

⁶² Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 106.

Bem como não se pune condutas por questões morais ou por conveniência, não é somente a ação que é punida como também o resultado produzido desde que ocorra ao menos um perigo concreto que ponha o bem jurídico tutelado em risco. Por fim, vale ressaltar que se encontra atrelado ao princípio da intervenção mínima⁶³.

2.2.2 Do princípio da intervenção mínima ou ultima ratio

Foi criado pela declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 para ir além do princípio da reserva legal deliberando que a lei penal só deve tutelar aquilo que for indispensável⁶⁴. Conseqüentemente, a aplicação do direito penal só deve ocorrer quando estritamente necessário, de modo que seja o último recurso, quando nenhum outro ramo possa legislar sobre e também observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado⁶⁵. Enfim, sua atuação deve ser a mais reduzida possível, a estritamente necessária para tutelar os ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, o que revela o caráter subsidiário do Direito Penal, de forma a limitar e racionalizar a pressão punitiva estatal⁶⁶.

A subsidiariedade, portanto, recai na atuação prática, ou seja, na aplicação da lei que se legitima quando os outros ramos e os outros meios de coerção estatais mais brandos se revelem impotentes, funcionando como um executor de reserva⁶⁷. Conforme o entendimento do supremo tribunal Federal:

⁶³ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. V. 1. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

⁶⁴ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 45.

⁶⁵ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 77.

⁶⁶ Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 94.

⁶⁷ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 47.

O Direito Penal, regido pelo princípio da intervenção mínima, deve ocupar-se da proteção dos bens jurídicos mais valiosos e necessários à vida em sociedade, intervindo somente quando os demais ramos do direito não forem capazes de fazê-lo. É utilizado, portanto, como *ultima ratio* ⁶⁸.

2.2.3 Do princípio da fragmentariedade

Na sequência, o caráter fragmentário do Direito Penal revela-se, quando, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária⁶⁹. A saber, poucas coisas são de interesse do direito penal, somente aqueles bens relevantes para a sociedade e que tenham respaldo nos valores inscritos na carta magna e no estado democrático de direito ⁷⁰. Protegendo-se tão somente bens imprescindíveis, já que não se pode e não se deve tutelar todos os bens e dessa forma cria-se a necessidade de impor limites à atuação estatal ⁷¹. Logo, é a última esfera de proteção ao bem jurídico recaindo no plano abstrato, isto é, na atividade legislativa que irá criar ilícitos penais quando não for possível aos demais ramos tutelar⁷².

Ademais, o princípio da insignificância de acordo com o entendimento majoritário é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material, há uma subsunção do fato à conduta descrita na lei, mas não há lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, e caso ocorra o reconhecimento do princípio da insignificância, em

⁶⁸ STF, RHC 190315/PR, rel. min. Edson Fachin, 2ª turma, 15/12/2020.

⁶⁹ Greco, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2019. P. 110.

⁷⁰ Santos, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. P. 5.

⁷¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. V. 1. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

⁷² Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 46.

regra, gera a absolvição do réu por atipicidade material⁷³, conforme já estabelecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material⁷⁴.

Ou seja, é necessária uma análise do ponto de vista da tipicidade penal, que é entendida modernamente como a junção da tipicidade formal com a tipicidade material, onde um fato para ser típico é necessário que a conduta se amolde à norma penal e que tenha ocorrido uma lesão ou perigo de lesão⁷⁵, mas, além disso, exige-se uma certa ofensividade grave aos bens tutelados, onde haja um equilíbrio entre a gravidade da conduta e a drasticidade da resposta penal⁷⁶. Logo, embora relevante penalmente que alguma conduta seja reprimida, a pena em abstrato é desproporcional ao fato mesmo sendo tutelado.

Ademais, o Supremo idealizou quatro requisitos objetivos cumulativos para a aplicação do princípio:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando

⁷³ Dizer o direito. Cavalcante, Márcio André Lopes. Princípio da insignificância no direito penal brasileiro.

⁷⁴ STF, HC 106510/MS, rel. Joaquim Barbosa, 2ª turma, 22.03.2011.

⁷⁵ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. P. 25.

⁷⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. V. 1. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

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 lesividade⁷⁷.

Na prática, não é feita nenhuma distinção entre os critérios objetivos como explicita Paulo Queiroz (APUD Sanches, 2019, p. 79):

Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo⁷⁸.

E cabe ressaltar que os vetores da insignificância não são estáticos, eles podem ser adaptados conforme o caso concreto, seja com acréscimo ou supressão, já que nem sempre são analisados na mesma proporção e quando se trata de fazer justiça como um valor a ser perseguido para se evitar arbitrariedades requer que haja razoabilidade e proporcionalidade para que recaia sobre as situações fáticas que se apresentam ao judiciário e se incorporem a elas, e nessa perspectiva podemos vislumbrar a insignificância como um princípio implícito constitucional e simultaneamente de direito penal⁷⁹.

[...] 2. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal. 3. Reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal debateu o tema da insignificância

⁷⁷ STF, HC 84412/SP, rel. Celso de Mello, 2ª Turma, 19.10.2004.

⁷⁸ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P 79.

⁷⁹ STF, HC 111017/RS, rel. min. Ayres Britto, 2ª turma, julgado em 07/02/2012.

penal. Oportunidades em que me posicionei pelo reconhecimento da insignificância penal como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, por exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. Equivale a dizer: a justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc.). Donde a compreensão de que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva. 4. É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. [...]⁸⁰

Do mesmo modo, o contexto da conduta e as condições da vítima devem ser considerados, como sua condição econômica, o valor sentimental de um objeto material, tal como as condições do agente, cabendo ressaltar que há divergência na jurisprudência sobre a incidência do princípio para agentes reincidentes, sendo

⁸⁰ STF, HC 111017/RS, rel. min. Ayres Britto, 2ª turma, julgado em 07/02/2012.

vedado para criminosos habituais e militares ⁸¹, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e aquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. A verificação da lesividade mínima da conduta apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado ⁸².

Além disso, a doutrina moderna estabeleceu uma distinção entre bagatela própria e imprópria. Na bagatela própria não há a incidência do direito penal, pois a lesão ou o perigo é irrelevante, ou seja, materialmente atípica apesar de formalmente típica⁸³ como, por exemplo, o furto famélico⁸⁴. A bagatela imprópria há uma conduta típica formal e materialmente, porém as circunstâncias do caso concreto tornam a pena incabível, partindo do pressuposto de que a pena não é somente retributiva. Faz-se um juízo acerca da necessidade de eventual punição através de uma ponderação entre a lesão e a sanção a ser imposta onde fica demonstrado que a sanção é desnecessária possuindo fundamento no artigo 59 do código penal que vincula a aplicação da pena à sua necessidade⁸⁵.

⁸¹ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

⁸² STJ, RESP 1224795/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª turma, 13/03/2012.

⁸³ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P 92.

⁸⁴ HC 141440 AgR/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 2ª turma, 14/08/2018. Ementa: Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Furto qualificado (CP, art. 155, § 4, inciso IV). Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade excepcional, à luz das circunstâncias do caso concreto. Agravo provido. 1. À luz dos elementos dos autos, o caso é de incidência excepcional do princípio da insignificância, na linha de precedentes da Corte. 2. As circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa que justifique a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 116,50) e o fato de o ora agravante não ser, tecnicamente, reincidente específico, já que a única ação penal à qual responde não transitou em julgado. 3. Há de se ponderar, ainda, a condição de hipossuficiência do agente, além do fato de que a sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo. 4. Agravo regimental ao qual se dá provimento.

⁸⁵ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P 93.

Vale ressaltar que o princípio da insignificância pode ser concedido de ofício em Habeas Corpus⁸⁶ e o trânsito em julgado⁸⁷ não impede o seu reconhecimento⁸⁸.

Diante o exposto, a insignificância delimita a tipicidade material juntamente com os princípios norteadores do direito penal de forma a estabelecer se e em que grau o comportamento ofende o bem jurídico. E dessa forma a conduta ora analisada pelo HC é irrelevante penalmente, pois apesar de realizado o tipo penal imputado não houve comprovação do juízo de possibilidade de um perigo de dano⁸⁹.

Conclui que falta um avanço no sentido de estabelecer critérios objetivos que possam separar os traficantes de grande porte dos pequenos traficantes que passam à traficância para retroalimentar o vício e que a utilização do princípio da insignificância é um passo nesse avanço⁹⁰.

Seguindo o raciocínio do julgado, o princípio da insignificância pode ser aplicado nos casos de flagrante desproporcionalidade da resposta penal como já ocorre com os crimes de posse ou porte de munição de arma de fogo nas situações em que há pouca quantidade de munição desacompanhada da arma⁹¹⁻⁹². Esses delitos também se tratam de crimes de perigo abstrato que em regra a quantidade de munição apreendida é irrelevante, mas em casos excepcionais pode ficar demonstrado uma flagrante desproporcionalidade entre a pena e a quantidade

⁸⁶ “Ocorre que o princípio da insignificância, como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal, constitui, por si só, a meu juízo, motivo bastante para a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus”, HC 97836/RS, rel. Celso de Mello, 2ª turma, 19.05.2009 (informativo 547 do STF).

⁸⁷ HC 95570/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2010 (informativo 589 do STF), entendeu que embora já transitado em julgado a decisão impugnada, isso não obstará sua análise ainda mais que a apreciação do tema seria exclusivamente de direito sendo a via adequada o habeas corpus.

⁸⁸ Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

⁸⁹ STF, HC 127573/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. 11/11/2019.

⁹⁰ STF, HC 127573/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. 11/11/2019.

⁹¹ STF, RHC 143449, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª turma, 26/09/2017. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO. I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

⁹² Também STJ, AgRg no HC 517099/MS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª turma, 06/08/2019.

encontrada com o agente. Pois mesmo se tratando de um crime de perigo abstrato, que tutela um bem jurídico difuso deve haver demonstração da probabilidade de a conduta causar dano já que a conduta não se trata de um crime de mera conduta ainda mais tendo em vista os princípios norteadores do direito penal que trazem à luz seu caráter fragmentário e subsidiário.

Assim, mesmo como um dos crimes que mais encarcera no Brasil ainda há uma luta incessante contra o tráfico ilícito de drogas, pois o que se apreende são os traficantes de pequenas quantidades que entram para o tráfico para retroalimentar o vício e mesmo com a figura do tráfico privilegiado a depender das circunstâncias como a ínfima quantidade da droga como evidenciado acima o cumprimento de pena não é necessária e nem adequada para repelir o dano causado, pois não é possível comprovar a possibilidade de dano que o tipo requer, isto é, não causa perigo de dano algum ou causa um perigo de dano ínfimo ao bem tutelado. É necessária uma mudança de entendimento e de discurso, pois a política proibicionista não foi capaz de vencer a guerra contra as drogas e busca a punição do tráfico acima de tudo. Essa política criminal aliada a uma não delimitação objetiva do que caracterizaria os tipos penais, devendo ser feito sempre um juízo de valor para a sua determinação, leva a práticas arbitrárias e a uma seletividade do sistema.

Como por exemplo, o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo que apesar de vários dos sentenciados terem sido condenados por tráfico privilegiado com a maior redução do tipo penal prevista de 2/3, portanto, condenados a uma pena de 1 ano e 8 meses tiveram seus regimes iniciais fixados no regime fechado descumprindo a jurisprudência dos tribunais superiores. O STJ então concedeu Habeas Corpus para que todos esses sentenciados tivessem seus regimes fixados no regime aberto ⁹³.

2.3 Seletividade do sistema penal na lei de drogas

Segundo o Infopen de 2017, foi registrado um total de 156.749 pessoas presas por crimes previstos na lei de drogas e destaca-se que a incidência é maior entre as mulheres. E também é possível observar que os perfis das pessoas que

⁹³ STJ, HC 596603/SP, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, 08/09/2020.

cumprem pena privativa de liberdade são jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade sendo o crime de roubo e tráfico de drogas os responsáveis pela grande maioria das prisões⁹⁴.

Conforme nossa constituição federal todos são iguais em direitos e deveres sem qualquer distinção⁹⁵, porém na prática infelizmente podemos ver que a discriminação e a exclusão social de determinados grupos faz parte do histórico brasileiro.

Recaindo não somente sobre a sociedade mais também sobre as instituições públicas, no caso do sistema penal para Nilo Batista (2007)

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. [...] também é apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela ⁹⁶.

Diante o exposto, podemos concluir que algumas vezes não se respeita a isonomia, pois o que se procura e o que se pune é o estereótipo popular do infrator, que possui classe social, cor, sexo e escolaridade definida incorporada nas classes mais pobres reproduzindo assim a desigualdade social. Os chamados marginais, uma figura que provém do discurso midiático que vê essas pessoas como inimigos do estado em que seu destino é a prisão reafirma um discurso estigmatizante de exclusão dessas camadas da sociedade que são criminalizadas e vistas como algo a ser temido que muitas vezes são impedidos de terem acesso a direitos básicos e fundamentais. Havendo até mesmo uma punição mais rigorosa dos delitos

⁹⁴ Infopen, Junho de 2017.

⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (Brasil, 1988).

⁹⁶ Batista, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 25-26.

tipicamente praticados pelas classes menos favorecidas por serem a caracterização do inimigo que deve ser punido gerando uma criminalização primária por meio da criação de leis ⁹⁷.

Como compete ao estado garantir à paz e a segurança da sociedade a vontade do legislador ao criminalizar certas condutas são legítimas, mas apesar de legítima pode encobrir uma discriminação e perseguição as minorias No caso da lei de drogas podemos ver isto ocorrer com a criminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal em que houve somente sua despenalização, mas continua sendo uma conduta criminosa passível de medidas diversas da pena privativa de liberdade e também pode ser vislumbrado na subjetividade da distinção dos delitos de posse e tráfico já que estabelecer a finalidade de agir para configurar esses delitos é uma tarefa difícil . Já a criminalização secundária que põe em prática a primária, ocorre na arbitrariedade dos operadores do direito na distinção das condutas por meio dos estereótipos e dos critérios estabelecidos que não são objetivos e nem claros e até mesmo na abordagem policial e a forma que se dá e com a subjetividade em relação às condutas suspeitas ⁹⁸.

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o que deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários) ⁹⁹.

Como se pode vislumbrar,

⁹⁷ Rodrigues, Marcelo Matte. A seletividade no direito penal e a lei de drogas (Lei 11.343/06) no Brasil. Jus navegandi, 2018.

⁹⁸ Rodrigues, Marcelo Matte. A seletividade no direito penal e a lei de drogas (Lei 11.343/06) no Brasil. Jus navegandi, 2018.

⁹⁹ Segundo Zaffaroni, apud Rodrigues, Marcelo Matte. A seletividade no direito penal e a lei de drogas (Lei 11.343/06) no Brasil. Jus navegandi, 2018. 3.1 criminalização primária.

O resultado é a 'vegetação vingadora' das quadrilhas de traficantes, dos massacres nas favelas, da superpopulação prisional, da ausência de alternativas de tratamento para os dependentes e da corrupção que atinge a polícia e se espalha por todas as instâncias de poder. Por esses e outros efeitos, nunca foi tão evidente a necessidade de se mudar a política de drogas em nosso país.

CONCLUSÃO

A lei não protege, a rigor, bem jurídico algum ou não o protege adequadamente; tipificam-se crimes sem vítimas; criminalizam-se condutas por meio de simples portaria; punem-se perigos abstratos e atos meramente preparatórios e, mais, castiga-se desproporcionalmente¹⁰⁰.

O discurso defasado da política proibicionista numa tentativa de controle e repressão ao tráfico ilícito de drogas tem se mostrado ao longo das décadas ineficiente para a consecução de seus objetivos. A argumentação que prevalece, derivada da solidificação do discurso sanitarista médico-jurídico, ditando a sua alta periculosidade, pois a traficância acaba por causar dependência, destruir famílias e gerar o cometimento de outros crimes e/ou até mesmo o próprio tráfico para alimentar o vício faz com que haja um recrudescimento da lei para o seu combate, mas esse discurso tem caráter generalizador que não leva em conta as circunstâncias específicas de cada caso e pune o tráfico e não o traficante em si. Conforme Paulo Queiroz, é bastante comum que se dê um caráter exemplificador, com efeitos universais, aplicando-se penas altas que transcendem o caso concreto e o merecimento do agente, punindo-se assim o tráfico e não o traficante, não havendo assim individualização da pena¹⁰¹. Além de causar uma patologização do usuário e dependente com a aplicação de medidas educativas informativas sobre o malefício do uso de drogas, vendo-o sempre como doente que necessita de uma intervenção.

Portanto, o encarceramento em massa deve ser repensado, pois como já explicitado durante toda a exposição acima o direito penal não deve ser o meio utilizado pelo Estado quando possível adotar outros meios menos gravosos que não afetem tão gravemente os direitos fundamentais das pessoas. Deve-se ocorrer um movimento entre doutrina e jurisprudência que mude o paradigma da política criminal

¹⁰⁰ Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 14.

¹⁰¹ Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

proibicionista e estabeleça outras formas de combate como já vislumbrado em outros países que possuem uma política de redução de danos.

Utilizar critérios objetivos pode ser uma saída para conter o excesso como já feito com a figura do tráfico privilegiado que lida de uma forma mais individualizada nos casos dos traficantes de primeira viagem, evitando-se assim, as arbitrariedades. E também podemos utilizar os mesmos critérios da figura do tráfico privilegiado em conjunto com a quantidade e o tipo da droga e “seu poder destrutivo” para uma análise concreta se cabe o princípio da insignificância seguindo o começo do avanço apontado no HC 127.573/SP no sentido de garantir os direitos fundamentais dos acusados de tráfico ilícito de drogas.

Da mesma forma que um avanço no sentido de estabelecer quantidades diárias ou uma quantidade máxima que delimite e identifique os tipos penais como já ocorre de maneira parecida em Portugal, que descriminalizou o uso de drogas, mas estabeleceu quantidades diárias e um limite máximo que não pode ultrapassar a quantidade de um período de 10 dias punindo-se tão somente o tráfico quando superar essa quantidade. Isto não se trata de esvaziamento do ilícito penal ou sua proteção deficiente, trata-se da contenção do excesso advindo da punição do tráfico em geral e não do caso concreto e além do mais, conforme críticas e as mudanças de política dos países estrangeiros que modificaram suas legislações estão mais do que comprovadas à ineficiência da política repressiva/proibicionista adotada no Brasil até hoje.

REFERÊNCIAS

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. V. 1. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

Brasil. Lei de drogas. Brasília, DF, 2006.

Brasil. Superior Tribunal de justiça. Súmula 630.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela nos crimes previstos na Lei de Drogas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5751, 31 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68325>. Acesso em: 7 jan. 2020.

Carvalho, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

Cavalcante, Márcio André Lopes. Princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2014/07/principio-da-insignificancia-no-direito.html>. Acessado em: 8 de out. de 2020.

Cavalcante, Marcio Andre Lopes. Vade mecum de jurisprudência: dizer o direito. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Cunha, Rogério Sanches. Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”? Jusbrasil, 2013. Disponível em:

<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815106/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real>. Acesso em: 12 de mar. de 2021.

Greco, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualizadas até junho de 2017. Organização, Marcos Vinicius Moura. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública, departamento penitenciário nacional, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 05 de dez. de 2019.

Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Masson, Cleber. Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120). V. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Olivé, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Oliveira, karine Alves Silva. A seletividade do sistema penal: resultando em um tratamento diferenciado entre os indivíduos. Conteúdo jurídico, 2020. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55174/a-seletividade-do-sistema-penal-resultando-em-um-tratamento-diferenciado-entre-os-individuos>. Acessado em: 03 de mar. de 2021.

Queiroz, Paulo. Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à lei de Drogas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Rodrigues, Marcelo Matte. A seletividade no direito penal e a lei de drogas (lei 11.343/06) no Brasil. Jus navegandi, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66940/a-seletividade-no-direito-penal-e-a-lei-de-drogas-lei-11-343-06-no-brasil>. Acesso em: 03 de mar. de 2021.

Santos, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

STF, Habeas Corpus 111.017. Relator Min. Ayres Britto. DJE: 26/06/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>. Acesso em: 23 de fev. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 104410. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJE: 27/03/2012. STF, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 106510. Relator originário: Min. Joaquim Barbosa. Redator do acórdão: Min. Celso de Mello. DJE: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231194>. Acesso em: 29 de jan. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 127573. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJE: 25/11/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4751407>. Acesso em: 05 de nov. de 2020.

STF, Habeas Corpus. HC 141440. Relator: Min. Dias Toffoli. DJE: 06/02/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5146423>. Acessado em: 15 de fev. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 84412. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19/11/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>. Acesso em: 29 de jan. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 95570. Relator: Min. Dias Toffoli. DJE: 27/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=153311>. Acessado em: 11 de fev. de 2021.

STF, Habeas Corpus. HC 97836. Relator: Min. Celso de Mello. DJE 01/02/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108375>. Acessado em: 11 de fev. de 2021.

STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC 190315. Relator: Min. Edson Fachin. DJE: 22/02/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5987513>. Acesso em: 19 de abr. de 2021.

STJ, Habeas Corpus. HC 195985. Relator: Min. Nefi cordeiro. DJe 18/06/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1170734389/habeas-corpus-hc-195985-sp-0111653-2020201000000/inteiro-teor-1170734397>. Acesso em: 7 de jan. de 2021.

STJ, Habeas Corpus. HC 307156. Relator: Min. Reinaldo Soares da Fonseca. DJE: 08/06/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402697304&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 15 de fev. de 2021.

STJ, Recurso especial. RESP 1224795. Relator: Min. Gilson Dipp. DJE: 20/03/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428921/recurso-especial-resp-1224795-rs-2011-0000034-9-stj/inteiro-teor-21428922>. Acesso em: 11 de fev. de 2021.

STJ, Recurso especial. RESP 1769822. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJe 13/12/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860375868/recurso-especial-resp-1769822-pa-2018-0255557-1/inteiro-teor-860375878?ref=serp>. Acesso em: 22 de fev. de 2021.