Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.12, 2024
ISSN 2178-6925

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND THE CRIME OF DRUG DEALING

Claudio Fernando Costa de Alvarenga
Graduando em Direito, Faculdade Alfa Unipac de Aimorés/MG, Brasil;
E-mail: claudiofcalvarenga@gmail.com

Adriano Vingi
Especialista em Ciências Penais pela UNIDERP, Campo Grande/MS;
Docente da Faculdade Alfa Unipac de Aimorés/MG, Brasil
E-mail: adrianovingi@hotmail.com

Guilherme Moraes Pesente
Mestre em Ensino de Ciência e Tecnologia pela UTFPR, Campus Ponta Grossa/PR;
Docente da Faculdade Alfa Unipac de Aimorés/MG, Brasil
E-mail: gmpesente@gmail.com

Saint Clair Campanha Filho
Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro/RJ.
Docente da Faculdade Alfa Unipac de Aimorés/MG, Brasil
E-mail: saintcampanhaadv@gmail.com

Resumo

O objetivo geral da pesquisa é discutir sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de entorpecentes. Para a realização da pesquisa foi utilizado o procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental com abordagem qualitativa, em que os artigos científicos, teses e dissertações consultados na construção do trabalho foram encontrados em repositórios digitais, como Google Scholar, Scielo e BDTD. Por meio do trabalho foi possível compreender que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência entendem não ser possível aplicar tal princípio ao tráfico, por se tratar de um crime de perigo abstrato, que não carece de comprovação de lesividade para decretar o dano da conduta. Todavia, conforme se verificou, este entendimento é aplicado nos tribunais de forma automática,

desconsiderando as características do caso concreto, de forma desproporcional e totalmente destoante com os princípios do Direito Penal, como princípios da razoabilidade, lesividade e intervenção mínima.
Palavras-Chave: Lei nº 11.343/06; Princípio da Insignificância; Direito Penal.

ABSTRACT

The general objective of the research is to discuss the possibility of applying the principle of insignificance in the crime of drug trafficking. To carry out the research, the methodological procedure of bibliographic and documentary review with a qualitative approach was used, in which the scientific articles, theses and dissertations consulted in the construction of the work were found in digital repositories, such as Google Scholar, Scielo and BDTD. Through the work, it was possible to understand that the majority understanding of the doctrine and controversy believes that it is not possible to apply this principle to trafficking, as it is a crime of abstract danger, which does not require proof of harm to declare the damage caused by the conduct. However, as granted, this understanding is applied in the courts automatically, disregarding the characteristics of the specific case, disproportionately and completely inconsistent with the principles of Criminal Law, such as the principles of reasonableness, harmfulness and minimum intervention
Keywords: Law Nº. 11,343/06; Principle of Insignificance; Criminal Law.

1. Introdução

O crime de tráfico de drogas é tipificado pela lei nº 11.343/06, e constitui um grave problema de saúde pública. Todavia, a aplicação irrestrita dessa lei acaba por encarcerar quase exclusivamente jovens negros, por posse de pequenas quantidades de drogas, o que é incompatível com uma política adequada de combate às drogas.

Diante disso, aventa-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para retirar a punibilidade da conduta criminosa, quando se tratar de quantidade ínfima de drogas. Diante do exposto, o presente trabalho pretende responder ao seguinte questionamento: É possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas?

O objetivo geral da pesquisa é discutir sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas. Como objetivos específicos, pretende-se: apresentar criticamente a lei de drogas e a seletividade penal da “guerra às drogas”, compreender o conceito e histórico do princípio da insignificância, bem como seus requisitos de aplicabilidade, e discutir, calcado nos princípios do Direito Penal, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de drogas.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental com abordagem qualitativa, em que os artigos científicos, teses e dissertações consultados na construção do trabalho foram encontrados em repositórios digitais, como Google Scholar, Scielo e BDTD. Na parte documental, foram analisados documentos jurisprudenciais relevantes ao objeto da pesquisa. O método dedutivo foi utilizado. O método dedutivo, segundo Prodanov; Freitas (2013), parte do geral e posteriormente aborda as particularidades da questão, ou seja, pesquisa inicialmente os princípios, leis e teorias tidas como indiscutíveis da questão e a partir do entendimento lógico gerado pela pesquisa dos princípios gerais, emite conclusões puramente formais.

O presente trabalho foi dividido em três seções, em que a primeira aborda a Lei nº 11.343/06 e a seletividade penal e a segunda discorre sobre o princípio da insignificância. Por fim, a terceira seção busca refletir sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de entorpecentes.

2. A Lei nº 11.343/06 e a Seletividade Penal

A Lei nº 11.343/06, conhecida como “Lei de Drogas”, que vigora desde 23 de agosto de 2006 instituiu o SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, além de atualizar o tratamento penal para usuários e traficantes de drogas no Brasil. Quanto aos usuários, a referida lei despenalizou o consumo, substituindo a pena restritiva de liberdade por penas restritivas de direitos, como: advertência sobre os malefícios das drogas e seus efeitos, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas de comparecimento a programas educativos (BRASIL, 2006, art. 28).

Braga (2017) afirma que essa alteração é uma atualização legislativa, visto que a lei nº 6.368/76, lei de drogas que foi extinguida pelo diploma de 2006, visto que a lei extinguida previa prisão de até dois anos para indivíduos que portassem drogas para consumo próprio. Já com relação aos traficantes de drogas, aquele que comercializa entorpecentes, fazendo parte de negócio ilegal e clandestino, a pena mínima foi elevada de três (03) para cinco (05) anos.

Para a autora, o aumento da pena mínima demonstra o caráter repressivo da legislação, visto que a nova pena mínima é semelhante a pena mínima para homicídio simples, um crime violento que decorre de um atentado aos direitos jurídicos dos demais bem mais severo que a venda de drogas.

Ou seja, por um lado, a lei se aproxima do conceito médico para o usuário de drogas: [...]. Com isto, inaugurava-se também um "novo" enunciado sobre estes sujeitos, amparado no saber médico: o usuário passava a ser, então, percebido como um "doente", que necessita de tratamento de saúde, e não de pena de prisão" (CAMPOS, 2018, p. 31). Por outro lado, a lei ressalta seu caráter punitivo.

Para Silva (2017) tal discurso punitivo e proibicionista acarretou graves consequências, mormente no fato de a exclusão social ter se aprofundado e o aumento da população carcerária foi verificado, o que aprofunda a exclusão social, visto que os egressos do sistema penitenciário convivem com grave estigma social. Essa afirmação é corroborada pelos dados da Agência Brasil (2018), que informa que em 2005, antes da promulgação da lei de drogas, a população carcerária brasileira era de 361,4 mil presos, e passou para 727,6 mil em 2016, sendo que 40% destes eram presos provisórios, ou seja, não possuíam condenação penal (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Ainda segundo estes dados, entre 2005 e 2006, a população carcerária passou de 361,4 mil presos, para 401,2 mil presos, o que demonstra o impacto imediato da lei, com um aumento de cerca de 40 mil presos em um ano, consideravelmente acima da média de crescimento da população carcerária entre 2000 e 2005:

> "Mais da metade dessa população são jovens de 18 a 29 anos e 64% das pessoas encarceradas são negras. O maior percentual de negros é verificado no Acre (95%), Amapá (91%) e Bahia (89%). Os dados mostram que 95% dos presos são homens. A participação das mulheres se destaca quando observados alguns tipos penais, como o de tráfico de drogas, crime cometido por 62% das mulheres que estão presas. Do total de mulheres presas, 80% são mães e principais responsáveis, ou mesmo únicas, pelos cuidados de filhos" (AGÊNCIA BRASIL, 2022, *online*).

Além disso, Pereira (2022) ao citar a pesquisa de Marcelo Semer, afirma que as prisões no âmbito da lei de drogas foram, 50% em razão de quantidades pequenas de drogas. Quantidade essa permitida em outros diversos países com legislação de drogas mais flexível ao usuário de entorpecentes. O autor destaca

que o perfil de tais usuários é majoritariamente de negros ou pardos, jovens, desempregados, de classe baixa e moradores de periferia.

A despenalização do usuário de drogas coloca o direito brasileiro em consonância ao direito penal mínimo, o qual foi aplicado a partir da constatação de que o direito repressivo não surtia efeitos positivos:

> "[...] a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afronta o princípio da transcendência ou alteridade, pois a conduta não transcende a esfera individual. Portanto, retiraria do indivíduo a prerrogativa de gerir sua própria vida da maneira que entenda adequado, lesando o direito à liberdade, à inviolabilidade da vida privada e da intimidade, bem como o direito ao respeito e à igualdade, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana" (FERRARI; COLLI, 2012, p.10)

Nota-se, que a Lei nº 11.343/06 apresentou avanços legislativos quanto a relação da posse de drogas por usuários ao notar que o dependente é um sujeito que necessita de auxílio e não como um marginal que precisa ser punido por meio da pena privativa de liberdade. Os debates acerca das novas providências legais tramitam entre a descriminalização do uso de drogas e da descarcerização em massa para amenizar os problemas do cárcere brasileiro, bem como para reduzir o estigma social e punitividade pelo crime não violento, como o uso de drogas e tráfico privilegiado (PEREIRA, 2022).

Dessa forma, a prisão dessa população reforça a supressão social, econômica e racial, estigmatizando ainda mais esses indivíduos. Silva, de acordo com o argumento supracitado, afirma:

> "Além de que com o fundamento de ações caracterizadas pelo combate ao tráfico de drogas, analisa-se o aprisionamento da juventude marginalizada sem futuro econômico, a qual acaba por ser atirada à sorte dentro do contexto carcerário, possibilitando e facilitando o acesso do indivíduo à uma organização criminosa, como um meio de sobrevivência ao cárcere privado. Uma fábrica de soldados armados para as facções violentas e organizadas, que oferecem verdadeira carreira profissional" (SILVA, 2017, p. 9).

Pereira (2022) afirma que o aumento da prisão destes indivíduos e o aumento geral da população carcerária, demonstram a ineficiência do Estado em conter o avanço do consumo e tráfico de entorpecentes no Brasil, que desencadeiam o recrudescimento de tipificações penais já existentes, que servem para reforçar a atuação do Estado nessa Guerra às Drogas. Para o autor, essa "Guerra" é motivada pela crescente sensação de insegurança social que a população vivencia, pois, à medida que os traficantes logram êxito em sua prática criminosa, mais fortes estes se tornam, ameaçando cada vez mais a

sociedade civil. Por sua vez, a sociedade tende a eleger candidatos a cargos eletivos que prefiram o recrudescimento das penas e intensificação da “Guerra”, para mitigar a sensação de insegurança.

Ressalta-se que a noção de guerra às drogas, nasce no Governo Nixon (presidente estadunidense entre 1969-1974). No contexto dessa “guerra”, o filósofo e professor Günther Jakobs (1937-atual), desenvolveu a teoria do Direito Penal do Inimigo. De acordo com essa teoria há vários inimigos do direito, sendo pessoas que não cumprem com o dever legal, ou seja, não seguem as leis de modo a praticar vários crimes perigosos.

Devido a prática de tais crimes a pessoa deixa de ser um membro do estado assim perdendo todos seus direitos, não sendo cabível um procedimento penal contra ele e sim um procedimento de “Guerra”, onde a pessoa que não consegue oferecer segurança cognitiva para a sociedade, terá o mesmo tratamento para si.

Nesse caso o inimigo deverá ser punido como uma medida de segurança futura de modo a impedir sua periculosidade, assim poderá até ter uma pena desproporcional com a justificativa de que é para proteção da sociedade imediata.

Portanto, o modo do direito penal do inimigo tende a pensar no futuro querendo assim prevenir os delinquentes de praticar os crimes perigosos, onde o criminoso deixa de ser cidadão e passa a ser um inimigo do estado assim poderá ser punido de uma maneira mais eficaz, não observando o seu crime e sim a sua periculosidade.

Nesse estado de “guerra”, há a relativização das garantias penais e processuais, desproporcionalidade da pena e a antecipação da tutela penal, portanto, o direito penal do inimigo, que é o “direito” reservado ao inimigo da nação, atenta contra os princípios básicos, como a dignidade da pessoa humana, isonomia do Estado, bem como o do devido processo penal, direito à ampla defesa, entre outros (HANOVÁ, 2022).

Nesse contexto, Silva (2017) afirma que não se pode negar o dano que tais crimes causam à sociedade. O tráfico de drogas e nem mesmo o consumo de drogas que restou despenalizado pela lei de drogas não se confundem com ações positivas e que não merecem atenção do Estado. A autora ressalta que o

aumento da criminalidade, o fortalecimento das organizações criminosas que praticam o tráfico de drogas e os outros crimes que decorrem desta atividade criminosa, devem receber firme resposta estatal, com inclusive sanções penais quando apropriado.

De acordo com tal afirmação, Saldanha (2022) afirma que a total anuência e passividade do Estado com o tráfico de drogas é danoso ao país, transforma o Estado em um narcoestado como consequência, além de incentivar o aumento de outros crimes, cometidos por traficantes e usuários de drogas, como assassinatos, roubos, latrocínios, entre outros diversos.

Nesse âmbito, não se discute a legalização do tráfico de drogas, mas a despenalização de usuários e pequenos traficantes não conectados com o crime organizado e sem histórico criminal, como política pública. Saldanha (2022) complementa ao afirmar que a medida de desencarceramento deve ser acompanhada de políticas públicas adequadas para reduzir a sedução que o crime organizado exerce sobre jovens da periferia, bem como de dar mais oportunidades, inclusão e assistência para essa população, tanto os egressos do sistema penitenciário, como os jovens que estão cometendo crime de tráfico nas condições acima destacadas.

Especificamente quanto a política de encarceramento em massa no Brasil, a pena mais dura e até desproporcional em certos casos, aprofundam a falência deste modelo adotado e no questionamento sobre a eficácia da lei de drogas.

Por fim, Campos (2008) afirma que o superencarceramento no Brasil em decorrência da lei de drogas também se deve ao fato da referida lei não ser objetiva quanto aos elementos que distinguem a conduta do traficante para a conduta do usuário:

> “Para alguns analistas do campo, a principal hipótese explicativa para este fenômeno é a falta de critérios objetivos, no texto da lei, para fins de distinção entre as condutas de porte de drogas para consumo pessoal e porte de drogas para fins de comercialização. Embora a lei indique que a quantidade de droga em poder do suspeito é um critério para esta distinção, ela própria não estabelece quais quantidades caracterizam uma ou outra conduta” (CAMPOS, 2008, p. 35).

Verifica-se, portanto, a lacuna legislativa que concede espaço para a ação do Estado e polícia para seguir penalizando o consumo e aprofundar a estigmatização e exclusão social.

3. O Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância é um princípio resultante da doutrina de Claux Roxin, sendo fundamentado nos valores da política criminal. De acordo com Barbosa (2019), o princípio da insignificância é um vetor interpretativo incriminador, cujo escopo é de excluir da abrangência penal os delitos de provocam mínima ofensa ao bem jurídico tutelado.

Ainda de acordo com Barbosa (2019) a doutrina majoritária associa o histórico deste princípio ao brocardo romano "*minima non curat preator,",* cujo significado é: o magistrado não deve se preocupar com questões insignificantes, embora outros autores relacionem a origem deste princípio com o iluminismo, como um desdobramento do princípio da legalidade. Trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, que não encontra expressa positivação legislativa, sendo calcada nos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima do Estado e fragmentariedade (SILVA, 2021).

Apesar de não haver previsão legal, o princípio é referenciado no art. 155; § 2 do Código Penal: "Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa" (BRASIL, 1940). Este princípio visa limitar a incidência da norma penal no caso concreto, sendo analisado em conjunto com os demais princípios que norteiam o Direito Penal (SILVA, 2021).

A construção doutrinária do STF acerca do princípio, já delimitou os requisitos a serem preenchidos para a aplicação deste princípio. O entendimento foi pacificado no HC nº 84.412/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, que julgou o HC de um indivíduo condenado a oito meses pelo furto de uma fita de videogame avaliada em R$ 25,00, que foi recuperada, trazendo nenhum prejuízo à vítima. Foram determinados os seguintes requisitos, pelo relator:

> "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" (BRASIL. STF. 2ª Turma. HC nº 84.412/SP. Rel.: Min. Celso de Mello, DJe: 19/10/2004, *online,* grifo do autor).

À época do furto julgado pelo STF, o valor da *res* furtiva correspondia à 18% do salário-mínimo vigente, porém, na data do julgamento, correspondia à 9,61% do salário-mínimo. Diante disso ficou determinado que este princípio é aplicável em casos que o valor da r*es* seja inferior à 10% do salário-mínimo vigente. Por se tratar de um princípio que não é fundamentado na Constituição ou legislação infraconstitucional, sua aceitação jurídica é relativamente questionada, por doutrinadores mais conservadores (CUNHA, 2022).

Siqueira; Marianelli; Santos (2021) afirmam que apesar de ser amplamente aceito nos tribunais, porém não há critérios para aplicação uniforme, especialmente quando pleiteado em ações que não sejam de furto e lesões mínimas. Há dificuldade em aplica-lo em outros crimes, portanto, os autores afirmam haver imprevisibilidade do princípio da insignificância.

Cunha (2022) afirma que o princípio da insignificância, em que pese não seja positivado na Constituição Federal do Brasil [Constituição (1988)], se apoia em outros princípios constitucionais, e como a Constituição Federal do Brasil [Constituição (1988)] versa sobre os princípios, limites e fins do Estado, versa também sobre os princípios, limites e fins do Direito Penal e as interpretações devem ser baseadas na principiologia constitucional. O autor afirma haver incidência do princípio da liberdade, que fundamenta o direito de ir e vir. Como a sanção penal restringe a liberdade do condenado, deve ser aplicada em casos graves, que justifiquem a suspensão dos direitos do indivíduo, valorizando a expressão livre do ser humano e a dignidade humana.

Florenzano (2018) entende que o princípio da razoabilidade também se relaciona com o princípio da insignificância. Para o autor, a razoabilidade confere ao Direito a possibilidade de fazer justiça por meio da aplicação da lei penal, de forma que se fixa métodos que incluam o levantamento ético-jurídicos dos fatos praticados, em uma interpretação do Direito como um todo. Portanto, o Direito não deve ser aplicado ou entendido de forma inflexível, como ciência exata e distante da realidade:

> "É mister um equilíbrio na sua atuação e na utilização das decisões humanas. Este equilíbrio é justamente o que se verifica no Princípio da Bagatela, o qual se utiliza de critérios razoáveis, desconsiderando um fato como criminoso ao considerá-lo irrelevante e, portanto, sem reprovabilidade, impedindo a subsunção do fato à norma penal" (FLORENZAO, 2018, p. 127).

Cunha (2022), complementa, ao afirmar que o Direito é uma ciência social, que não comporta interpretação rígida baseado em critérios absolutos, da mesma forma que os princípios constitucionais também não são aplicados de forma rígida e descolada dos demais elementos do caso concreto. Por fim, o princípio da fragmentariedade, relaciona-se com o princípio da insignificância, pelo fato de o Direito Penal ir apenas até onde seja devido para a proteção do bem jurídico, e não deve preocupar-se com causas de ínfima lesividade (CUNHA, 2018).

3.1 Demais princípios aplicáveis

O princípio da lesividade (ou ofensividade) determina que a aplicação de pena é necessária quando demonstrado o perigo de lesão atual ou a lesão factual à um bem jurídico tutelado, devendo ser observado pelo legislador e pelo magistrado. Silva (2022) afirma que este princípio desempenha papel político-criminal, e serve de orientação legislativa e como critério interpretativo para ser considerado na análise do caso concreto, verificando se do fato praticado, ocorreu uma lesão efetiva. Bacelar; Vieira (2022) afirmam que este princípio encontra fundamento no art. 13 do CP, aduzindo que não há crime sem o respectivo resultado jurídico lesivo.

Portanto, limita o *jus puniendi*, por meio da racionalização da intervenção do Estado nos direitos individuais. Logo, não se pune as condutas por mera conveniência ou moralidade, mas pelo fato do resultado produzido, atingir ou ameaçar um bem jurídico tutelado (SILVA, 2022). O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio,* foi instituído no contexto da revolução francesa, em 1789, e é amplamente aceito nos países de *civil law*, como o Brasil, e determina que a legislação penal apenas deve tutelar o que for indispensável:

> "Consequentemente, 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 tutelado. 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 estatal" (SILVA, 2022, p. 29).

Araújo e Morais (2021) afirmam que as ilicitudes que não ofendem os bens fundamentais, devem ser reservados aos demais ramos do Direito, mormente o Direito Civil, enquanto o Direito Penal deve preocupar-se com ofensas aos bens jurídicos mais relevantes. No contexto do movimento penal abolicionista, os autores citam que diversas contravenções, como direção sem habilitação e vias de fato, são claras violações deste princípio. Silva (2022), de acordo, afirma que a condenação penal deve ser reservada como última instância, quando os outros meios de coerção estatal mais brandos se mostrarem insuficientes.

4. Princípio da Insignificância e o Crime de Tráfico de Drogas

De acordo com dados do INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em dezembro de 2022, o sistema carcerário brasileiro possui 832.295 de detentos, o que resulta em 390.17 detentos a cada 100 mil habitantes. Desses, 201.829 foram condenados por crimes associado a drogas. O tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06) é a conduta ilícita mais presente entre os detentos: 169.001 (156.057 homens e 12.944 mulheres), seguido por associação para o tráfico (o (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06): 28.735 detentos (26.167 homens e 2.568 mulheres). Por fim, cumprindo pena por tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06), são 4.093 detentos (3.775 homens e 318 mulheres). (INFOPEN, 2022).

Conforme já abordado na seção 2., e enfatizado por Siqueira; Marianelli; Santos (2021), a maioria destes detentos são jovens negros, presos por portar pequenas quantidades de entorpecente com intenção de venda, e por essa razão, verifica-se na literatura, diversos autores que defendem a aplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas (SILVA, 2021; CUNHA, 2022). Contudo, o tráfico de drogas é considerado um crime de perigo abstrato, portanto a aplicabilidade do referido princípio é tema de controvérsia.

Conforme salienta Dourado (2016), o crime de perigo abstrato possui 4 características fundamentais, sendo: 1) presunção de perigo, em que não é

necessário que a lesão ao bem jurídico seja comprovada, pois basta a realização da conduta proibida pela norma, para verificar a presunção do perigo da conduta 2) tipificação legal: são crimes tipificados penalmente sendo previstos em normas específicas; 3: punibilidade da conduta: independente do resultado lesivo resultante da conduta, a conduta é passível de punição, e 4) proteção de bens jurídicos: a caracterização dos crimes abstratos visa proteger os bens jurídicos tutelados, e no caso do tráfico de drogas, tutela-se a saúde pública, severamente afetada pelo consumo desordenado de drogas.

Todavia, conforme afirma Salvino; Soares (2022) a constitucionalidade e legalidade dos crimes de perigo abstrato, é discutida pela doutrina nacional. Os autores afirmam que o conceito de crime de perigo abstrato é contrário aos princípios do direito penal, como o princípio da culpabilidade, intervenção mínima, ofensividade e os princípios fundamentais previstos na CF/88:

> “Nos crimes de perigo abstrato o autor da conduta é penalmente imputado pela simples desobediência da lei, mesmo que não se comprove dano a um bem jurídico tutelado e nem que este tenha sido posto em risco concreto ou seja indo contra o que prega o princípio da ofensividade [...] Além disso a conduta não precisa causar nenhum resultado nem qualquer consequência jurídica relevante para ser tipificada como crime e o autor ser imputado. O princípio da culpabilidade é simplesmente desconsiderado, pois basta que se pratique a conduta tipificada, não precisando existir dano nem que o perigo a bem jurídico tutelado seja comprovado” (SALVINO; SOARES, 2022, p. 11-12).

Para os autores, o que deve ser punido é a conduta que causa lesão ao bem jurídico essencial, ou infira grave ameaça de lesão, porém a mera violação de um dever formal, quando ausente a ofensividade, não deve ser punida. Todavia, este entendimento não é majoritário na doutrina, do contrário, é pouco questionado pela doutrina nacional (CUNHA, 2022). Este é o entendimento do doutrinador César Dario Mariano da Silva, em sua obra “Lei de Drogas Comentada” (2016) afirma, consoante com o critério estabelecido pelo STF, que para o reconhecimento do princípio da bagatela, é necessário observar quatro requisitos, “[...] grau de ofensividade deve ser mínimo; a periculosidade social da conduta, inexistente; a reprovação social, diminuta; e a lesão ao bem jurídico, inexpressiva” (SILVA, 2016, p. 56).

Logo, o fato de a lesão resultante da conduta ser pequena, por si, não enseja a aplicabilidade do princípio. Para o autor, independentemente da

quantidade de droga apreendida, não há de se falar em incidência do princípio da bagatela:

> “Quando o usuário ou o dependente fazem uso de droga ilícita não só eles são prejudicados. A sociedade como um todo também é colocada em risco de dano. A saúde pública é o bem jurídico primordialmente tutelado. O vício das drogas é perigoso para toda a sociedade, pois junto com ele caminha de braços dados a criminalidade violenta. O vício do usuário de drogas alimenta toda uma cadeia criminosa, estimulando o comércio ilegal e, com ele, crimes direta ou indiretamente relacionados ao tráfico de drogas, como homicídios, roubos, corrupção, dentre outros” (SILVA, 2016, p. 57).

Este entendimento também é majoritário na doutrina, como se verifica na ACR nº 0703333-75.2022.8.07.0001, julgado pela 1ª Turma criminal do TJDFT, de relatoria do Des. Asiel Henrique de Sousa, em que o réu, apreendido com pequena quantidade de entorpecentes, foi condenado em primeira instância por tráfico de drogas, e em sede recursal, argumenta que não houve comprovação de intenção de venda, e a quantidade de entorpecentes era ínfima, o que incidiria o princípio da insignificância.

O relator, apoiado no entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, afirma “os Tribunais têm entendimento consolidado no sentido de que não incide esse princípio em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, pois se trata de crime de perigo abstrato”, (DISTRITO FEDERAL. TJDFT. 1ª Turma Criminal. ACR nº 0703333-75.2022.8.07.0001. Rel.: Des. Asiel Henrique de Sousa. 13/03/2023, p. 12). Logo a quantidade de entorpecentes é irrelevante.

O entendimento diverso, apoia-se no princípio da lesividade, que determina que sem ofensa ao bem jurídico alheio, não há crime: *nullum crimen sine injuria.* Os defensores dessa corrente doutrinária não defendem a descriminalização do porte de pequenas quantidades para fins de tráfico, mas a despenalização progressiva, aplicando sanções em casos de maior relevância e em excepcionalidade. Além disso, o princípio da intervenção mínima é contrário à prisão do indivíduo pelo porte de quantidade ínfima (VIEGAS, 2014).

Por fim, verifica-se não haver pacificação acerca do tema, e a maior parte da doutrina é contrária a aplicação do princípio da bagatela ao crime de tráfico, todavia, conforme será discutido na próxima seção, há precedentes jurisprudenciais e possibilidade de aplicação do princípio da bagatela no tráfico.

4.1 HC nº 127.573/SP e a aplicação do princípio da insignificância ao tráfico de drogas

No Habeas Corpus nº 127.573/SP, julgado pela 2ª Turma do STF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes é o principal precedente doutrinário acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas. No caso em questão, uma mulher foi presa com posse de 1g de maconha, e condenada à pena de seis anos e nove meses de reclusão, em regime inicialmente fechado (BRASIL. STF. 2ª Turma. HC nº 127.573/SP. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJe: 11/11/2019).

A ré foi condenada na decisão inaugural e a condenação foi mantida pelo STJ no HC 318.936/SP, em que foi exposto o entendimento consonante com a doutrina majoritária, de inaplicabilidade do princípio da bagatela em crimes de tráfico de drogas, independentemente da quantidade. Foi impetrado um novo HC, em sede do STF, em que o relator afirmou que a resposta do Estado ao crime praticado foi absolutamente desproporcional e inadequada para repelir o crime de tráfico de 1g de droga. O relator afirma que a impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância é inaplicável apenas por decisões político-criminais, não por impossibilidade dogmática:

> "O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes 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" (BRASIL. STF. 2ª Turma. HC nº 127.573/SP. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJe: 11/11/2019, p. 5).

O relator afirmou, ainda, que a pena concedida ao crime é inadequada e desnecessária, em flagrante desproporcionalidade, pois não houve ofensa ao bem jurídico. Ao analisar a inaplicabilidade do princípio da bagatela ao tráfico, Siqueira; Marianelli; Santos (2021) afirmam que o entendimento doutrinário consolidado é aplicado de forma automática pelos tribunais, sem a interpretação baseada nas características do caso concreto.

Os autores salientam, que da mesma forma que ocorre com crimes de perigo concreto, no caso dos crimes de perigo abstrato, é necessário a comprovação do dano ou possibilidade de dano ao bem jurídico essencial, e em

casos de pequena quantidade, como no HC nº 127.573/SP, verifica-se que 1g de entorpecente não é capaz de oferecer risco à saúde pública.

Este foi o entendimento do Min. Gilmar Mendes, “A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública” (BRASIL. STF. 2ª Turma. HC nº 127.573/SP. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJe: 11/11/2019, p. 8), portanto, é possível afastar a tipicidade material do tipo penal, visto que não houve lesividade na conduta.

Siqueira; Marianelli; Santos (2021) afirmam ainda, haver precedentes jurisprudenciais para a aplicação do princípio da insignificância em crimes de perigo abstrato, como no AgRg no REsp Nº 1.721.334- 18 PR julgado pelo STJ, que afastou a punibilidade do crime de portar pequena quantidade de munição.

Logo, segundo este entendimento, é incoerente a inaplicabilidade automática do princípio da bagatela no crime de tráfico de entorpecentes, sendo um caso claro de alienação da interpretação.

O entendimento exposto pelo relator Gilmar Mendes de que “[...] não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico” foi acompanhado pelos Min. Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Foram vencidos Cármen Lúcia e Edson Fachin, e o HC foi concedido em favor da ré.

Silva (2021) afirma que o discurso proibicionista é defasado e tem se mostrado ineficiente para reprimir o tráfico e o consumo de drogas. Por mais que se reconheça que o tráfico de drogas é uma conduta altamente reprovável, que em larga escala cause danos à saúde pública e favoreça o crime organizado, bem como causa dependência química, que provoca outros problemas sociais, destrói famílias e faz com que o dependente cometa outros crimes para financiar o vício, deve-se afastar o caráter generalizador do entendimento doutrinário, visto ser necessário considerar as circunstâncias específicas da conduta, verificar sua efetiva lesividade.

Por fim, a punição de quantidades ínfimas de drogas para fins de tráfico, busca reprimir e punir o tráfico, não o indivíduo, logo, tal entendimento destoa dos princípios do Direito Penal, e conforme afirma Silva (2021) a aplicação de

altas penas que possuem caráter exemplificador, contraria o princípio da individualização da pena.

5. Considerações Finais

O presente trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas. Por meio do trabalho foi possível compreender que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência entendem não ser possível aplicar tal princípio ao tráfico, por se tratar de um crime de perigo abstrato, que não carece de comprovação de lesividade para decretar o dano da conduta.

Segundo o entendimento majoritário, o crime de tráfico de drogas não se enquadra nos requisitos para aplicação do princípio da bagatela (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, logo, a aplicabilidade do princípio da insignificância é afastada.

Todavia, conforme se verificou, este entendimento é aplicado nos tribunais de forma automática, desconsiderando as características do caso concreto, de forma desproporcional e totalmente destoante com os princípios do Direito Penal, como princípios da razoabilidade, lesividade e intervenção mínima.

O princípio da insignificância é uma construção doutrinária, que não é positivado na legislação, porém é amplamente aceito no Brasil e demais países de tradição *Civil Law.*

Sua nova aplicabilidade ao crime de tráfico de drogas, segundo ao entendimento do STF no que se refere ao porte da maconha houve a descriminalização para a quantidade de 40 gramas onde foi julgado a constitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.343/06, para diferenciar usuários de traficantes.

Sendo, que a decisão em si não legaliza o porte da maconha, o porte com intuito de uso pessoal continua sendo ilícito e o porte como tráfico continua sendo conduta criminal, porem para os usuários as consequências passam a ter

natureza administrativa e não criminal, já para o tráfico continua como natureza criminal.

Por fim, as novas medidas agora terão penas alternativas, sendo de prestação de serviços à comunidade, os devidos avisos e alertas sobre os efeitos das drogas e deveram fazer cursos educativos de modo obrigatório.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Entenda a decisão do STF sobre descriminalização do porte de maconha.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-06/entenda-decisao-do-stf-sobre-descriminalizacao-do-porte-de-maconha. Acesso em 19 out. 2024.

AGÊNCIA BRASIL. **População carcerária quase dobrou em dez anos.** Portal da Agência Brasil, 2018. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20brasileira%20quase,mil%2C%20de%202006%20a%202016. Acesso em: 24 out. 2023.

ARAÚJO, Werison Bittencourt de. MORAIS, Guilherme Augusto Braga. **O princípio da intervenção mínima e a necessidade de revogação da lei de contravenções penais**. Betim/MG: Centro Universitário UNA, 2021. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13955/1/ARTIGO%20WERISON-GUILHERME%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

BACELAR, Lucas de Almeida. VIEIRA, Paulo Fernandes. A aplicação do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista avant.** v.6, n.2, ano 2022

BARBOSA, Paulo Henrique da Silva. **Tráfico de drogas e o princípio da insignificância:** uma harmonização possível no delito de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

BRAGA. Gabriela de Matas Soares. **O impacto da nova lei de drogas no sistema carcerário brasileiro.** Porto Alegre: a Pontifícia Universidade Católica, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Emendas Constitucionais. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 1940.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2006.

BRASIL. STF. 2ª Turma. **HC nº 127.573/SP**. Rel.: Min. Gilmar Mendes. DJe: 11/11/2019. Disponível em:

https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. STF. 2ª Turma. HC nº 84.412/SP. Rel.: Min. Celso de Mello, DJe: 19/10/2004. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002&ori=. Acesso em: 25 out. 2023.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional** | n. 18 | dezembro 2018.

CUNHA, Tomás Borges de Almeida. Da aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2022.

DOURADO, Laís Meneses Brasileiro. **Crimes de perigo abstrato:** análise dos modelos de fundamentação. Dissertação. 95p. [Mestre em Direito]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2016.

FERRARI, K.A.; COLLI, M. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 7-16, jan./jun. 2012.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. O princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018.

HANOVÁ, Alexandra. **Enemy Criminal Law.** Legal Guarantees of Human Rights - Penal Guarantees. Universiade de Valencia/ Espanha, 2022.

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **13º Ciclo - INFOPEN Nacional.** Ministério da Justiça. Sistema Nacional de Informações Penais – SISDEPEN, 2022.

PEREIRA, Allan Braz Dantas. **A lei de drogas e o encarceramento em massa.** Paripiranga: Centro Universitário AGES, 2022.

SALDANHA, Eduardo Silveira**. A guerra às drogas no Brasil**: a lei de drogas como fator do encarceramento em massa e colapso do sistema prisional. Porto Alegre: Centro Universitário Ritter dos Reis, 2022. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/24747/1/HENRIQUE%20SAIBRO%20-%20A%20GUERRA%20%C3%80S%20DROGAS%20NO%20BRASIL%20A%20LEI%20DE%20DROGAS%20COMO%20FATOR%20DO%20ENCARCERAMENTO%20EM%20MASSA%20E%20COLAPSO%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL%20-%20EDUARDO%20SILVEIRA%20SALDANHA.pdf. Acesso em: 24 out. 2023.

SALVINO, Elias De Lima. SOARES, Icaro Lincoln Cavalcante. **Crimes de perigo abstrato:** uma análise quanto a sua constitucionalidade e suas

implicações jurídicas. à Universidade Potiguar, 2022. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22702/1/CRIMES%20DE%20PERIGO%20ABSTRATO2022%20final.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2ª Ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016, 298p.

SILVA, Daniele Maio da. **A lei de drogas nº 11.343 de 2006 e a política de encarceramento em massa**: o fomento para o crime organizado. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

SILVA, Sarah Mareiro. **Aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas previsto na lei n. 11.343/06**. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2021.

SIQUEIRA, Bianca Peres. MARIANELLI, Jordana Marchesi. COSTA, Lucas Kaiser. **Princípio da insignificância no crime de tráfico de tráfico de drogas:** estudo sobre a possibilidade de aplicação do princípio no delito de perigo abstrato. Faculdade Multivix, 2021. Disponível em: https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2022/05/principio-da-insignificancia-no-crime-de-trafico-de-trafico-de-drogas.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

TJDFT. 1ª Turma Criminal. **APELAÇÃO CRIMINAL 0703333-75.2022.8.07.0001**. Relator: Desembargador Asiel Henrique de Sousa. Brasília: TJDFT, 13 mar. 2023. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1673124. Acesso em: 25 out. 2023.

VIEGAS, Marcela Walcacer. **A aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da lei 11.343 de 2006**. Brasília: UniCEUB - Centro Universitário de Brasília, 2014.