

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

TOMÁS BORGES DE ALMEIDA CUNHA

**DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS**

Florianópolis

2022

TOMÁS BORGES DE ALMEIDA CUNHA

**DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza

Florianópolis

2022

Em memória de Calimério Borges Júnior, meu tio, segundo pai, cuja ausência é tão sentida cotidianamente. Obrigado por todos os ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Cristina e Cristiano, por todo amor e incentivo aos estudos. Vocês são minha fonte de inspiração diária, sem a qual nada em minha vida seria possível. Ao meu irmão, Arthur, que tenho a enorme sorte e prazer de considerar meu melhor amigo, e à minha namorada, Paula, fica aqui meu muito obrigado por todas as conversas e incentivos nas horas difíceis. Eu os amo incondicionalmente.

Aos meus amigos, especialmente àqueles que conheci por meio da Graduação em Direito na UFSC: Ariel, Felipe, Igor, João, Júlia, Pedro, Victória e Vitor. Como diria o poeta, a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro na vida. Apesar de todo conhecimento adquirido ao longo do curso, tenho a certeza de que o que levo de mais precioso dessa jornada é a amizade de vocês.

Finalmente, agradeço ao Professor Doutor Cláudio Macedo de Souza, orientador deste trabalho, cuja dedicação, competência e bondade simbolizam a Universidade Federal de Santa Catarina e me auxiliaram imensamente nessa grande conquista.

RESUMO

O presente trabalho objetiva investigar os argumentos jurídicos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas. O sistema de justiça brasileiro é alvo de críticas devido à sua lentidão, seus altos custos e sua administração; porém, o sistema prisional tem sido negligenciado apesar da superlotação. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, constituída por indivíduos que se amontoam em celas superlotadas e sujas, os quais, frequentemente, não recebem um tratamento adequado às garantias fundamentais dispostas na Constituição da República. Neste sentido, a origem do problema gravita em torno da necessidade de discutir as condenações decorrentes do artigo 33 da Lei 11.343/06, sobretudo, quando envolvem quantidade irrisória de droga. Atento a essa constatação, a pesquisa apresentou a seguinte indagação: "A aplicação do princípio da insignificância pode afastar a punição de condutas materialmente tipificadas como crime de tráfico de drogas?" Supõe-se que "os argumentos jurídicos utilizados para afastar a punição nos casos previstos no artigo 28 da Lei 11.343/06, também, servem para excluir a tipicidade material da conduta descrita no tipo do artigo 33 do mesmo diploma legal." Voltada para a discussão da transformação da política antidrogas no Brasil, a monografia também avaliou mudanças ocorridas ao longo dos anos e seus impactos na sociedade de outros países. Em seguida, considerou o conceito do princípio da insignificância e sua relação com a lei de entorpecentes, tendo como base os argumentos contrários e favoráveis a sua aplicação a partir da investigação da jurisprudência e da doutrina penal.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Tráfico de drogas. Lei nº 11.343/06. Tipicidade material. Política antidrogas.

ABSTRACT

The present thesis aims to investigate the legal arguments used both by the doctrine and jurisprudence for the application of the insignificance principle towards drug trafficking crime. The Brazilian justice system is heavily critiqued due to its slowness, high costs and management; however, the prison system has been neglected in spite of its overcrowded situation. According to the National Penitentiary Department, Brazil has the third largest prison population in the world, made up of individuals who pile themselves in overcrowded and dirty cells, and that often don't get the proper treatment accordingly to the fundamental guarantees of our Constitution. In that regard, the problem's origin orbits around the need to discuss the convictions due to article 33 of the 11.343/06 law, especially when they involve derisive amounts of drug. Watchful about this observation, the thesis presents the following inquiry: "Can the application of the insignificance principle remove the punishment of conducts materially typified as drug trafficking crime?" The premise is that "the legal arguments used to remove the punishment from article 28 crime of the 11.343/06 law can also rule out the material typicality of conducts described on article 33." Focused on the discussion about the transformation of Brazil's anti-drug policy, the thesis also evaluates the changes occurred throughout the years and its impacts on other countries' societies. After that the concept of the insignificance principle and its relation with the Anti-drug Law is approached, based on the arguments both in favor and against its application from the doctrinal and jurisprudential investigation.

Keywords: Insignificance principle. Drug trafficking. N° 11.343/06 law. Material typicality. Anti-drug policy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL E NO ESTRANGEIRO.....	10
2.1 HISTÓRICO DA POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL	10
2.2 A LEI Nº 11.343/06	15
2.3 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS DE OUTROS PAÍSES	19
2.3.1 Argentina	21
2.3.2 Uruguai	22
2.3.3 Portugal	23
2.3.4 Espanha	25
3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 28 DA LEI 11.343/06	27
3.1 ORIGEM	27
3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	29
3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E TIPICIDADE	32
3.4 O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06	33
3.5 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06	36
3.5.1 Entendimento doutrinário	37
3.5.2 Entendimento jurisprudencial	39
4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 33 DA LEI 11.343/06	51
4.1 CONCEITO DE BEM JURÍDICO	51
4.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO ...	53
4.3 O ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06	55
4.4 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06	58
4.4.1 Entendimento doutrinário	58
4.4.2 Entendimento jurisprudencial	61
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo investigar os argumentos jurídicos utilizados pela doutrina e jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas.

Hodiernamente o sistema de justiça brasileiro é alvo de críticas provenientes de todos os lados. Critica-se sua lentidão, seus altos custos, sua administração, porém muitas vezes um ponto muito caro ao assunto é negligenciado: o sistema prisional. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (CONNECTAS, 2020), o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo – indivíduos aos milhares, que se amontoam em celas superlotadas e sujas e frequentemente não recebem um tratamento que esteja de acordo com as garantias fundamentais dispostas em nossa Constituição.

A Lei 11.343 de 2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas é uma das principais responsáveis pelo inchaço dos presídios no país. Desde que começou a ser aplicada, o número de pessoas presas por tráfico de drogas cresceu vertiginosamente (BBC, 2017). Conforme os dados extraídos de junho de 2014 do Departamento Penitenciário Nacional, entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119% (BRASIL, 2014). Esse dado aponta que optamos pelo encarceramento como política criminal e social – uma escolha muito infeliz e que não rende bons frutos. Privamos muita gente de sua liberdade, não os reeducamos ou ressocializamos e, pior ainda, permitimos que o crime organizado cresça e torne-se mais complexo.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias constatou que dentro desse universo, o crime de tráfico de drogas é o que mais encarcera cidadãos e cidadãs, superando outros delitos de cunho patrimonial como roubos e furtos. E outra pesquisa, essa realizada pelo juiz Marcelo Semer, em diferentes estados brasileiros, aponta que em 56 a 75 por cento dos casos de tráfico analisados foram apreendidas quantidades ínfimas de maconha, cocaína ou crack (SEMER, 2019).

No Brasil, prende-se muito e apreende-se pouca droga. Não bastasse a situação deplorável de nossas penitenciárias para nos fazer repensar se a prisão é de fato a melhor opção nesses casos, ainda devemos nos questionar se nossa política antidrogas é eficaz, se o Brasil está acompanhando o resto no mundo ao lidar com entorpecentes e se o sistema judiciário atribui penas proporcionais às condutas dos indivíduos.

Não é raro encontrar casos de pessoas que foram sentenciadas a anos de reclusão por serem flagradas com quantidades irrisórias de entorpecentes. Diante dessa delicada questão da

desproporcionalidade encontrada entre a ofensa causada pela ação e a pena que lhe foi imposta, questiona-se se o princípio da insignificância não poderia ser evocado nas situações de condutas tipificadas como tráfico de drogas. Essa indagação surge da suposição de que os argumentos jurídicos, especialmente os baseados na quantidade de droga ilícita, utilizados para a incidência do preceito nos casos do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 também servem para afastar a punição do crime disposto no art. 33 da mesma normativa.

A fim de se obter resposta para a mencionada interrogação, dividiu-se o trabalho ofertado à leitura em três partes. No primeiro capítulo buscou-se discutir o surgimento da política antidrogas no Brasil até seu formato atual, bem como entender como se dão as políticas antidrogas de outros países ao redor do globo. Para tanto, realizou-se, além de levantamento da legislação nacional e internacional acerca do tema, pesquisa bibliográfica que permitisse apreender a transformação dessa política e seus impactos na sociedade.

Compreendido esse ponto, procurou-se no segundo capítulo averiguar a origem e o conceito do princípio da insignificância, além de conhecer mais a fundo o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e sua relação com o pesquisado preceito. Com esse propósito, foram realizadas pesquisas bibliográficas referentes ao princípio da insignificância e ao art. 28, e da mesma maneira fez-se o levantamento e análise das decisões prolatadas, após o início da vigência da Lei Antidrogas, no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal que envolviam a questão. A finalidade era identificar os argumentos contrários e favoráveis à aplicação do princípio nos casos envolvendo o crime do art. 28, os quais foram colacionados em momento posterior.

No terceiro e derradeiro capítulo, buscou-se assimilar as especificidades do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e extrair da doutrina e julgados penais os argumentos favoráveis e contrários à aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas. Foi novamente feito um levantamento das decisões prolatadas no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, favoráveis e contrárias à incidência do preceito aos casos de tráfico. Esta fase da pesquisa mostrou-se fundamental para relacionar os argumentos extraídos das decisões examinadas no segundo capítulo com aqueles encontrados na parte final da presente pesquisa. A comparação entre decisões judiciais relacionadas a crimes diferentes possibilitou traçar um diagnóstico a respeito dos argumentos jurídicos favoráveis e contrários à aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas.

2 A POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL E NO ESTRANGEIRO

Inicia-se este trabalho abordando a política antidrogas brasileira, tendo em vista que o problema que originou a investigação está intrinsecamente ligado à postura do Estado em relação às substâncias entorpecentes. O uso e comércio de drogas pela população é uma questão controversa que há muito tempo evoca respostas de nossos governantes, as quais inevitavelmente geram consequências para a sociedade.

Neste primeiro capítulo, a intenção é rememorar e analisar as decisões tomadas acerca dos estupefacientes em solo pátrio – decretos, leis e afins -, bem como trazer à baila convenções internacionais que porventura influenciaram o Brasil nesse ponto. É fundamental olhar para o passado a fim de compreender como chegamos ao momento atual. Far-se-á também uma investigação atinente à Lei nº 11.343/06, atual Lei Antidrogas, envolvendo sua gênese e reflexos no sistema de justiça, e por fim serão brevemente expostas as realidades de outros países no tema, servindo como uma base de comparação. Ao estabelecer-se esse arcabouço técnico e teórico, será possível adentrar a questão específica do princípio da insignificância e sua relação com os crimes da Lei Antidrogas com um olhar mais crítico e bem fundamentado.

2.1 HISTÓRICO DA POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL

O esforço brasileiro contra o uso, porte e venda de substâncias entorpecentes inicia-se muito antes da independência do país, ainda no século XVII. Com o surgimento das Ordenações Filipinas, as quais vigoraram entre os anos de 1603 e 1830, veio também a disposição que proibia a comercialização do rosalgar e do ópio, e cuja transgressão acarretava a perda da fazenda do indivíduo e sua degradação para a África. Advindas do ordenamento jurídico português, tais normas eram inspiradas no Direito Romano, Canônico e Germânico.

Passou-se um período de mais de duzentos anos sem alterações – mesmo o Código Imperial de 1830, o primeiro no âmbito criminal, não se ocupou do tema – até que em 1851, por meio do Decreto nº 828, as substâncias venenosas e medicinais foram disciplinadas tendo em vista o regulamento da Junta de Hygiene Pública.

No Código Penal de 1890, já em época republicana de nossa história, deparamo-nos com a primeira lei que efetivamente proibiu a exposição à venda ou administração de substâncias tóxicas sem autorização e formalidades postas nos regulamentos (PIERANGELI, 1980, p. 286). Tratava-se de um esforço isolado, nada que configurasse uma verdadeira política antidrogas, já que sua utilização era muito comum entre as classes mais abastadas da sociedade.

Uma tendência mais exacerbada ao uso dessas substâncias por parte de intelectuais brasileiros, particularmente do haxixe e ópio, ocorreu no início do século XX, fazendo com que os esforços despendidos pelo governo se mostrassem insuficientes no combate aos entorpecentes. Ademais, o Brasil havia se comprometido, em 1912, com a Convenção de Haia, considerada pedra fundamental no controle internacional de drogas, e com a toxicomania atingindo os setores mais pobres e marginalizados da coletividade, a situação tornou-se inaceitável aos reguladores.

Por conseguinte, é editado o Decreto nº 4.294 em 6 de julho de 1921, o qual foi modificado posteriormente pelo Decreto nº 15.683, que estabelecia em seu artigo 6º a internação compulsória dos usuários e estabelecimentos para tais casos, e em seguida o regulamento aprovado pelo Decreto nº 14.969 de setembro do mesmo ano (SIQUEIRA, 1932, pp. 177 – 181).

Era ainda um tópico novo e, por falta de uma conjuntura que propiciasse a completa realização das normas, pouco efeito teve a repressão. Logo, continuaram aparecendo legislações acerca da matéria. No ano de 1932, em janeiro edita-se o Decreto nº 20.930, aprimorado pelo Decreto nº 24.505 de junho de 1934, e em dezembro é publicada a Consolidação das Leis Penais, que adereça o assunto em seu artigo 159.

Em meados de 1936 é publicado o Decreto nº 780, cujo conteúdo criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que seria alterado segundo o Decreto nº 2.953 do ano de 1938. Para Greco Filho (2009, p. 41) este foi o primeiro estímulo significativo na batalha contra a toxicomania no Brasil.

Importante sublinhar que, até essa data, o empenho dedicado a evitar que as drogas se espalhassem pelo território nacional bem como o incipiente tratamento fornecido aos usuários eram frutos de ideias concebidas no próprio país. Isto fica claro diante do comentário de Salo de Carvalho:

Todavia, o primeiro momento legislativo, no que tange ao ingresso do país em modelo internacional de controle de estupefacientes, dá-se com a edição do Decreto-lei 891 de novembro de 1938. Este Decreto-lei é elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936 e traz normas relativas à produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas pelos países que ratificassem a orientação da Convenção. (CARVALHO, 1996, p. 25)

O Decreto-lei nº 891 foi alterado pouco tempo após sua criação. Em 1940, o novo Código Penal – mais precisamente seu artigo 281 – alterou sua parte penal, enquanto, em 1941, o Decreto-lei nº 3.114 promoveu mudanças na questão fiscalizatória. O recém-publicado

diploma de caráter repressivo apresentou-se como uma iniciativa de controlar o uso e comércio de substâncias tóxicas através de normas agrupadas em um único *codex*.

Foram feitos ajustes ao longo do tempo, tendo em vista as inúmeras drogas e suas diferentes formas de fabricação e transação. O Decreto-lei nº 4.720, por exemplo, de setembro de 1942, lidou com o cultivo e extração dos princípios ativos de plantas entorpecentes. Já em 1964 a Lei nº 4.551 acrescentou ao artigo 281 do Código Penal a ação de plantar.

Um importante momento dessa “guerra” aconteceu também no período de ditadura militar, quando o Decreto nº 54.216 ratificou como lei nacional o conteúdo acordado na Convenção Única sobre Entorpecentes – tratado internacional assinado no ano de 1961 em Nova York que estabeleceu ações coordenadas contra o abuso de drogas. A partir desse pacto o governo brasileiro se posicionou firmemente no esforço global de enfrentamento aos tóxicos.

É indispensável a apreensão do contexto político-econômico da década de sessenta para que se compreenda inteiramente a situação do embate às drogas em solo brasileiro. À época, o uso de entorpecentes adquiriu um sentido de manifestação contra o expansionismo norte-americano – cuja materialização dava-se de maneira mais clara na Guerra do Vietnã – e se alastrou pelas mais diversas camadas do país. Como consequência, os EUA iniciaram uma campanha de cunho político-criminal, autoritária e punitivista, conhecida como “Lei e Ordem”, que se espalhou pelo países latino-americanos sob sua influência.

A Convenção Única sobre Entorpecentes foi um reflexo direto dessa intenção norte-americano e, conforme disposto previamente, deixou suas marcas na legislação brasileira. Olmo (1990, p. 34) explica que o pensamento vigente do período passou a estabelecer uma distinção entre traficante e consumidor. Ao primeiro, considerado infrator, caberia a punição jurídica, e ao segundo, o dependente, o sermão médico.

O Brasil, em 1967, toma as rédeas internacionais quando, em fevereiro, o Decreto-lei nº 159 dispendeu às mais variadas substâncias capazes de gerar dependência o mesmo tratamento dado, em termos penais e fiscalizatórios, às drogas. Em relação às consequências para o traficante e usuário, não obstante o conteúdo do artigo 281 do Código Penal que ainda vigorava e suas modificações posteriores, o Supremo Tribunal Federal entendia pela não equiparação das figuras, fato que era considerado negativo para a repressão.

No final do ano seguinte, 1968, o Decreto-lei nº 385 apareceu como uma tentativa esdrúxula, e absolutamente diversa da tendência internacional, de designar a mesma pena ao comércio e consumo próprio ao mudar a redação do dispositivo do CP. Contudo, não houve muito êxito na intenção do legislador e a norma mostrou-se um tanto improdutiva, pois diante dos casos concretos os tribunais optavam por absolver os indivíduos, especialmente quando

réus primários ou dependentes (BARRETO, 1982, p.30-31). Alguns meses depois, o Decreto-lei nº 753 de 1969 adicionou diretrizes relativas a laboratórios envolvidos com produtos entorpecentes e seus equivalentes.

A chegada dos anos setenta traz consigo uma mudança de paradigma. Com a edição da Lei nº 5.726/71, que seria regulamentada pelo Decreto nº 69.845 do mesmo ano, a composição do artigo 281 do Código Penal recebe novos ares. A norma, que versou sobre providências preventivas e repressivas relacionadas ao tráfico de drogas e seu consumo, mostrou-se inovadora e posicionou o Brasil de acordo com o que vinha sendo feito internacionalmente. Todavia, a despeito de todo avanço que representou ao abandonar a pecha de criminoso para o dependente, pecou em não diferenciar aquele que faz uso esporádico das substâncias daquele que as comercializa, o traficante. Salo de Carvalho, ao tecer comentários acerca da lei, é preciso quando declara:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2010, p.138).

O movimento internacional de controle de substâncias nocivas à saúde humana era liderado pelos EUA, que haviam identificado as drogas como o principal vilão da nação, e desde a Convenção de 1961 seu discurso político-jurídico reinante era expandido mundo afora. Entretanto, o consumo de tóxicos só aumentava em terras americanas e, juntamente com uma tentativa de abordagem mais preventiva e paliativa frente aos usuários do país, houve também um deslocamento focal de onde se entendia encontrar a origem desse adversário prejudicial: passou-se da ideia de inimigo interno para a concepção de que esse mal advinha de fora, principalmente do Oriente e da América Latina.

A Lei nº 5.726 havia sido um reflexo desse esforço norte-americano que já se mostrava insuficiente no começo da década de setenta. Em 1972, a Convenção Única sobre Entorpecentes é emendada, em 1973 uma comissão das casas legislativas dos EUA visita países latino-americanos e no mesmo ano instaura-se o Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos. Toda essa movimentação representou uma pressão para que os demais Estados iniciassem uma verdadeira guerra interna contra as drogas e, assim, em 1976, aparece a Lei nº 6.368.

A nova legislação, de 21 de outubro e que seria regulamentada em dezembro pelo Decreto nº 78.992, não promoveu grandes mudanças em relação às condutas do artigo 281 do

Código Penal e da Lei nº 5.726/71, sendo sua principal novidade a gradação das penas e imposição de uma abordagem mais repressiva e em linha com o que se propunha nos demais países. O projeto de sua origem nasceu pelas mãos de uma comissão nomeada no Ministério da Justiça e seus quarenta e sete artigos originais estavam divididos em cinco capítulos: Da Prevenção (I), Do Tratamento e da Recuperação (II), Dos Crimes e das Penas (III), Do Procedimento Criminal (IV) e Das Disposições Gerais (V).

Não à toa, essa disposição dos capítulos é praticamente idêntica ao estudo realizado pelo Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos. Conforme ressaltado previamente, havia um alinhamento muito forte dos governos nacionais ao redor do globo frente à guerra às drogas, e um ponto crucial era o da educação e conscientização. Ademais, quanto à técnica empregada na edição da lei, percebe-se a opção pela continuidade da utilização de normas mais genéricas e de tipos penais imprecisos. Tal escolha é justificada pela noção de que isso forneceria uma maior flexibilidade à norma e por consequência permitiria que o ordenamento jurídico acompanhasse mais rapidamente as mudanças de postura baseadas em pesquisas científicas.

De fato, essa vontade de fazer com que a lei antidrogas não fosse dotada de uma rigidez tão significativa em relação às suas alterações, tal como acontece em dispositivos que se encontram em códigos, foi de igual maneira um dos motivos que incentivaram sua edição em lei especial. Contudo, não se pode afirmar que está foi uma tendência somente brasileira, e sim um fenômeno que envolveu grande parte dos países latino-americanos. Zaffaroni explica muitíssimo bem que:

[...] la legislación penal latino-americana de un *mal endémico*, que son las ‘leyes penales especiales’, cuya proliferación acarrea un enorme componente de inseguridad jurídica [...]. La cantidad de leyes penales especiales es tal que puede afirmarse que se trata de un verdadero proceso de descodificación penal”. (ZAFFARONI, 1982, p. 147)

Por fim, sobre a Lei 6.368/76, pode-se dizer que, assim como outras leis que tinham por escopo o enfrentamento às substâncias entorpecentes, surgiu em um período bastante autoritário da nossa história – ditadura militar. Além disso, é filha, ao mesmo tempo, da ideologia da defesa social e da doutrina da segurança nacional, e, portanto, veio eivada de um teor excessivamente repressivo. Deve-se, sem embargo, reconhecer os avanços trazidos pela antiga lei antitóxicos, como, por exemplo, não criminalizar o usuário e o devido destaque e importância dados à prevenção. Outro ponto que é digno de destaque é que a lei perdurou, ao menos em sua parte penal, até 2006, ano em que seria editada a Lei nº 11.343.

Em julho de 1990, a conduta de tráfico de drogas é posta ao lado dos crimes hediondos pela Lei nº 8.072. Por meio de seus artigos 8º e 10, houve modificações na Lei nº 6.368/76 e

mudanças em sentido penal e processual que seriam elaboradas mais detalhadamente na Lei nº 11.343/06.

Buscando uma reestruturação e melhoramento do ordenamento jurídico, em 2002, as casas legislativas brasileiras aprovaram a Lei nº 10.409, tencionando a completa substituição da Lei nº 6.368/76. O trabalho, porém, não foi um sucesso. A redação dos dispositivos da nova lei pecou em inúmeros aspectos, recebendo uma enxurrada de críticas quanto à definição dos crimes. Assim, foram vetados tanto o Capítulo III (Dos Crimes e das Penas) como o artigo 59, que afirmava a revogação da antiga lei do ano de 1976, fato que permitiu aos juristas concluir que este diploma continuava a vigorar – no tocante ao que não era frontalmente contrário à Lei nº 10.409 -, já que não houve supressão expressa ou tácita. Perante o cenário caótico que se instalou no âmbito jurídico de combate às drogas a partir de 2002, o clamor pela edição de uma nova lei passou a ecoar em solo brasileiro.

2.2 A LEI Nº 11.343/06

Conforme exposto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro vigente nos primeiros anos do século XXI mostrava-se confuso e já não era suficiente para cumprir as pretensões da sociedade na batalha contra as drogas – além de não acompanhar os métodos mais avançados, sua ineficiência era atestada pelo aumento da criminalidade. O advento da infame Lei nº 10.409/02 trouxe uma terrível insegurança jurídica ao país, visto que seus trechos que não haviam sido vetados eram aplicados simultaneamente a trechos da Lei nº 6.368/76.

Soma-se a esse quadro a escalada de violência vivida nas cidades brasileiras nos primórdios dos anos 2000, cujo termo cunhado especialmente pelas grandes mídias foi de “onda de sequestros”. Motivado pela pressão popular, o Congresso Nacional criou a Comissão Parlamentar Mista Especial de Segurança Pública, composta por vinte senadores e vinte deputados, que tinha como intenção a união partidária e como missão redigir, em apenas dois meses, propostas que tivessem o escopo de confrontar os crimes de maior potencial ofensivo e a lentidão dos processos judiciais.

Fruto dos esforços da Comissão, especificamente do Grupo de Trabalho da Subcomissão Crime Organizado, Narcotráfico e Lavagem de Dinheiro, o Projeto de Lei nº 115 é apresentado no Senado em maio de 2002, onde tramitou rapidamente, sendo aprovado e remetido à Câmara dos Deputados. Na Câmara, sob o nº 7.134, foi apensado aos demais projetos que lidavam com a questão, tal qual o PL nº 6.108 originado no Executivo, e prosseguiu de acordo com o rito ordinário. Porém ao final de 2003 a sensação de urgência da matéria

supreendentemente retornou aos salões do Congresso e foi pautada em convocação extraordinária em janeiro do ano seguinte.

A Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 7.134 e aproveitou pedaços do Projeto de Lei nº 6.108 junto com outro substitutivo de autoria da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico. O texto alterado então retornou ao Senado Federal onde, após as devidas discussões entre os parlamentares, pareceres dos relatores e sugestões do Conselho Nacional Penitenciário de Política Criminal e do Ministério da Justiça, foi ratificado e enviado à sanção presidencial.

Em agosto de 2006 a Lei nº 11.343 é publicada e finalmente termina o longo e turbulento trâmite legislativo que se havia iniciado ainda com a entrada em vigor da Lei nº 10.409/02. Mesmo sofrendo alguns vetos do Poder Executivo o diploma não teve sua essência alterada, e não obstante todas suas falhas e imperfeições, que dificilmente são evitadas quando da edição de uma lei, apresentou diversas melhorias e conseguiu estabelecer um novo sistema, pautado em abordagens mais modernas e levemente inclinado para a questão social e preventiva.

A recente Lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que foi disciplinado entre seus arts. 3º a 17, juntamente com o Decreto nº 5.912 de setembro de 2006. Ocupando-se especialmente com a prevenção do uso de drogas e com a reinserção social de usuários e dependentes, o diploma rompeu com seus antecessores – Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/02. Inclusive, em relação ao disposto nesta última, houve posicionamento bastante diverso, optando-se pela clara separação entre usuário e dependente, conforme a Resolução 3 do então Conselho Nacional Antidrogas. Tal diferenciação era um problema em anos passados, segundo Bianchini:

Durante a vigência da Lei 10.409/2002 operou-se uma grande confusão entre usuário e dependente. Para se compreender a gravidade do problema, cita-se o tratamento compulsório, destinado seja para usuários, seja para dependentes. Estudos demonstram que a maioria das pessoas que experimentaram ou que fazem uso eventual de droga não se torna necessariamente dependentes. (GOMES [et al], 2008, p. 24)

Em seu título IV, no capítulo das Disposições Gerais, artigos 31 e 32, estão dispostas as medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Em seguida, adentra-se no capítulo II, Dos Crimes, onde se encontra uma perspectiva mais punitivista, seguindo a linha da Lei nº 6.368/76. De fato, foram preservados os principais tipos penais dessa antiga lei, ocorrendo substanciais majorações das penas em alguns casos, que serão abordados posteriormente.

Outra questão digna de destaque é a terminologia empregada na nova Lei. Diferentemente das leis de 1976 e 2002, é utilizado o vocábulo droga em vez de substância

entorpecente. O termo serve para referir-se, segundo o parágrafo único do artigo 1º, a substâncias ou produtos que têm a capacidade de gerar dependência e que estão especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo. Ou seja, seguindo a tradição de décadas, o legislador optou pela norma penal em branco, de forma que não há que se falar em tipicidade penal caso a substância não esteja devidamente catalogada.

Quanto à política criminal adotada pela Lei nº 11.343/06, pode-se afirmar que no decorrer dos anos noventa duas correntes praticamente opostas dominaram os debates no Brasil. De um lado, a noção de que se deveria, por meio do direito penal, reprimir o mercado ilegal a fim de estabelecer uma política de tolerância zero em relação às drogas - esse era o discurso dominante; de outro, a intenção era se afastar do âmbito jurídico para abraçar uma linha prevencionista, com foco no controle de danos e prevenção do uso abusivo. A nova Lei abraçou ambas as posições. A primeira dirigiu-se ao traficante ilícito e à produção não autorizada de drogas, enquanto a segunda visou o usuário e dependente (BIANCHINI, 2008, p. 27).

Essa mudança de postura pode não ser o suficiente para lidar inteiramente com o problema, porém já é algo a ser destacado, pois, consoante o que colaciona perfeitamente Salo de Carvalho, a criminalização:

[...] somente potencializou efeitos perversos. Da promessa de contramotivação, o modelo repressivo às drogas estabeleceu regime de criminalização secundária; ao tutelar retoricamente a igualdade, lesionou a diversidade, seu pressuposto mínimo; ao reprimir o consumo pelo fato de representar perigo social, estigmatizou o usuário; e, no intuito de eliminar o tráfico ilícito, incidiu seu poder genocida em segmentos sociais que se utilizam do comércio de drogas ilícitas para manter sua sobrevivência (estado de necessidade) ante a crise econômica das sociedades periféricas. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários, elevou o preço da mercadoria sem controle de qualidade, originou o problema da corrupção das agências de controle, estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes, restringiu os programas preventivos, selecionou condutas sem vítima, desestruturando o modelo garantidor, e proporcionou a formação de regime beligerante que contradita com os postulados dos Direitos Humanos. (CARVALHO, 1996)

A Lei nº 11.343/06 lida com os mais variados tópicos referentes ao assunto drogas, desde os princípios e objetivos do SISNAD até a instrução criminal, quando for o caso. A fim de se manter a objetividade do presente trabalho e focar em seu tema, Direito Penal e princípio da insignificância, restringir-se-á esta parte aos crimes que lhe dizem respeito, quais sejam, o artigo 28 e o artigo 33.

O artigo 28, popularmente conhecido como crime de consumo pessoal de drogas ilícitas, encontra-se no Título III da Lei de Drogas – Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção, e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas. Daí já se vê a intenção do legislador de diferenciar claramente as figuras do usuário e dependente da figura do traficante, decisão político-criminal acertada que seguiu os modelos internacionais mais progressistas.

Contudo, ao inserir o dispositivo no Capítulo III, que trata Dos Crimes e Das Penas, os autores da Lei geraram grande controvérsia na doutrina e jurisprudência nacionais.

Isso porque, diferentemente da Lei nº 6.368/76, a atual Lei não previu a aplicação de penas privativas de liberdade nesses casos, mas somente penas restritivas de direito. Tal fato fez com que parcela de doutrinadores entendesse que havia acontecido a descriminalização da conduta, pois de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, artigo 1º, “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa”.

É o caso de Luiz Flávio Gomes, que afirmou ter havido a descriminalização formal da conduta, ou seja, o fato continua sendo proibido, porém não mais se considera um crime. Segundo o eminente jurista escreveu à época, a Lei nº 11.343/06 “aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considera ‘crime’ (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito)” (GOMES [et al], 2008, p.121).

Outra corrente compreendeu o contrário, arguindo que, em verdade, foi mantida a criminalização do artigo 28. Tais doutrinadores não foram convencidos pela tese da infração *sui generis*, haja vista que a Lei de Introdução ao Código Penal versava sobre o Código Penal de 1940, cuja parte geral, que sequer previa penas restritivas de direito, foi significativamente modificada pela reforma de 1984. Somente a reclusão, a detenção e a multa eram reputadas como penas principais – existiam penas acessórias, mas não se apresentavam como as penas restritivas de direito dos dias atuais. Essa seria a razão da omissão, na Lei de Introdução, das penas restritivas de direito, que por sinal são consideradas espécies de penas pelo artigo 32 do atual Código Penal (SILVA, 2016, p. 46). Ademais, a própria inserção do artigo 28 em capítulo que trata dos crimes e das penas seria indicativo de que as condutas nele descritas são crimes.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar Questão de Ordem no RE. 460.105 QO/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu afastar a tese de infração penal *sui generis*. A Corte argumentou que tal entendimento poderia gerar graves consequências na definição do regime jurídico da conduta, como também a impossibilidade de enquadramento como ato infracional, visto que não seria crime nem contravenção penal. Sobre o argumento da Lei de Introdução ao Código Penal, arguiu que esta apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, sendo possível que uma lei ordinária optasse por pena diversa da privação ou restrição da liberdade para determinado delito. O Tribunal ainda aduziu que a escolha do legislador de colocar o artigo 28 no capítulo de crimes e penas não pode ser considerada equívoco. Por fim, restou a convicção da mais alta instância judiciária brasileira de que ocorreu,

a bem da verdade, uma despenalização da conduta, afastando-se as penas privativas de liberdade, como sanção principal ou substitutiva, todavia ainda sendo considerada crime.

Cumprindo com o que foi explicitado nas páginas anteriores, ater-se-á este estudo também ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06, notoriamente reputado crime de tráfico ilícito de drogas. Se diante do artigo 28 a política repressiva foi deixada de lado, já não se pode afirmar o mesmo quanto à traficância. A Lei Antidrogas, neste caso, manteve e inclusive incrementou o modelo proibicionista, o que pode ser notado no aumento exacerbado da sanção penal, que passou de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa da Lei nº 6.368/76 para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos juntamente de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Importante dizer que, tratando-se à época de *novatio legis in pejus*, era vedada sua retroatividade.

Consoante o exposto sobre processo de formação da nova Lei, esse recrudescimento penal foi consequência de um momento histórico onde forças da sociedade, diante de um sentimento de impotência e sede por justiça, clamaram por uma intervenção penal mais intensa por parte do Estado. Sob um ponto de vista atual, tendo em mente os resultados e efeitos diretos e indiretos dessa política, não parece ter sido a decisão mais acertada. Novamente aqui se cita excerto de Gomes que, apesar de contemporâneo à Lei nº 11.343, ainda apresenta teor verdadeiro:

O papel do Estado nesse campo deve ser repensado. De um lado, não há como abandonar completamente a repressão. Mas a cada dia se nota que isso só parece ter sentido quando o tráfico é dirigido contra menores ou incapazes. Todo tipo de repressão ao tráfico entre adultos tende a ser um insucesso. Deve ser controlado e desestimulado, não há dúvida, mas não se pode confiar na repressão. De outro lado, o que vale em matéria de drogas é a conscientização geral da população em relação aos seus efeitos nefastos. Quem alimenta o tráfico é o usuário, logo, pouco adianta prender um ou outro traficante se a demanda continua alta. (GOMES [et al], 2008, p.112)

2.3 AS POLÍTICAS ANTIDROGAS DE OUTROS PAÍSES

Analisando-se o histórico internacional de esforços envidados, individuais ou conjuntos, contra o uso ou produção e tráfico ilícito de substâncias tóxicas, é possível afirmar que estes tiveram início no começo do século XX. Este combate principiou em 1909, na Comissão do Ópio de Xangai, quando diferentes países se reuniram preocupados com as consequências que o grande uso de ópio poderia trazer. Em seguida vem a Convenção de Haia, de 1912, cujos acordos foram em parte ignorados durante o período das guerras mundiais.

O regime do proibicionismo ganhou ainda mais força e conteúdo dos anos 60 até os anos 80, quando sobrevieram importantes convenções acerca da matéria: Convenção Única

Sobre Entorpecentes, em 1961, emendada pelo protocolo de 1972; Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971; e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em 1988.

Foi também no começo da década de 60 que os EUA ampliaram sua interferência na guerra às drogas em âmbito mundial, a fim de estabelecer um padrão nas tomadas de decisão de cada país. Especialmente na virada do decênio, por exemplo, os norte-americanos sistematizaram empenhos nas áreas diplomáticas, militares e financeiras com intuito de espalhar sua ideologia nos países latino-americanos, que eram normalmente encarados como os maiores produtores de entorpecentes. (RODRIGUES, 2008, p. 99).

Atualmente, ainda se pode dizer que o modelo norte-americano, de um modo geral, é que o prevalece ao redor do globo. Todavia muitos estudiosos da política de drogas, nos últimos anos, vêm criticando esse posicionamento e alertando sobre seu caráter falho diante dos resultados colhidos, bem como pugnando por mudanças de estratégias – foi o caso da Comissão Global de Políticas sobre Drogas em 2011.

Seguindo essa linha, em 2019, uma coalizão de Estados-membros das Nações Unidas, organismos da ONU e especialistas em direitos humanos, reunidos na Comissão sobre Narcóticos em Viena, lançou as Diretrizes Internacionais sobre Direitos Humanos e Política de Drogas. Tal documento apresentou orientações sobre a administração da justiça, lidando com temas como práticas discriminatórias de policiamento, prisão e detenção arbitrária e descriminalização de drogas para uso pessoal, a intenção era estabelecer uma nova estratégia global.

Vista a realidade brasileira e levantada a questão sobre as transformações no paradigma internacional do combate às drogas, torna-se interessante um breve levantamento das políticas individuais de diferentes países ao redor do mundo, a fim de verificar suas semelhanças e diferenças e melhor compreender as tendências mundiais. Parte importante será a constatação, ou não, de critérios objetivos para orientar a distinção jurídica de diferentes condutas, como posse para uso pessoal e para o tráfico. Existem diversos sistemas legais no mundo, mas se pode afirmar que na maioria dos países em que há critérios, utiliza-se o peso e a natureza da droga para esse auxílio (ALLONI, 2017). Neste segmento da pesquisa serão abordadas as realidades de Argentina, Uruguai, Portugal e Espanha.

2.3.1 Argentina

Na Argentina, o consumo desequilibrado de drogas foi por muito tempo associado a grupos marginais dotados de tendências delitivas. A partir dos anos 20 são editadas as primeiras leis acerca desse controle, sempre com cunho repressivo, sem haver a diferenciação entre usuário e traficante. Em 1968, por meio de uma reforma legal, o país experienciou uma despenalização da posse para o uso, porém estabelecendo possíveis interdições civis e internações compulsórias dos dependentes por ordem policial ou judicial. O momento, contudo, foi breve, já que em 1973 e 1974 a pena privativa de liberdade foi restabelecida (CORBELLE, 2019).

A redemocratização, em 1983, trouxe os primeiros passos rumo à descriminalização, pois, tendo em vista os incontáveis encarceramentos arbitrários que se deram durante o período de ditadura militar (1976-1983), a reforma da política de drogas mostrou-se urgente e intimamente ligada à bandeira dos direitos humanos. Foram aventadas a exigência da anuência do usuário para seu tratamento e a despenalização da posse para o uso em projeto de lei, mas essas propostas não chegaram a ser aprovadas. Somente em 1986 a Corte Suprema de Justiça sentenciaria a descriminalização da posse para uso.

Contudo, segundo Soares:

Essa abordagem durou pouco, devido a condições internacionais. A assinatura da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em 1988, a classificação da Argentina como país produtor pelos Estados Unidos e o condicionamento de ajuda financeira à aderência à guerra às drogas resultaram em um retrocesso, com a edição de lei em 1989, a qual penaliza a posse para uso, com a possibilidade de substituição ou complementação por medida de segurança, curativa ou educativa. No ano seguinte (1990), a Corte Suprema reverteu seu posicionamento anterior e afirmou sua concordância com a nova lei (casos Montalvo e Ernesto). Apenas em 2009, a Corte Suprema voltou a declarar a inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso (caso Arriola) (SOARES, 2021, p. 34)

Tal declaração aconteceu no julgamento de Recurso Extraordinário Federal proposto contra decisão condenatória à posse de drogas para consumo pessoal. A parte apelante argumentou que o art. 14, §2º da Lei nº 23.737/89, onde está inserido o tipo penal, era contrário ao princípio da reserva disposto no art. 19 da Constituição Argentina, o qual assegura que ações privadas que não ofendam a ordem e a moral pública, ou que não prejudiquem terceiros, estão isentas da autoridade dos magistrados.

Dentre as razões trazidas pela Corte, a principal foi o respeito conferido ao direito à privacidade e à garantia da autonomia pessoal e dignidade do homem. Os cidadãos merecem que suas condutas privadas sejam abrigadas de deliberações arbitrárias, especialmente quando não oferecem perigo ou dano a terceiros. Os argumentos baseados no perigo abstrato da

conduta, na conveniência ou moralidade pública não superam o teste de constitucionalidade. Ademais, o desenvolvimento do ser humano deve ser autônomo e livre de amarras do poder público, e o sujeito deve ser capaz de decidir os rumos de sua própria vida e dos meios que vai dispor alcançá-lo. No mais, os magistrados também citaram o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido que não se pode punir o usuário e dependente e fazê-los de “exemplo” para tentar resolver um problema que tem origem e causa no narcotráfico – este sim devendo ser combatido. Isso, aliás, seria uma revitimização por parte do Estado (ARGENTINA, 2009).

Durante a prolação da sentença os julgadores frequentemente se referiram à reforma constitucional argentina de 1994, a qual assimilou tratados internacionais sobre a proteção dos direitos humanos e limitou, por assim, dizer, o poder punitivo estatal. Logo, foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 14 da Lei nº 23.737. Destaca-se que, com a inibição do dispositivo que incriminava pessoas flagradas com quantidades pequenas de drogas, supostamente para consumo pessoal, foi descriminalizada a conduta, continuando a droga ilegal. Ademais, não houve o estabelecimento de critérios objetivos para a definição da posse para o uso pessoal, sendo esta caracterizada por “pequenas quantidades” e outras circunstâncias determinadas pelo juiz.

2.3.2 Uruguai

Assim como na maioria dos países da América Latina, a atenção voltada às substâncias tóxicas no Uruguai começou nos primeiros anos do século passado, sob uma visão higienista em relação a cidadãos reputados como párias na sociedade. Em 1934, a atribuição de policiar vícios sociais, incluindo as toxicomanias, foi dada ao recém-criado Ministério da Saúde. Três anos depois, no ano de 1937, com a edição da lei de drogas, estabeleceu-se a internação compulsória dos usuários, quando recomendada pela avaliação médica, que ainda ficaria sujeita à apreciação do magistrado.

Essa dura medida contribuiu para disseminar o preconceito sobre aqueles que faziam uso de drogas, mesmo que, diferentemente de muitos de seus pares no continente, o país não tivesse estipulado penas privativas de liberdade aos usuários (MUSTO, 2019). Inclusive, esta dispensa do encarceramento permaneceu mesmo quando, anos depois, o Uruguai aderiu às diretrizes do Acordo Sul-Americano de Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP) – compromisso com forte influência dos EUA, que tinha como escopo a compatibilização da legislação penal sobre drogas nos países da América do Sul.

Logo, nossos vizinhos ao sul nunca penalizaram a posse de drogas para consumo próprio, e tal fato pode ser observado na segunda parte do artigo 31 do Decreto-lei nº 14.294/74, o qual afirma que é isento de pena quem tiver em seu poder uma quantidade razoável destinada exclusivamente ao seu consumo pessoal (URUGUAI, 1974). No entanto esse progressismo frequentemente se tornava confuso e conflitante, porque em diversas ocasiões “a decisão entre caracterização de consumo ou tráfico ficava nas mãos do judiciário, uma vez que não existia quantidade limiars para delimitar as fronteiras entre tráfico e uso, problema este que permeia também a atual legislação brasileira sobre drogas.” (ESPECIATO e ROSA, 2015, p. 373)

Em 2012, após muitos anos de lutas e reivindicações de movimentos sociais como o Movimento pela Liberação da Cannabis e a Associação de Estudos da Cannabis do Uruguai (AECU), o governo apresentou no parlamento uruguaio um projeto de lei sobre a regulação do mercado de cannabis. O esforço contou também com a participação de outros grupos e partidos políticos e tinha como principais finalidades retirar esse comércio rentável das mãos do narcotráfico, arrecadar significativamente com impostos e permitir uma maior fiscalização da qualidade e quantidade da erva consumida.

O projeto de lei foi discutido e aprovado em dezembro de 2013, dando lugar à Lei nº 19.172, e tornou o Uruguai o primeiro país do mundo a legalizar as práticas relacionadas ao uso, comércio e produção da cannabis. Advinda a mudança, o Estado:

[...] assumiu o controle e regulação das atividades de importação, produção, aquisição, armazenamento, comercialização e distribuição de cannabis ou seus derivados. Foi criado o Instituto de Regulação e Controle de Cannabis (IRCCA), ligado ao Ministério da Saúde Pública, que ficou incumbido da emissão de licenças e do controle da produção, distribuição, compra e venda. Quanto à comercialização e acesso, a lei estabelece que todos os consumidores (uruguaio e residentes no país, maiores de 18 anos) devidamente cadastrados no órgão acima citado poderão comprar sua cannabis em farmácias autorizadas. Além desta, pode ser obtido acesso de outras formas, tais como: autocultivo pessoal, clubes canábicos e uso medicinal. (ESPECIATO e ROSA, 2015, p. 374)

Assim, pode-se concluir que tanto o uso simples como a posse de drogas para uso pessoal não são crimes, conforme aponta o Decreto-lei nº 14.294. Já em relação aos critérios objetivos para a definição da posse para uso pessoal, a Lei nº 19.172 estabeleceu a quantidade de 40 gramas por mês (art. 7º) ou 6 plantas em caso de cultivo (art. 5º) para a maconha, não havendo previsão para outros tipos de drogas.

2.3.3 Portugal

De maneira muito parecida com várias nações, em Portugal os delitos de consumo eram classificados como crime desde 1926, e os usuários e dependentes estavam sujeitos às sanções

penais por parte do Estado. Em novembro do ano 2000, a Lei nº 30/2000 surgiu para mudar essa tradição, descriminalizando o consumo de todas as drogas.

A política adotada pode ser classificada pela doutrina como despenalizadora, vez que ainda estão previstas certas formas de reprovação, mais especificamente, segundo a doutrina criminológica, de *diversion*, porque essas penas sem natureza criminal são aplicadas por órgão fora do Poder Judiciário (SHECAIRA, 2014). Importa dizer que não se tratou da legalização do uso ou regulação do mercado, apenas afastamento da criminalização, de modo que o usuário enfrenta um processo administrativo e, dependendo da situação, pode ser solicitada sua internação.

A Lei nº 30/2000 constituiu as Comissões de Dissuasão de Toxicodpendência (CDT) para lidar com esses processos administrativos, que são grupos formados por profissionais das áreas médicas e psicossociais. Se antes da descriminalização da conduta, ao ser constatada a materialidade e a autoria do agente responsável era oferecida acusação formal pelo Ministério Público, atualmente a avaliação recai sobre o CDT, que pode e às vezes até deve suspender o processo (SHECAIRA, 2014). É o caso quando se tratar da primeira infração cometida por usuário não dependente ou primeira infração de dependente que aceite submeter-se ao tratamento; em caso de reincidência do dependente é facultativo o prosseguimento do processo.

Quanto às penas cominadas, observado que o uso simples e a posse para uso pessoal não são crimes, e sim infrações leves sujeitas à sanções administrativas, estipula-se geralmente aconselhamento ou multa. Já em relação aos critérios objetivos para a definição da posse para uso pessoal, o art. 2º, em sua segunda parte, afirma que “para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias” (PORTUGAL, 2000). Especiato e Rosa detalham:

Em Portugal, decidiu-se pela adoção do sistema de quantidades limiaries, como ocorreu na Holanda, cuja referência é 10 dias de consumo. Ou seja, o usuário não pode exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual do período de 10 dias. Apesar da Lei n. 30/2000 ter revogado o art. 40 do Decreto-lei n. 15/93, que tratava do crime de consumo, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu, em 2008 (acórdão 8/2008), que esse crime subsiste para aqueles que forem encontrados com quantidade superior ao consumo médio individual para o período de 10 dias. Ou seja, até o limite legalmente estabelecido para o consumo máximo de 10 dias sempre será considerado uso. Acima desse limite, pode haver discussão judicial para delimitação entre porte para o uso ou tráfico. As quantidades presumidas são de 25g de cannabis folha, 5g de haxixe, 2g de cocaína, 1g de heroína e 10 comprimidos de LSD ou ecstasy. (ESPECIATO e ROSA, 2015, p. 380)

A política adotada por Portugal teve alguns impactos, como, por exemplo, a diminuição do preconceito e descrédito sofrido pelo cidadão que faz uso pessoal de drogas, bem como afastou, para este, os resultados indesejados consequentes de processo criminal. Além disso, ao

dispensar a seara penal, poupou-se recursos do Estado e permitiu-se um envolvimento voluntário do dependente – ponto sempre muito importante - com programas de tratamento do vício.

Pesquisas realizadas em âmbito escolar de quatro em quatro anos pela *European School Survey Project on Alcohol and Other Drugs* apontam que antes da edição da Lei nº 30/2000 havia ocorrido um leve aumento do consumo, o qual diminuiu de 18% em 2003 para 14% em 2007, e no ano de 2011 foi constatado outro acréscimo para 19%. Não obstante esses dados, muito parecidos com os de seus pares europeus, o país continuava a ter um nível de incidência abaixo da média europeia na população adulta, o que não se justifica única e diretamente com edição da Lei, mas também à política de redução de riscos e minimização dos danos adotada (QUINTAS, 2014).

2.3.4 Espanha

Nesta nação ibérica, o uso simples de drogas e sua posse para uso pessoal não são considerados crimes, mas sérias infrações administrativas. O consumo de drogas em lugares públicos é punido com multa entre 601 e 30.000 euros e a posse é encarada como uma ofensa à saúde pública, podendo também ocasionar multa de mesmo valor e/ou suspensão da carteira de motorista (ESPANHA, 2015).

Existem critérios objetivos para a definição da posse para uso pessoal definidos pela jurisprudência – a quantidade é equivalente a cinco doses diárias. A dose diária foi estabelecida pelo *Instituto Nacional de Toxicologia y Ciencia Forenses* (INTCF) em 2001 e publicada pelo *Centro de Inteligência Contra el Crimen Organizado* (CICO), mas o magistrado pode atentar-se a outros fatores (ALLONI, 2017). São estas as quantidades: até 25 gramas de haxixe e 100 gramas de *cannabis*; 3 gramas de heroína; 7,5 gramas de cocaína; 3 miligramas de LSD; 900 miligramas de anfetamina; 1,44 miligramas de MDMA.

Embora válidas e muito pertinentes essas disposições encontradas tanto na Ley Orgânica 4/2015, que versa sobre a segurança dos cidadãos e substituiu a Ley Orgânica 1/1992, como no INTCF, cabe também comentários acerca de outra experiência espanhola, que são os clubes canábicos.

O modelo, que é encontrado em diversos países e tem mais notoriedade em solo espanhol, diz respeito à uma prática de normalização, ou seja, tem a intenção de se posicionar entre a proibição e a legalização. Tais clubes foram criados em 2002, no autônomo País Basco, diante da falta de clareza e lacunas no meio jurídico-legal. Permitiu-se esses estabelecimentos

em função de jurisprudência garantista iniciada em 1974, “quando, um ano depois da incorporação do tráfico na legislação penal espanhola da forma como é hoje, a Suprema Corte estabeleceu que consumo e posse para consumo não eram crimes.” (ESPECIATO e ROSA, 2015, p.368)

O entendimento jurisprudencial foi sendo reforçado com o passar do tempo, estendendo-se a descriminalização para outras condutas como consumo compartilhado e suprimento de drogas por questões de solidariedade. No início deste século, um estudo conduzido por professores da Universidade de Málaga, a pedido do governo da Andaluzia, verificou e atestou a possibilidade legal do uso terapêutico de cannabis e funcionamento de clubes onde se realizariam seu adquirento e uso (SÁNCHEZ e NAVARRO, 2000).

Esses estabelecimentos são locais de consumo privado, que não visam o lucro a fim de não serem equiparados ao tráfico, legalizados pelo governo, onde aos membros é permitido a compra de cannabis e seus derivados. A rigurosidade é parte importante do processo, de modo que a associação tem que passar por formalidades como fundação e registro, contrato coletivo de cultivo e não pode ultrapassar o fornecimento diário máximo de erva por pessoa, que varia de 2 a 3 gramas (ALONSO, 2011).

Regras de conduta fazem-se presentes para proibir atividades promocionais e definir horários e condições sanitárias. No mais, a prevenção e redução de danos é constantemente trabalhada, e são fornecidos aconselhamento jurídico e até mesmo terapia aos usuários. Os benefícios desse modelo são o controle de qualidade do produto, o distanciamento dos membros em relação ao narcotráfico e processos legais, o incentivo ao uso moderado e a geração de empregos e impostos (ESPECIATO e ROSA, 2015). Porém ainda persistem impasses em função da falta de regulamentação clara, principalmente no cultivo e transporte da planta, pois as quantidades permitidas variam de acordo com o entendimento do policial, promotor ou juiz (ALONSO, 2011).

É válido ressaltar, sobre a cannabis, que seu tráfico é punido com sentenças que variam de 1 a 3 anos de prisão, ainda que réus primários raramente recebam essa pena, visto que o processo é suspenso nesses casos. No caso de reincidência as sentenças são somadas, e em episódios de maior gravidade, que tratem de crime organizado ou grandes quantidades, a pena aumenta para 3 a 9 anos, mais vultosas multas.

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 28 DA LEI 11.343/06

Desta parte em diante, a pesquisa voltar-se-á para o princípio da insignificância e sua relação com o art. 28 da Lei 11.343/06. Inicialmente, será abordada sua origem e em seguida seu conceito, e posteriormente o entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação à possibilidade de aplicação diante do mencionado crime. Utilizar-se-ão julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com data posterior à edição da Lei de Drogas.

A intenção é apreender as especificidades e requisitos do preceito, a fim de permitir uma compreensão mais abrangente dos pareceres de nossas elevadas cortes diante de sua aplicação ou não aos casos de uso pessoal de drogas. A verificação da existência de critérios, objetivos ou subjetivos, será fundamental quando, em capítulo posterior, compararmos as razões levantadas pelos magistrados nesses julgamentos com aquelas aventadas em decisões sobre a aplicação do princípio da insignificância em casos de tráfico de drogas.

3.1 ORIGEM

Embora o local e a data de aparecimento do princípio da insignificância suscitem amplos debates e sejam alvos de controvérsias, é seguro afirmar que subsiste uma corrente principal acerca da matéria: defende-se sua origem no Direito Romano, ainda que haja juristas que alegam seu surgimento, nos moldes atuais, no período pós-guerras durante o meio do século XX.

Segundo os primeiros pensadores, na Roma Antiga o princípio da insignificância já se fazia valer por meio da máxima *de minimis non curat praetor*, segundo a qual o pretor, espécie de magistrado, não deveria se ocupar com questões insignificantes. Embora essa corrente seja predominante no meio do direito, defendida por nomes como Diomar Ackel Filho (LOPES, 2000, p.4), enfrenta algumas dissidências de autores que asseguram que o brocardo romano era aplicável exclusivamente ao Direito Civil.

É o caso de Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997), cujo entendimento é de que o princípio da insignificância eflui do Direito Penal, pois está intimamente ligado ao princípio da legalidade, e os romanos não elaboraram teses e sequer atinham-se a este conceito. Lopes preleciona:

O princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico. É um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez. Sendo,

pois, princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a (paradoxalmente) máxima *minimis non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio. (LOPES, 2000, p. 42)

Lopes, a bem da verdade, enxerga o princípio da legalidade como o “tronco-mãe” de diversos princípios do direito penal, no qual se inclui o preceito da insignificância. Justifica sua concepção traçando a evolução histórica de *nullum crimen nulla poena sine lege*, desde sua formulação clássica na antiguidade, passando por suas ramificações como os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal incriminadora, até sua ascensão no Iluminismo, como inferência do individualismo político e proteção ao absolutismo monárquico (LOPES, 2000, p. 45). Sua presença se fez sentida em importantes documentos da história, como a *Magna Charta Libertatum*, *Bill of Rights* e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesta última, inclusive, revela-se, ainda que indiretamente, o princípio da insignificância, quando em seu art. 5º revela que a lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade.

Após a Primeira Guerra Mundial, e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, as terríveis condições socioeconômicas do continente europeu ensejaram uma enxurrada de delitos de caráter econômico, como pequenos furtos, fato que inspirou a doutrina local, especialmente a alemã, a referir-se à essas condutas como “criminalidade de bagatela” – *Bagatelledelikte*. Contudo, mesmo que esse conceito de insignificância tenha se iniciado com a ideia de patrimonialidade, com o decorrer das décadas vem adquirindo caráter mais amplo e tornando-se princípio do Direito Penal (LOPES, 2000).

A primeira menção ao princípio da insignificância como princípio é atribuída ao alemão Claus Roxin. Em 1964, o jurista, ao debruçar-se sobre o crime de constrangimento ilegal, entendeu que quando estes não têm duração e consequência dignas de ter-se em conta, não são prejudiciais ou danosos em sentido material (SANGUINÉ, 1990, p. 39). Lopes explica que:

Roxin propôs uma solução mediante um recurso à interpretação restritiva dos tipos penais. Formulou, então, no ano de 1964, o princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*), como princípio de validade geral para a determinação do injusto. Conquanto já tenha criticado a origem do princípio a partir do brocardo *latino minima non curat praetor*, é certo que Roxin dele se valeu, não para justificar a origem, mas como ponto de apoio intelectual e operacional para criação do princípio. (LOPES, 2000, p. 87)

Esse conceito foi posteriormente ampliado para outros crimes pelo autor, visando uma interpretação restritiva do Direito Penal e seu caráter fragmentário. Seguindo o trabalho do dogmático alemão, certos países passaram a abrigar o princípio da insignificância em seus ordenamentos, seja pela doutrina ou jurisprudência, ainda que não estivesse determinado em lei. No Brasil, foi aventado pela primeira vez no Habeas Corpus nº 66.869-1/PR, em 1988, em um caso de lesão decorrente de acidente de trânsito, onde afastou-se a instauração de ação penal por se entender que a lesão era irrelevante.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Primeiramente, deve-se sublinhar que o princípio da insignificância não se encontra na dogmática jurídica, ou seja, não está expresso em lei ou constituição, somente podendo ser depreendido à medida que se aceitem limites para a interpretação do ordenamento legal. “É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, [...] mercê da tônica conservadorista do Direito, o que afeta seu grau de recepcionalidade no mundo jurídico.” (LOPES, 2000, p. 49)

Dentre os estudiosos do princípio, destaca-se, a nível nacional, Carlos Vico Mañas, um dos primeiros a envidar esforços a fim de desvelar sua conceituação e fundamentos. O douto autor ensina:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (MAÑAS, 1994, p. 81)

Já para Assis Toledo (1989, p. 121), o conceito indica “a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal”. Logo, o princípio da insignificância é descrito como um enfraquecedor da tipicidade de fatos inexpressivos, dotados de repercussões irrelevantes e, portanto, não merecedores da valoração e juízo penal (ACKEL FILHO, 1988).

Luiz Flávio Gomes, outro doutrinador brasileiro conhecido por seu vasto trabalho no âmbito do princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, aduz que o efeito de sua aplicação é o afastamento da tipicidade material de fatos praticamente não importantes e que provocam lesão irrisórias, seja a insignificância da conduta ou do resultado. Sobre a infração bagatelar, escreve o seguinte:

Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouco relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante. (GOMES, 2009, p. 15)

O legislador, ao empenhar-se na construção do ordenamento penal, ateve-se à tipicidade dos casos que têm o condão de provocar prejuízos e lesões expressivas à terceiros em função de condutas tidas como criminosas. Por exemplo, não é qualquer mau trato que significa uma lesão à integridade corporal, somente aquele relevante, provocador de lesão grave – deve ainda

ser levada em conta a força dispendida por uma pessoa que tenha um obstáculo significativo e que a ameaça seja notável a ponto de extrapolar o âmbito da criminalidade (ROXIN, 1972)

Alberto Silva Franco, considerado um dos maiores mestres do Direito Penal no Brasil, fez a ligação do princípio da insignificância à antijuridicidade material por meio de algumas considerações quando apreciou recurso por absolvição de acusado da prática de furto mínimo. Abstraindo-se aquelas de cunho exclusivamente patrimonial, tendo em vista a natureza do julgamento, pode-se elencar as seguintes afirmações na tentativa de delimitação do conceito e natureza do princípio: I) o Estado de Direito importa mais que um Estado de legalidade, seu verdadeiro fim é a justiça material, em relação à qual o poder estatal está vinculado; II) há uma conexão entre o direito à liberdade moral e a noção de crime como fato necessariamente lesivo, de modo que a incriminação de simples comportamento interior constituiria violação de preceitos constitucionais; III) o Direito Penal protege bens jurídicos que são verdadeiras unidades funcionais de caráter social, nada estáticos. Atuam na vida social e recebem efeitos dela; IV) a criminalidade de bagatela se situa no campo de lesões inofensivas, de mínima significação, importante para retirar parte da carga excessiva depositada sobre a justiça criminal (FRANCO, JUTACrim, Lex, 69/441-442 APUD LOPES, 2000, p. 49-50).

Paulo Queiroz (2011, p. 43) afirma que a Constituição é o texto penal mais importante do ordenamento jurídico, visto ser o texto jurídico fundamental, o qual versa sobre os princípios, limites e fins do Estado. Portanto versa também sobre os princípios, limites e fins do direito penal, e a interpretação dos conceitos e institutos desta seara deve ser feita baseada na Carta Magna. Logo, ainda que não se mostre positivado, o princípio da insignificância encontra guarida e fundamento nos demais princípios constitucionais.

Cita-se, inicialmente, o princípio da liberdade. A despeito de sua definição mais clássica e todas as variações interpretativas, há, no Direito Penal, uma espécie de liberdade um pouco distinta, cujo teor demanda incessante proteção – a liberdade física do ser humano, sua prerrogativa de ir e vir, que é atingida diretamente pela pena criminal. Este conceito é matriz do modelo construtivo de sociedade, e o princípio da insignificância reserva a “intervenção da pena criminal aos momentos máximos de gravidade no instrumento representativo do direito de liberdade, conferindo um determinado padrão de atuação ética ao Direito Penal e valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana na expressão libertária.” (LOPES, 2000, p. 59)

O princípio da razoabilidade é outro preceito fundamental com o qual a ideia de insignificância se relaciona. O Direito, como ciência de natureza social, não comporta interpretação rígida baseada em critérios absolutos, sendo necessário, pois, equilíbrio em sua atuação e uso nas sentenças judiciais. A razoabilidade é uma trava à visão do Direito como

normas cruas despidas do reconhecimento de valoração ético-jurídica dos fatos praticados, estabelecendo métodos para tal. Diomar Ackel Filho conclui que:

[...] no caso da insignificância é justamente o que ocorre. A interpretação, com base em critérios de razoabilidade, desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o como insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade, de modo a obstar que possa se subsumir num *standart* de tipicidade da lei penal (ACKEL FILHO, 1988, p. 74)

Seguindo nessa toada, Francisco de Assis Toledo, ao comentar sobre axiomas constitucionais, adentra o princípio da fragmentariedade e comenta que “o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve preocupar-se com bagatela” (TOLEDO, 1989, p. 121-122).

A atuação do legislador, naturalmente imperfeita, possibilita que condutas que não deveriam ser abarcadas pela proibição do tipo penal sejam julgadas formalmente típicas. O princípio da insignificância aparece para coibir esse tipo de situação, servindo de instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal da expressão da regra constitucional *nullum crimen sine lege*, que revela a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal (LOPES, 2000, p. 66). Claus Roxin (1972, p. 53) também compartilha de pensamento, entendendo que o princípio permite fazer a exclusão dos danos de menor monta da maioria dos tipos penais.

Ademais, a ideia de subsidiariedade, também princípio do Direito Penal e que pressupõe sua fragmentariedade, advém de sua noção como recurso sancionador extremado, devendo ser aplicado somente quando outro meio se mostrar inócua. Roxin bem observou que lançar mão dessa seara do direito, quando possível a resolução do conflito por maneiras mais suaves, não apresenta legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica.

Por fim, destaca-se a conexão entre o princípio da insignificância e o princípio da proporcionalidade, elo esse que possui, possivelmente, a maior importância na compreensão e aplicação daquele. Zaffaroni (1981, p. 554) enxerga que o fundamento do princípio da insignificância reside na noção de proporcionalidade que a pena manter em relação à gravidade do crime. Nas situações “de mínima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *phatos* ético da pena. Sanguiné (1990, p. 47) ainda adiciona que mesmo a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E TIPICIDADE

A compreensão geral do conceito de tipicidade é de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho, pois conforme já mencionado, e trata-se de questão que ainda será trabalhada, a principal maneira de incidência do princípio da insignificância acontece por meio da exclusão de tipicidade material.

Não cabe aqui o aprofundamento da discussão sobre preferências em relação à teoria causalista, finalista ou pós-finalista, visto que a intenção, tal qual se observa nas mais modernas tendências do direito penal, é uma concepção mais utilitarista e pragmática (LOPES, 2000, p. 109). A evolução teórica do conceito de tipo penal é indiscutível, partindo da neutralidade de Beling até a descoberta dos elementos anímicos e subjetivos pelo finalismo, porém ainda assim a tipicidade permaneceu, principalmente, como um juízo formal de subsunção (MAÑAS, 1994, p. 52).

Segundo Paulo Queiroz (2011, p. 152) uma conduta será considerada típica quando se ajustar “à descrição prevista numa norma penal incriminadora. [...] É que, em razão do princípio da legalidade, só pode constituir infração penal (crime ou contravenção) o que a lei assim declara. A essa descrição legal dos elementos do crime dá-se o nome de tipo.” Todavia, essa concepção formal de tipicidade, que enxerga como simples relação entre conduta e o tipo legal de crime, não coaduna com a moderna propensão de reduzir ao máximo o campo de incidência do direito penal – tendo em vista seu reconhecido caráter subsidiário (MAÑAS, 1994, p. 52).

Ademais, sendo os tipos penais conceitos abstratos, é possível que atinjam condutas socialmente adequadas ou insignificantes. Para evitar situações de tal ordem, procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material. A função especial do direito penal é a proteção de bens jurídicos e é por isso que o injusto penal aparece como uma lesão do bem jurídico, ou seja, como um desvalor do resultado (LOPES, 2000, p. 114). Mañas (1994, p. 53) continua, ao dizer que “o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.”

Lopes partilha desse entendimento e acrescenta conteúdo a ele ao escrever:

Os objetos de que se ocupam as normas penais têm em comum, segundo a doutrina mais moderna, a nota da gravidade. Assim, o delito materialmente supõe (ou de super, quando nos Estados democráticos o legislador seleciona corretamente as condutas delitivas) uma conduta gravemente nociva para a sociedade, perturbando consideravelmente bens jurídicos importantes, é dizer condições mínimas de convivência social de modo reprovável e não justificando e pondo em questão a vidência da ordem jurídica (LOPES, 2000, p. 114)

Ainda segundo Mañas (1994, p. 53-54), só se pode conferir validade à conclusão político-criminal de que “o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.”

Sanguiné, conforme citado por Lopes, resume com maestria o conteúdo da tipicidade material ao pontuar que:

[...] a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deve castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, da maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto, e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material do delito, importante utilizar-se o princípio da insignificância. A solução através do recurso à atipicidade quando a lesão ao bem jurídico tenha sido irrelevante é a predominante na Alemanha (SANGUINÉ, 1990, p. 46 APUD LOPES, 2000, p. 117)

3.4 O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

O artigo 28 da Lei nº 11.343/06, popularmente conhecido como crime de uso pessoal de drogas ilícitas, está redigido da seguinte maneira:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As condutas descritas nesse dispositivo, antes, encontravam-se contempladas no art. 16 da Lei nº 6.368/76, que dizia: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” A antiga Lei, conforme visto anteriormente, considerava crime o fato descrito, cominando pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Já na norma de 2006 não se estipula a pena de prisão, sendo sancionada com penas alternativas sancionadas pelos Juizados Criminais. Embora existam doutrinadores, inclusive

citados nesse trabalho, que entendem ter havido descriminalização do fato, formal e/ou substancial, não foi essa a leitura do Supremo Tribunal Federal. A bem da verdade, já na Lei de 1976, quando a infração do art. 16 passou para os Juizados Criminais nenhum usuário mais foi condenado à pena de prisão, salvo em casos excepcionalíssimos (GOMES, 2008, p. 149)

As condutas incriminadas eram três – adquirir, guardar ou trazer consigo (art. 16 da Lei 6.368/76) – e passaram a ser cinco depois da atual Lei – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. O legislador, ao ampliar o rol, buscou possibilitar ao magistrado maior certidão ao interpretar a regra, visando determinar pressupostos para melhor diferenciar o traficante do usuário de drogas (SOUZA, 2010, p. 42) Destaca-se, apesar do nome popular dado ao artigo 28, que não se encontra tipificada a conduta usar. O legislador não pode punir essa conduta, pois se trata de autoagressão à saúde individual. Não constitui crime a verificação do uso pretérito porque o agente não está realizando nenhuma das cinco formas típicas previstas (PACHECO e THUMS, 2008, p. 57).

Em relação às condutas típicas, adquirir, hipótese de consumação instantânea, significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto, e abrange toda e qualquer forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação etc. Guardar diz respeito à conduta de ocultar, ter a substância ilícita escondida e conservada, não revelando sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo “guardar”. Ter em depósito é mais amplo que guardar, significando manter a droga sob controle e imediato alcance e disponibilidade, não importando o local de depósito. Transportar seria levar a droga de um local para outro, expressa a ideia de deslocamento, tendo sempre em mente que esse transporte é para uso pessoal. Por fim, trazer consigo é o mesmo que portar a droga, sempre com disponibilidade de acesso, não importando o local que o agente traz consigo (GOMES, 2008, p. 149-150 e SOUZA, 2010, p. 43)

Conforme exposto, as condutas ligadas ao art. 28 são exclusivamente direcionadas para o consumo pessoal de drogas ilícitas, de modo que o tipo infracional contemplado só pode ser realizado mediante uma conduta dolosa – ou seja, saber que tem a posse e querer ter essa posse para uso. Luiz Flávio Gomes explana que, do contrário, está-se diante de um erro de tipo:

[...] o agente que tem a posse de droga sem saber do que se trata (sem saber que se trata de droga) acha-se em erro de tipo (CP, art. 20, *captus*), que é excludente do dolo (logo, da tipicidade). Se se trata de erro invencível, fica excluído o dolo e a culpa (fato atípico). Se se trata de erro vencível, o agente seria punido pela forma culposa (que não está prevista no art. 28). Logo, é o caso de atipicidade. Se o agente sabe que está em posse de droga, mas acredita que não é proibida, pode-se invocar o chamado erro de proibição (CP, art. 121) (GOMES, 2008, p. 151)

Na mesma linha, exige-se, para o enquadramento do indivíduo no tipo do art. 28, que este tenha a finalidade especial de consumir pessoalmente a droga. Trata-se do dolo específico ou elemento subjetivo do injusto, de acordo, respectivamente, com a doutrina italiana e alemã, ou o requisito subjetivo especial que o tipo requer (GOMES, 2008, p. 151). Esse discernimento entre consumo próprio e tráfico de drogas nem sempre é fácil de ser realizado, e foi em função dessa dificuldade que surgiu o § 2º do aludido dispositivo:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

De fato, a Lei tratou de estabelecer, ou ao menos tentou estabelecer, critérios para a diferenciação das duas hipóteses. Não se trata de um rol taxativo, mas exemplificativo, logo, outras circunstâncias poderão ser avaliadas pelo juiz para que possa decidir sobre qual o crime praticado (SILVA, 2016, p. 58). Contudo, visto que não foram traçados critérios objetivos para esta averiguação, na prática cabe ao policial, que se encontra na ponta da situação e munido de critérios majoritariamente subjetivos, decidir se se trata de uso ou tráfico. Verifica-se essa questão na Lei nº 11.343/06, Capítulo III (Do Procedimento Penal), Seção I (Da Investigação):

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

[...]

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; [...]

Ainda, cabe ressaltar que o sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo é a coletividade. Silva (2016) aduz que o objeto jurídico (bem jurídico) tutelado é a saúde pública, sendo o art. 28 considerado crime de perigo abstrato e coletivo, e o objeto material da infração são as drogas, as quais, segundo art. 66 da atual Lei, são “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.”

Finalizando este tópico, em relação às penas previstas no art. 28, estas aplicar-se-ão de “acordo com o devido processo legal[...]. O infrator, destarte, será ‘submetido’ às penas cominadas no texto legal [...] consoante o devido processo consensual disciplinado no art. 60. e ss. da Lei 9.099/95. Caso não haja consenso, será seguido o procedimento sumaríssimo[...]” (GOMES, 2008, p. 155). Assim, o juiz dos Juizados Criminais é o competente para a aplicação das penas ao usuário, o qual preferencialmente nem deve passar pela delegacia de polícia – a menos que inexistir plantão, caso em que será conduzido para a polícia e elaborada termo circunstanciado. A prisão flagrante do usuário não existe mais, e o termo circunstanciado será enviado aos Juizados, podendo ou não haver transação penal. Não havendo, dá-se início ao procedimento sumaríssimo dos Juizados, observando que a ação penal é pública incondicionada (GOMES, 2008, p. 156)

As penas estabelecidas são: I) advertência sobre os efeitos das drogas, a qual tem razão jurídica e deve abordar os efeitos prejudiciais do consumo; II) prestação de serviços à comunidade, em estabelecimentos ou programas que, preferencialmente, lidem com prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas; III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Aqui cabe ao juiz determinar o programa ou curso, bem como a frequência a ser cumprida.

3.5 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

O presente trabalho, perpassados os conteúdos do princípio da insignificância e do art. 28, volta-se para a análise dos posicionamentos e critérios adotados pela doutrina e jurisprudência brasileiras diante da possibilidade de aplicação do preceito frente ao controverso crime da Lei nº 11.343. Futuramente, tais opiniões e decisões serão confrontadas com aquelas encontradas nas avaliações da incidência do princípio da insignificância diante do art. 33 da mesma Lei.

Esse tópico gerou intensos debates e contendas quando da vigência da antiga Lei de Tóxicos, Lei nº 6.368/76, e com o advento da atual normativa o assunto apresentou-se ainda mais em voga, com doutrinadores e magistrados apresentando juízos e argumentos conflitantes. Para cumprir com o proposto, primeiro serão apresentadas as ideias de estudiosos do Direito para, em seguida, colacionar-se decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com data posterior à publicação da Lei nº 11.343/06.

3.5.1 Entendimento doutrinário

O princípio da insignificância, em conformidade com o exposto previamente, tornou-se notório no ordenamento jurídico pátrio e conseqüentemente em nosso direito penal a partir da redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em que pese não estar previsto no texto constitucional, é claramente consequência de preceitos fundamentais expressos e consagrados, com os quais resguarda conexão umbilical, e já é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência.

Tal princípio, entretanto, não pode ser aplicado à revelia e de qualquer maneira. Deve-se verificar cada situação particularmente, bem como a lesão ou potencial de lesão gerada pela conduta. Nesse sentido, leciona Capez:

Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio, algumas sim, outras não. É um princípio aplicação no plano concreto, portanto. Da mesma forma, vale notar que o furto de um automóvel jamais será insignificante, mesmo que, diante do patrimônio da vítima, o valor seja pequeno quando o cotejado com os seus demais bens. (CAPEZ, 2016, p. 28)

Somando-se a essa consideração, deve-se, no instante de sua utilização, atentar à tipicidade penal do fato, particularmente de sua tipicidade material. Sua incidência está relacionada a parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade e seu escopo é afastar do âmbito penal condutas insignificantes ou irrelevantes. Jesus (2015, p. 52) explana que o princípio da insignificância está ligado aos crimes de bagatela e “recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves [...]”

A revogada Lei nº 6.368/76, antiga Lei de Drogas, previa em seu art. 16 pena de detenção de até dois anos aos usuários. Isso gerava uma sanção extremamente desproporcional em muitos casos nos quais o cidadão tinha consigo quantidades irrisórias de droga, o que gerava na doutrina um sentimento de apoio à incidência do princípio da insignificância (MENDONÇA e CARVALHO, 2012).

Com o surgimento da Lei nº 11.343/06, há uma mudança de paradigma e de objetivo, de modo que o Estado, em tese, passa a enxergar o consumidor de droga e o dependente com outros olhos, buscando não sua repressão, mas a prevenção, tratamento e reinserção social. A nova Lei deixa de estipular penas privativas de liberdade e começa a prever sanções alternativas, fato que fez com que parcela significativa de juristas modificassem sua percepção de desproporcionalidade e entendessem pela harmonia entre crime e punição.

Mendonça e Carvalho (2012) são integrantes desse grupo e argumentam que, caso o princípio da insignificância passe a ser aceito diante das condutas do art. 28 e torne o fato atípico, corre-se o risco de completo abandono do dispositivo. Mais que isso, os autores alegam que a aplicação do preceito, atentando-se ao fato de que o legislador visou a punição usuário, promoveria um contrassenso quanto à sistematização e objetivos da normativa. Outro ponto relevante levantado é que não há que se fazer a conexão entre quantidade diminuta de droga e afastamento da tipicidade, pois aquela é parte fundamental do tipo, restando configurado o crime de qualquer forma.

Sérgio Ricardo de Souza partilha dessa construção teórica, pois segundo o nobre professor o uso extensivo e superficial do princípio diante do art. 28:

[...]praticamente teria efeito semelhante ao de um *abolitio criminis* judicial, visto que a grande maioria dos casos enquadrados nesse tipo penal envolve como autores, portadores de pequena quantidade da droga, quantidade esta que, dependendo do usuário, já pode trazer efeitos os quais a norma penal visa combater, atingindo, dentre outros bens jurídicos tutelados pela norma, a saúde pública e a paz social. (SOUZA, 2010, p. 56)

No mais, visto ser um crime de perigo abstrato e coletivo, independentemente da quantidade de drogas já é presumido que o bem jurídico (saúde pública) foi exposto a perigo de dano. Essa argumentação, não obstante todo apoio e reprodução que recebe de parte da doutrina e de boa parte da jurisprudência, pode mostrar-se incompleta e por vezes ilógica, como veremos no último capítulo.

Por outro lado, há pensadores do Direito que possuem compreensão contrária à supracitada e pugnam pela aplicação do princípio da insignificância, como por exemplo Nucci (2013, p. 299), que afirma que “a quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28.”

Luiz Flávio Gomes é outro membro dessa corrente doutrinária. Gomes explica que ao art. 28 se aplica, isolada ou cumulativamente, diversas medidas alternativas, contudo quando se está lidando com uma quantidade muito pequena de droga “o correto não é fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, sim, o princípio da insignificância, que é causa de exclusão da tipicidade material do fato” (GOMES, 2008, p. 157)

Consoante o saudoso jurista, existem dois tipos de infração bagatelar própria, uma reside na insignificância da conduta e outra na do resultado. O art. 28 se revela uma das modalidades do delito de posse, categoria penal peculiar do Direito penal, e para sua consumação é necessário verificar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Completa afirmando que “se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em

infração[...]. Não existe, nesse caso, conduta penal ou punitiva relevante.” (GOMES, 2008, p. 158)

A seguir se reproduz trecho de sua explanação, pois muito completa e de uma lucidez admirável:

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância [...] consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado). Se tipicidade penal é (de acordo com a teoria constitucionalista do delito que adotamos) tipicidade objetiva ou formal + tipicidade material ou normativa, não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo significado é atípico, seja porque não há desaprovação da conduta (conduta insignificante), seja porque não há um resultado jurídico desvalioso (resultado ínfimo). (GOMES, 2008, p. 158)

Nessa mesma tendência, Salo de Carvalho (2013) aduz que as ações geradoras de lesões irrelevantes são consideradas atípicas e postas de lado, considerando-se que o bem jurídico protegido nesses casos é precisamente a saúde pública. Ademais, alçar a saúde pública como bem supremo e considerar os direitos coletivos irrestritamente sobre os individuais, não levando em conta o caso a caso, acaba minando um saudável debate no meio jurídico e é um erro frente a casos em que é mínima a capacidade de ofender o bem jurídico.

Ou seja, o magistrado, ao verificar a situação na prática, deve averiguar se a conduta perpetrada pelo cidadão de fato originou um dano real ao bem jurídico salvaguardado pelo direito penal, senão a conduta será atípica.

Portanto, verifica-se que o entendimento doutrinário é discordante quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância diante do crime elencado no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Existem duas linhas principais de pensamento. Uma, que advoga pela não incidência do preceito, declara que não se tem motivos para a verificação da quantidade de drogas e sua relação com a tipicidade material, pois além do perigo de dano ser presumido, nessa espécie de crime a pouca quantidade de entorpecentes constitui a essência do tipo. Do outro lado apresentam-se os defensores da aplicação do princípio, aduzindo que não se pode encarar a questão de crime de perigo abstrato e dispensabilidade de verificação do grau da ofensa como uma verdade dogmática absoluta, e é preciso observar a concreta capacidade da conduta de ofender o bem jurídico.

3.5.2 Entendimento jurisprudencial

Nessa parte do trabalho a intenção é levantar julgados das altas cortes de justiça brasileiras, leia-se, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a fim de melhor

entender seus posicionamentos acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância frente ao art. 28 da Lei nº 11.343/06. É de primordial importância, por meio de análise dessa jurisprudência, colher as justificativas fornecidas para o aceite ou denegação do preceito, para estabelecer quais os critérios (subjetivos ou objetivos) utilizados. No capítulo final, tais critérios, se existirem, serão colacionados com aqueles extraídos em julgamentos referentes à aplicação ou não do princípio da insignificância diante do art. 33 da mesma Lei. Os julgados selecionados têm data posterior ao início de vigência da Lei 11.343/06.

Ainda que se comece pelo STJ, é imperioso fazer antes um adendo sobre a compreensão do princípio da insignificância e seus requisitos por parte do poder judiciário brasileiro. Após a referenciada primeira decisão do STF de 1988, RTJ 129/187, basicamente toda a jurisprudência pátria passou a admitir o princípio como corretivo da abstração e generalidade do tipo penal (GOMES, 2008, p; 1258).

Desta feita, considera-se paradigmático o HC 84.412-SP do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo excelso Ministro Celso de Mello. Na situação, o remédio constitucional foi impetrado em um caso de furto de fita de videogame no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), no qual o réu foi condenado a oito meses de reclusão. A defesa alegou a desproporcionalidade da sanção e pugnou pela incidência do princípio da insignificância para afastar a tipicidade penal material. O pedido foi deferido, invalidando a condenação penal, e em seu voto o relator traçou os requisitos, ou vetores, para aplicação do preceito, os quais serviriam de base para toda jurisprudência nos anos vindouros. *In verbis*:

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.

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 estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado** de significativa lesividade. (BRASIL, 2004, p. 5)

Todavia, vale ressaltar que essas exigências, apesar da ampla aceitação pela magistratura, receberam certas críticas por parte da doutrina, a qual vislumbra uma argumentação em círculos. É o caso de Paulo Queiroz (2011, p. 59), para quem os requisitos são claramente tautológicos, 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”.

Vistos os requisitos e as consequências dogmáticas do princípio da insignificância no entendimento da mais alta corte brasileira, passa-se a analisar a posição do Superior Tribunal de Justiça na possibilidade de sua aplicação em relação ao crime do art. 28.

O STJ, desde o nascimento da Lei nº 11.343/06, possui entendimento pacífico de não aplicação do princípio da insignificância perante julgamentos envolvendo o art. 28. São muitos os julgados reiteram essa posição, de sorte que aqui serão trazidos os principais a fim de identificar as principais argumentações.

Inicialmente cita-se o HC 158.955-RS, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, de 2011, frequentemente utilizado em outros julgamentos como importante precedente do tribunal. Trata-se do caso de um cidadão que foi abordado pela polícia trazendo consigo 0,9 gramas de cannabis e condenado a três meses de prestação de serviços à comunidade e pagamento de 40 dias-multa. A ordem foi denegada e entendeu-se que não cabia a incidência do princípio da insignificância. Vejamos:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/06). PENA: 3 MESES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, POR 4 HORAS SEMANAIS. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DA CONDUTA DELITUOSA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. HC CONCEDIDO, DE OFÍCIO, APENAS PARA DETERMINAR A OUVIDA DO MP SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

1. A pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta.

Precedentes.

2. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar a ouvida do MP sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo.

(HC n. 158.955/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 17/5/2011, DJe de 30/5/2011.)

Dentre os poucos fundamentos trazidos à baila, destacam-se os seguintes:

[...]

4. A posse ou guarda de substância entorpecente para consumo próprio não afasta o perigo à coletividade e à saúde pública, desimportando a pequena quantidade apreendida, que é da própria essência do delito.

5. Tem-se, pois, que é irrelevante para a caracterização do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 a quantidade apreendida, pois que adequada ao tipo previsto, com o que se afasta a alegada insignificância.

[...]

Daí se observa que o magistrado não se voltou para critérios objetivos, como natureza ou quantidade da droga, apoiando-se na ideia que o crime do art. 28, por ser considerado de perigo abstrato, põe em perigo a coletividade e saúde pública independentemente do montante apreendido. Ainda entende, acompanhando parte da doutrina, que a pequena quantidade faz parte do tipo previsto.

É interessante notar também que o relator cita precedentes do tribunal nesse sentido, os quais foram julgados durante a vigência da Lei nº 6.368/76, buscando demonstrar a firme e reiterada posição do STJ. De fato, essa sempre foi a postura majoritária durante a antiga Lei de Drogas, porém Flávio Gomes (2008, p. 159-160) contribui ao lembrar que à época existiram diversas decisões em matéria de droga reconhecendo o princípio da insignificância, como o HC 21672-RJ, de relatoria do Min. Fontes de Alencar, o HC 17956-SP, de relatoria do Min. Vicente Leal, e o Resp 154.840/PR, de relatoria do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Apesar de não convir a análise desses julgados no presente trabalho, visto terem ocorrido antes da Lei nº 11.343/06, é válido destacar que, diferentemente de hoje, e talvez porque a antiga lei estabelecia penas de reclusão ao delito de posse, havia divergências acerca do tema.

A bem da verdade, a maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça lançam mão dos argumentos supracitados e deles somente, portanto, o exame de critérios objetivos acaba nem acontecendo. Busquemos mais alguns casos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI 11.343/06). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância.

2. Recurso desprovido.

(RHC n. 34.466/DF, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 14/5/2013, DJe de 27/5/2013.)

Nesse recurso ordinário em *habeas corpus*, o réu foi condenado 8 horas de serviços comunitários e a participar por 2 meses do Programa de Atendimento ao Alcoolismo e Toxicômano por ter sido flagrado com 0,19 gramas de crack. A defesa pleiteou a aplicação do princípio da insignificância, ao argumento de que a conduta não representou prejuízo importante para a saúde pública ou para a ordem social, pois a quantidade da droga encontrada com o recorrente era ínfima.

O relator, Ministro Og Fernandes, negou provimento ao recurso, reforçando os argumentos utilizados pelo tribunal de origem ao descartar a apelação:

[...]

As decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias devem ser mantidas pelos seus próprios fundamentos.

Esta Corte possui o entendimento de que "a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), não afasta a tipicidade da conduta" (HC n. 158.955/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30/5/2011).

Isso porque os crimes da lei de tóxicos se caracterizam como delitos de perigo abstrato, que visam proteger a saúde pública e, assim, prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado.

A posse ou guarda de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e à saúde pública, sendo indiferente a pequena quantidade de droga apreendida, pois esta é circunstância da própria essência do delito.

[...]

Novamente, observa-se o uso pouco elaborado de uma máxima dogmática, qual seja, crime de perigo abstrato que tutelam bens jurídicos difusos (saúde pública) não comportam a incidência do princípio da insignificância. Conforme será explanado no próximo capítulo, na verdade essa argumentação está muito mais ligada a uma decisão político-criminal. Ademais, é mais uma vez entendido que a pequena quantidade é circunstância da própria essência do tipo e citada jurisprudência (no caso, a primeira mencionada nesta parte da pesquisa) por parte do STJ.

Por fim, traz-se o agravo regimental no recurso em HC nº 147.158-SP, relatado pelo Min. Rogério Schiatti Cruz.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGA ILÍCITA PARA CONSUMO PESSOAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que pequena a quantidade de drogas apreendidas, como na espécie.

2. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao delito descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em razão de se tratar de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida. Precedentes 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC n. 147.158/SP, relator Ministro Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 1/6/2021.)

Foi negado provimento ao agravo com todos os magistrados acompanhando o voto do relator, o qual reconheceu a possibilidade de em certos casos, que não envolvam drogas, concluir-se pela atipicidade material da conduta devido à ausência de ofensividade penal do comportamento verificado. Ainda pontuou que há controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em casos de porte de reduzida quantidade de substância entorpecente para consumo pessoal.

Entretanto, aduziu que desde a Lei de Drogas de 1976 não se admitia, majoritariamente, o reconhecimento da atipicidade material das condutas, mesmo que a quantidade de substância entorpecente apreendida fosse pequena, e tal entendimento foi reforçado com a Lei nº 11.343/06 – visto o abrandamento das penas. O teor do voto, todavia, não destoou do lugar comum:

Nesse contexto, entendo que, em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que pequena a quantidade de drogas apreendidas.

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

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

Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, o que põe em risco a saúde pública e é fator decisivo na difusão dos tóxicos.

Dessa maneira, enxerga-se que os argumentos aventados pela não aplicação do princípio da insignificância frente ao art. 28, posição majoritária do STJ, não estão ancorados em critérios objetivos. E justamente não estão porque, segundo os ministros da corte, a pequena quantidade de droga é essencial ao tipo do crime elencado no dispositivo, que por sua vez é considerado crime de perigo abstrato e tutela a saúde pública, assim não sendo necessária a averiguação precisa do montante.

Olhando agora para a mais alta instância de justiça brasileira, essa posição explanada previamente é também a postura geralmente adota pelo Supremo Tribunal Federal. Porém recentes decisões paradigmáticas foram de encontro a esse entendimento, compreendendo ser cabível a aplicação do preceito quando presentes certas circunstâncias. Apesar de não formarem robusta jurisprudência, são importantes precedentes e fazem contraponto aos comentários geralmente arguidos no STJ e STF.

Iniciamos pela posição contrária à aplicação:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv)

relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado.

(HC 102940, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00109)

No caso em tela, o agente havia sido surpreendido portando cinco decigramas de maconha, sendo condenado a seis meses de detenção, em regime aberto, além de vinte dias-multa, pela prática do delito à época previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76. Sua defesa recorreu ao Colégio Recursal dos Juizados Especiais, que anulou a sentença condenatória e determinou sua adequação ao art. 28 da Lei nº 11.343/06. Entendendo que a ação penal sequer deveria ter sido iniciada, pela manifesta falta de justa causa, a Defensoria Pública Estadual interpôs recurso em *habeas corpus* no STJ, o qual foi desprovido, forçando então a se insurgir novamente, sustentando a aplicação do princípio da insignificância tendo em vista a quantidade de droga apreendida.

Não obstante a verificação do arquivamento dos autos pelo Juizado Especial, em função da prescrição da pretensão punitiva do estatal, o relator, Min. Ricardo Lewandowski, continuou seu voto no sentido de negar a pretensão do autor. Justificou seu posicionamento alegando ser esse o entendimento jurisprudencial da casa e citando alguns precedentes como o HC 87.319/PE, rel. Min. Marco Aurélio, HC 92.287/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, HC 88.820/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence e HC 83.191/DF e HC 81.523/PR, rel. Min. Nelson Jobim.

Seguindo, o Ministro observou que o legislador, ao editar a nova Lei de Drogas e conferir penas mais brandas ao usuário, teve a intenção de evitar a reiteração do delito e impor medidas de caráter educativo para alertar sobre o risco que a conduta gera à sua própria saúde. Cita o relator do projeto de lei que deu origem à normativa, o qual declarou que não se pretendeu descriminalizar a conduta do usuário, apenas dar efetividade aos objetivos visados: prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social. No mais, trouxe argumentos já repisados pelos ministros do STJ:

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

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

[...]

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

Ao final, o relator elenca os requisitos necessários para a aplicação do princípio da insignificância e conclui que não há que se falar em ausência de periculosidade social da ação, já que o perigo é presumido nesse crime, razão pela qual afasta a incidência do preceito.

Poderíamos afirmar que os fundamentos utilizados no HC 102.940 se assemelham muito, conforme mencionado e demonstrado, àqueles usados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça – o art. 28 trata de crime de perigo abstrato e cuida não só da saúde do usuário, mas também da saúde pública, assim sendo desnecessária a aferição de efetiva lesão e conseqüentemente a precisão da quantidade de droga. Outro ponto é que a aplicação do princípio da insignificância desvirtuaria os objetivos da atual Lei de Drogas.

A fim de ilustrar essa postura majoritária do STF, traz-se rapidamente mais um julgado, qual seja, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 728.688, relatado pelo Min. Luiz Fux. Em verdade, o agravo foi interposto contra decisão prévia do próprio Ministro, na qual havia negado provimento ao agravo anteriormente proposto em Recurso Extraordinário. Na primeira recusa, o magistrado havia concordado com as razões elencadas no acórdão do tribunal de origem para a condenação do réu pelo art. 28: não há que se falar em atipicidade por pouca substância entorpecente, pois é um crime de perigo abstrato para a saúde pública. Neste segundo agravo, limitou-se, basicamente, a redigir o seguinte:

Por fim, cumpre ressaltar que esta Corte firmou entendimento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente, requisitos esses não preenchidos nos presentes autos.

Assim, indefiro a concessão do habeas corpus de ofício, considerando que da análise dos autos, verifica-se que não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do princípio da insignificância com o fim de trancar a ação penal. (BRASIL, 2013, p. 9)

Deslocando o foco de nosso olhar, apresenta-se em seguida duas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal que destoam dos pareceres anteriormente redigidos. São eles o HC 110.475/SC, relatado pelo Min. Dias Toffoli, e o Agravo Regimental no HC 202.883, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski e cujo acórdão foi redigido pelo Min. Gilmar Mendes. Ambos os julgamentos entenderam pela aplicação do princípio da insignificância, dessa forma

tornando-se decisões paradigmáticas e importantes precedentes a respeito da matéria. Aborda-se primeiro o HC 110.475/SC, pois julgado primeiro pelos magistrados:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.

(HC 110475, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012 RB v. 24, n. 580, 2012, p. 53-58)

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado buscando a extinção da ação penal em função da atipicidade penal da conduta, determinada pela incidência do princípio da insignificância. No caso, o agente foi condenado à pena de três meses e quinze dias de prestação de serviços à comunidade por estar portando 0,6 gramas de maconha. A Turma, acompanhando o relator, unanimemente votou pela deferência do pedido, determinando o trancamento do procedimento penal.

O Ministro Dias Toffoli inicia seu voto demonstrando a ampla aceitação do preceito pelo STF, cujo entendimento é de que se qualifica como fator de descaracterização material da tipicidade e deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Aduz que o preceito da insignificância está conectado ao brocardo de *minimis non curat praetor*, indicando que o sistema jurídico somente deve considerar as gravosas privações de liberdade e restrições de direito em casos que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Continua o relator apoiando-se na doutrina, alegando que o princípio da intervenção mínima se dirige mais ao próprio legislador, enquanto o da insignificância diz respeito ao aplicador da lei em caso concreto. Isso significa que o direito penal não se deve ocupar de “condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.” (BRASIL, 2012, p. 9).

A configuração da atipicidade em função do postulado da insignificância, segundo o Ministro, tem lugar quando a conduta tem ofensividade mínima e a ação, apesar de tipificada, além de não representar periculosidade social também revelar grau de reprovabilidade irrelevante. De outro modo, entende que a aplicação do princípio é controversa quando diante de usuários de substâncias entorpecentes e que a Lei 11.343/06 previu tratamento diferenciado a estas pessoas. Segue afirmando:

Nesse contexto, a conduta tida por criminosa, para além da adequação típica formal do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76, merece, nos dias atuais, acurado exame à luz da garantia da dignidade da pessoa humana, que impõe uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade, quando efetivamente ofendidos (tipicidade material).

Assim, há que se averiguar a tipicidade material da conduta tida por criminosa, pois "crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade". (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 8). (BRASIL, 2012, p. 10)

Nas considerações derradeiras, são citados os quatro requisitos que a Corte entende serem necessários para a aplicação do princípio da insignificância e, ato contínuo, reproduzida parte da manifestação do membro do Ministério Público, favorável ao réu. Na ocasião, o membro do *Parquet* arguiu que, apesar de o art. 28 configurar um delito de perigo abstrato, ainda assim se tem a necessidade de aferição da lesividade da conduta, se é capaz de concretamente atingir o bem jurídico resguardado.

Em resumo, sua defesa é que numa teoria do delito fundada em garantias e que se apresenta diante de um Estado Democrático de Direito, a subsunção das condutas aos tipos não se dá de maneira avalorada e automática. Portar 0,6 gramas de maconha para uso próprio, embora seja conduta formalmente típica, não apresenta nenhuma relevância material, por absoluta incapacidade de produzir um resultado que gere qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública. Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, porém mesmo assim a lesividade da conduta não pode ser simplesmente desprezada nos delitos de perigo presumido, sob pena de se concretizar uma intervenção jurídico penal inócua, desnecessária e ofensiva aos instrumentos de proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal.

A outra ocasião em que o STF se posicionou favorável à aplicação do princípio da insignificância diante do art. 28 da Lei nº 11.343/06 se deu no Agravo Regimental no HC 202.883/SP.

Penal e processual penal. Habeas corpus. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada

(HC 202883 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021)

Nota-se que esse é o mesmo caso (AgRg no recurso HC 147.158/SP) em que o STJ, por meio do relator Min. Rogério Schietti, entendeu pela não incidência do postulado. O réu impetrou *habeas corpus* no STF, o qual foi também negado, conseqüentemente agravando a decisão. Dessa vez, acordaram os Ministros, por empate na votação, a dar provimento ao agravo regimental, concedendo a ordem de *habeas corpus* para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada.

O relator, Min. Ricardo Lewandowski, que já havia negado anteriormente a ordem do *habeas corpus*, iniciou a votação reafirmando mais uma vez a argumentação dos magistrados do Superior Tribunal de Justiça e negou provimento do agravo. A divergência partiu do Min. Gilmar Mendes, o qual acompanhado do Min. Edson Fachin, entendeu pela aplicação do princípio da insignificância na situação em questão, por conseguinte afastando a tipicidade material e trancando o processo penal.

Em suma, estes dois entenderam que a aversão à incidência do postulado da insignificância, em casos envolvendo o art. 28, se dá por uma decisão político-criminal, e não pela impossibilidade dogmática. O redator do acórdão, Min. Gilmar, expressou que os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou probabilidade, de dano ao bem jurídico tutelado, e de todo modo deve haver uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido. No mais, entende que os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.

Por fim, o Ministro prescreve que não existem impedimentos para que se aplique o princípio da insignificância no caso em comento, pois a ofensividade da conduta do réu é irrisória e incapaz de lesionar ou colocar o bem jurídico tutelado em perigo – visto a quantidade ínfima de droga e a situação adequar-se aos requisitos elencados pelo Tribunal para incidência do postulado. Verdade seja dita, o Min. Gilmar Mendes lança mão de argumentação quase

idêntica àquela utilizada em um julgamento relacionado à aplicação do princípio da insignificância em caso de tráfico de drogas – muitíssimo bem fundamentada e cujo teor será abordado de forma mais aprofundada no último capítulo deste trabalho.

Dessa forma, pode-se observar a fundamentação e os argumentos das mais altas instâncias de justiça brasileiras em relação à aplicação do princípio da insignificância diante do art. 28 da Lei nº 11.343/06. De um lado tem-se a corrente contrária, posição majoritária no STJ, especialmente depois da nova Lei de Drogas, e a que encontra mais respaldo no STF. De acordo com os magistrados que adotam esse posicionamento, a infração do art. 28 é considerada um crime de perigo abstrato, portanto o dano ao bem jurídico penal tutelado, qual seja, a saúde pública, já seria presumido. No mais, a ínfima quantidade de droga seria essencial ao tipo, de modo que qualquer volume de entorpecentes já bastaria para sua configuração. Sustentam ainda que a incidência da insignificância prejudicaria as políticas de redução de danos e de prevenção e conseqüentemente o dever do Estado quanto ao bem-estar de sua população.

A visão oposta, que pode ser encontrada em julgados do STF e cujo entendimento é o de que o princípio da insignificância pode sim ser aplicado nos casos do art. 28, preconiza que mesmo em crimes de perigo abstrato há que se fazer uma análise da tipicidade material da conduta em conformidade com o princípio da ofensividade. Ou seja, a quantidade irrisória da droga não ofende ao bem jurídico tutelado, logo inexistente qualquer periculosidade social da ação e assim poderia acarretar uma resposta desproporcional do Direito Penal diante do caso concreto.

Interessante notar que as duas abordagens possuem interpretações dogmáticas completamente discordantes e geram, pois, conseqüências distintas quanto ao uso, ou tentativa de uso, de critérios mais objetivos. À primeira, devido ao seu embasamento, torna-se irrelevante precisar ou levar em consideração a quantidade de droga flagrada com o usuário; à segunda, por sua vez, embora não se tenha uma pesagem legal ou jurisprudencial definida, é imperioso ter como parâmetro de apreciação o quanto de entorpecentes o agente tinha consigo.

4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 33 DA LEI 11.343/06

Conhecidos o conceito e a origem do princípio da insignificância, bem como os argumentos favoráveis e contrários à sua possível aplicação diante do art. 28, por parte da doutrina e jurisprudência, chega-se à etapa final da pesquisa. Neste trecho o objetivo é verificar a possibilidade de incidência do postulado quando em face do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Para isso, o capítulo será dividido em algumas partes. Primeiramente serão tecidos comentários envolvendo o conceito de bem jurídico, a fim de compreender mais detalhadamente esse importante tópico que permeia a temática do princípio da insignificância. Em seguida, a abordagem voltar-se-á ao art. 33 da Lei nº 11.343/06, o famigerado crime de tráfico de drogas ilícitas. Em último lugar, o entendimento doutrinário e o entendimento jurisprudencial da aplicação do princípio em comento frente ao art. 33 finalizarão o trabalho aqui apresentado. O escopo derradeiro é averiguar se os argumentos trazidos para embasar decisão favorável à aplicação do princípio da insignificância nos casos do art. 28 podem também afastar a punição de condutas tipificadas como tráfico de drogas.

4.1 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico surge na história dogmática apenas no começo do século XIX. Presente a concepção iluminista de que o fato punível é lesão de direitos subjetivos, Feuerbach pretendeu demonstrar que há um direito subjetivo, seja particular ou estatal, por detrás de toda norma penal e que este é merecedor de proteção. Já Binding aperfeiçoou este conceito como “estado valorado” pelo legislador, e Von Liszt concluiu seu trabalho movendo esse âmago da definição de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”. (BITENCOURT, 2004, p. 249-250)

Não obstante as diversas concepções formuladas ao longo da história, admite-se atualmente que o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais. Pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito, “e como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, este representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido.” (BITENCOURT, 2004, p. 250) Bitencourt, com a devida vênia, explica brilhantemente:

[...]

O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de

parâmetro e limite de preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum. (BITENCOURT, 2004, p. 249)

A indagação quanto ao papel a ser desempenhado pelo Direito penal se faz presentes há século, quiçá milênios. Existem duas perspectivas principais: uma afirma que é assegurar a vigência da norma, enquanto a outra, majoritária, entende ser um instrumento de proteção aos bens jurídicos. Essa noção advém do funcionalismo penal teleológico dos anos 70, fruto do trabalho de Claus Roxin, o qual sugere examinar a teoria do delito conforme a perspectiva político-criminal, segundo os valores do Estado Social e Democrático de direito. (ROXIN, 2000, p. 82)

Pode-se inferir, do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos proposto pelo jurista alemão, que este entende bem jurídico como um delimitador do papel legiferante e como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. (ROXIN, 2013, p. 18-20)

Quanto à relação entre bem jurídico e criminalização, percebe-se haver dois momentos de análise: a verificação da natureza do bem lesado e a verificação do grau de relevância da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico penal (SANTOS, 2012). Dessa forma, o processo de criminalização é limitado tanto na esfera do legislador, pois somente condutas que representem lesão aos bens jurídicos tutelados serão proibidas, como na esfera do magistrado, já que deste será exigido um “juízo de tipicidade”, ou seja, uma análise da tipicidade material para verificar que o bem jurídico foi gravemente violado. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2008, P. 385)

Contudo, conforme previamente explicitado por Bitencourt, não se pode concluir que o bem jurídico e sua possível ofensa sirvam unicamente como pretexto da intervenção penal. É imperioso impor outros limites à norma penal e sua função protetora, ainda mais tendo em conta a gravidade de suas medidas, e aí é que entram em cena axiomas decorrentes do princípio da intervenção mínima, tais quais o princípio da lesividade, o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade.

Assim é que a proteção dos bens jurídicos pelo Direito penal deve ser a última parte, ou *ultima ratio*, entrando em cena somente quando todos os outros óbices de salvaguarda do bem protegido falharem. Ainda nessa toada, a via penal somente consegue proteger os bens jurídicos

após a ocorrência do fato, razão pela qual não deve ser elencada como meio prioritário de sua preservação. Portanto, a razão para o estabelecimento de uma norma jurídico-penal é o “controle do intolerável”, definido pela ocorrência “de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade” (BUSATO, 2017, p 15-17)

Adentrando nas especificidades da pesquisa em voga, foi realçado que um dos principais argumentos para a não incidência do princípio da insignificância no art. 28 é porque este se trata de crime de perigo abstrato, que protege bem jurídico difuso – a saúde pública. Sobre essa classificação de bem jurídico, pode-se dividi-los em três categorias (MANCUSO, 2011, p. 85-86): os individuais (vida, liberdade, propriedade, honra etc.), os institucionais (ou estatais, relativos à Administração Pública) e os supraindividuais, os quais dividem-se em coletivos e difusos. Visto que essa divisão não é tão afeta ao direito penal, não será feito um aprofundamento do tema.

Quanto à caracterização de bens jurídicos difusos, Cintra explica com maestria:

[...] bens jurídicos são os elementos são os elementos imprescindíveis para a vida humana em sociedade. Todavia, enquanto os bens jurídicos individuais são elementos imprescindíveis para cada ser humano individualmente tomado, os bens jurídicos difusos são imprescindíveis para todos os seres humanos ao mesmo tempo, por se tratar de interesse indivisível da sociedade.

Bens jurídicos difusos são, dessa forma, aqueles necessários a todos os indivíduos (socialmente tomados) para possibilitar o convívio social. Em razão disso, os bens jurídicos apresentam as características de não serem titularizados por ninguém, da não distributividade (pois são interesses indivisíveis) e de não serem consumíveis.

O que define o bem jurídico difuso é o fato de ser ele um interesse do indivíduo socialmente tomado, o que gera as características de inexistência de titularidade, de não distributividade e de não serem consumíveis. (CINTRA, 2011, p. 37)

4.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Pôde-se observar que um dos principais motivos elencados, senão o principal, para a não aplicação do princípio da insignificância diante do art. 28 é que se trata de crime de perigo abstrato que tutela bem jurídico difuso, a saúde pública.

De fato, segundo a doutrina, os motivos que impedem a incidência do postulado em relação aos crimes que protegem bens jurídicos difusos seriam sua natureza supraindividual, a possível cumulatividade da lesão sofrida por tais bens e “a intenção do legislador de antecipar a proteção de tais bens, tutelando-os por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato, de modo a proteger o bem jurídico do mero risco, não havendo que se falar em insignificância da lesão.” (CINTRA, 2011, p. 109)

Entretanto, o bem jurídico difuso não pode ser tutelado por ser um fim em si mesmo, mas em função de sua relação com os indivíduos e tendo em vista a proteção do ser humano,

de forma que sua legitimação como bem jurídico penal diminui à medida que se distancia da pessoa concreta. Assim, não há como repelir uma possível incidência do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos (CINTRA, 2011, p. 111).

Sobre o assunto, Cintra se manifesta da seguinte maneira:

Se até mesmo lesões a bens jurídicos individuais, que afetam diretamente o ser humano (razão de ser do próprio ordenamento penal), são passíveis de ser consideradas insignificantes, não há por que se afastar esta possibilidade em relação a pequenas lesões a bens jurídicos difusos, que protegem apenas indiretamente o ser humano.

[...]

Exatamente em razão de serem necessários a todos os indivíduos, socialmente tomados, não sendo titularizados por ninguém, não havendo distributividade nem sendo eles consumíveis, os bens jurídicos difusos se distanciam do ser humano, de modo que as lesões a esses bens sejam sempre reduzidas em relação ao indivíduo. Se a lesão já for pequena em relação ao próprio bem jurídico difuso, será mínima em relação ao indivíduo, podendo chegar ao ponto de ser considerada insignificante.

[...]

As características do bem jurídico difuso [...] reforçam ainda mais a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, pois demonstram o distanciamento do bem jurídico difuso em relação ao indivíduo.

[...]

Dessa forma, [...] a característica da supraindividualidade dos bens jurídicos difusos é exatamente o que os torna ainda mais aptos à aplicação do princípio da insignificância. (CINTRA, 2011, p. 111-112)

Quando falamos de crimes de perigo abstrato, apenas se manifesta o perigo em um juízo *ex ante*, ou seja, em uma verificação contiguamente anterior ao acontecimento do fato, pela perspectiva do próprio agente e fundamentado em todo contexto que se tem ciência naquele momento. Nesse caso, “o perigo abstrato existirá se a conduta gerar a possibilidade de ocasionar dano ao bem jurídico tutelado, sendo que este perigo não foi efetivamente criado apenas devido a circunstâncias alheias ao controle do agente, o que se descobre exclusivamente em juízo *ex post*.” (CINTRA, 2011, p. 112)

De fato, o risco ao qual o agente expõe o bem jurídico penalmente tutelado é que deverá ser criminalizado. Fábio Roberto D’Ávila entende que só deverá ser considerada típica a conduta que criar um risco não insignificante, já que “o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico.” (D’ÁVILA, 2007, p. 39)

Em outras palavras, “se a possibilidade de dano ao bem jurídico for insignificante, isto é, se o próprio risco ao qual o bem jurídico está exposto já é insignificante, a conduta não será materialmente típica.” (CINTRA, 2011, p. 113) Da mesma forma a conduta que criar um risco (não insignificante) de lesão absolutamente insignificante ao bem jurídico tutelado.

4.3 O ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06

Ainda que o legislador não lhe tenha atribuído esta denominação, o art. 33 da Lei nº 11.343/06 é comumente conhecido e considerado o crime de tráfico de drogas, constando no rol de crimes do Título IV – Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas. Outros delitos previstos na Lei de Drogas são considerados pela doutrina modalidades de tráfico de drogas, sendo a ele equiparados (SILVA, 2016, p. 72). *In verbis* o art. 33, caput:

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.

Segundo Gomes (2008, p. 180), “o bem jurídico protegido é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata). A saúde pública é um bem jurídico supraindividual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais.”

O objeto material são as drogas, ou seja, as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Trata-se, conforme exposto previamente, de lei penal em branco, pois complementada pela Portaria SVS/MS 344/98 – tendência essa que basicamente subsiste desde as primeiras ordenações relativas aos entorpecentes. Esse sistema de rol taxativo das substâncias divide doutrinadores, pois enquanto uma parcela defende esse posicionamento, apoiando-se no princípio da legalidade, outra entende que o ideal seria atestar seus malefícios por meio de laudo considerando o caso concreto.

Em relação às condutas típicas, algumas são formais e outras materiais, mas é interessante notar que os dezoito verbos que as exprimem foram preservados da Lei nº 6.368/76, sendo nenhum outro adicionado. Luiz Flávio Gomes os elenca e faz uma brevíssima explicação:

São eles: importar (trazer de fora), exportar (enviar para fora), remeter (expedir, mandar), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (dar origem, gerar), fabricar (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), adquirir (entrar na posse), vender (negociar em troca de valor), expor à venda (exibir para venda), oferecer (tornar disponível), ter em depósito (posse protegida), transportar (levar, conduzir), trazer consigo (levar consigo, junto ao corpo), guardar (tomar conta, zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer (abastecer) drogas, ainda que gratuitamente (amostra grátis) (GOMES, 2008, p. 182)

Observa-se que não foi consignada no tipo do art. 33 a ideia de mercancia, portanto o crime se perfectibiliza ainda que seja fornecida de forma gratuita ao consumidor (PACHECO e THUMS, 2008, p. 67). Essa era uma questão tormentosa desde a antiga Lei, em casos de

cessão gratuita a terceiro para juntos consumirem, pois não havia diferenciação, e ainda não há, da finalidade visada com cessão. A controvérsia, contudo, foi sanada já que a nova Lei desse tipo, de menor potencial ofensivo, em seu § 3º do art. 33.

Thums e Pacheco (2008, p. 67-68) aduzem que qualquer conduta que encontre adequação nos arts. 33 a 37 pode ser considerada traficância. Criticam essa técnica legislativa, pois compreendem que a traficância é um requisito que depende de prova da destinação da droga para terceiro, embora não conste do tipo. Segundo os autores, isto gerou um nivelamento de todas as pessoas que tenham qualquer vínculo com drogas que não se destine para consumo pessoal, e continuam, afirmando que “com o intuito de resguardar o princípio da reserva legal e todos os seus desdobramentos e, interpretando a lei de forma sistemática, conclui-se que traficância contém um elemento subjetivo implícito.”

Em regra, está-se diante de um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. A exceção é trazida pelo verbo prescrever, o qual exige condição especial do agente (crime próprio), só podendo ser praticado por médico ou dentista (GOMES, 2008, p. 181). Já o sujeito passivo é a coletividade, cuidando-se de crime vago. Ocasionalmente, poderá ser sujeito passivo secundário a criança, o adolescente ou a pessoa que tem suprimida a capacidade de entendimento ou de autodeterminação (art. 40, VI), que recebam a droga para uso (SILVA, 2016, p. 73).

O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, levando em consideração os vários núcleos verbais do art. 33, e a prática de um dos verbos contidos é suficiente para consumação do delito. Da mesma forma, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica, por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único., incidindo essa questão somente na fixação da pena (GOMES, 2008, p. 183). A exceção se dá quando não houver proximidade comportamental entre as várias condutas, caso em que haverá concurso de crimes.

A exploração de drogas é excepcionalmente autorizada no Brasil, vide os arts. 2º e 31 da Lei nº 11.343/06, portanto para que haja o crime é imprescindível que o agente pratique qualquer uma das condutas elencadas sem autorização ou em descompasso com determinação legal ou regulamentar – ainda que regularmente concedida, o desvio equipara-se a ausência de autorização (GOMES, 2008, p. 184).

Thums e Pacheco, quanto ao reconhecimento do crime, entendem que é preciso ter em conta mais do que o mero montante da droga:

Para reconhecer-se a traficância, deve-se levar em consideração não só a quantidade de droga envolvida no evento, mas um conjunto de circunstâncias, nos termos do art. 28, § 2º (definição da conduta de consumo) e dor art. 52, inc. I (justificativa da

autoridade policial para a classificação do delito: observar a natureza da droga, produto ou substância apreendida, o local ou as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente).

Volta-se a insistir que a quantidade de droga apreendida em poder do agente é apenas um dos parâmetros, mas não o único, para a classificação do delito. A análise desses elementos permitirá concluir pela existência ou não da conduta de tráfico. (THUMS e PACHECO, 2008, p. 68-69)

Só existe a punição na forma dolosa do delito, quer dizer, são necessárias a consciência e a vontade do indivíduo ao praticar as condutas elencadas – este tem que estar ciente de que explora droga sem autorização ou determinação legal. Em se tratando do desconhecimento do agente em relação à guarda, posse etc. da substância entorpecente, configura-se erro de tipo, excludente do dolo e assim da tipicidade.

Quanto às sanções penais, a Lei nº 11.343/06 estabelece reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, mais o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa para o crime do art. 33. Percebe-se o recrudescimento relativo à punição do tráfico de drogas, já que na Lei nº 6.368/76 a pena era de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 30 (trinta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Thums e Pachecho (2008, p. 76-77) alegam ser sem sentido essa grande distância entre a pena mínima e a máxima, observando que é praticamente impossível o magistrado justificar a imposição da pena máxima por apenas uma conduta do tráfico, ainda que tenha majorantes. Para os autores, deve-se sim levar em conta a quantidade de droga diante da lesividade social da conduta, mas ainda assim não é possível alcançar o limite máximo. Ademais, completam dizendo que muitas situações de injustiça são observadas na vida forense e a pena muitas vezes é desproporcional em relação à gravidade da conduta.

É válido aqui trazer brevemente um debate que agita os meios jurídicos. A Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, apesar de não relacionar o crime de tráfico em seu rol taxativo, o fez constar em seu art. 2º, e no § 2º desse dispositivo o equiparou, para efeitos de progressão de pena, aos delitos constantes na normativa – fazendo com que o art. 33 da Lei nº 11.343/06 passasse a ser considerado crime hediondo. Entretanto, com o advento da Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime, houve a revogação do art. 2º, § 2º, fazendo com que grande parte da doutrina compreendesse pelo afastamento do caráter hediondo do tráfico de drogas. Esse, contudo, não foi o entendimento dos ministros do STJ, os quais, julgando habeas corpus que pedia a aplicação, ao delito de tráfico, das frações de progressão de regime previstas na Lei de Execução Penal (LEP) para os crimes comuns, negou o *writ*. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 na Lei nº 8.072/1990 não retiraram a equiparação do delito de tráfico de entorpecentes a crime hediondo.

Por fim, a ação penal nesse caso é pública e incondicionada e em resumo, referente a qualificação doutrinária, está-se diante de crime doloso, comum, de mera conduta, de perigo abstrato e coletivo. O crime é permanente nas condutas de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar, e instantâneo nas demais (SILVA, 2016, p. 78).

4.4 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06

Finalmente, chega-se à parte derradeira e elementar do presente trabalho. Após a pesquisa da história da política antidrogas brasileira e revisão da Lei nº 11.343/06, bem como as experiências de outros países no assunto, adentrou-se, no segundo capítulo, no tema do princípio da insignificância, sua origem e conceito, e em seguida nas especificidades do art. 28 da mencionada lei. Esse esforço inicial culminou na análise da aplicabilidade do preceito diante do crime de porte, posse etc. de droga para consumo próprio, a fim de identificar os argumentos doutrinário e jurisprudenciais favoráveis e contrários à questão.

Neste último capítulo, foram revisitados os conceitos de bem jurídico e crime de perigo abstrato, a relação entre os dois, e posteriormente destrinchou-se o art. 33 da atual Lei de Drogas. Agora, passar-se-á para verificação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação do princípio da insignificância frente ao crime de tráfico de drogas. A intenção é identificar os argumentos favoráveis e contrários e compará-los com os encontrados no segundo capítulo, a fim de compreender se estes podem também servir para afastar a punição, por meio do postulado da insignificância, de condutas tipificadas como tráfico de drogas.

4.4.1 Entendimento doutrinário

Quando se fala sobre o princípio da insignificância em âmbito jurídico penal brasileiro, conforme visto, é inegável que parcela esmagadora dos doutrinadores e juristas já reconhecem o postulado, ainda que não tenha previsão legal em nosso ordenamento. Conforme expõe Cavalcante (2014), esse postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas é aceito em diversos crimes e pode, em tese, ser aplicado para delitos de menor, médio ou alto potencial ofensivo, a depender da situação em concreto e do crime a que se refere.

Todavia, ao tratarmos da possibilidade de incidência do preceito diante do crime de tráfico de drogas encontramos forte resistência na doutrina nacional. Em verdade, parcela majoritária dos pensadores do Direito rejeita essa ideia, de forma tal que são poucos aqueles que sequer ousam versar sobre o tema – este se apresenta quase como uma unanimidade, embora o conteúdo que permitiria chegar à uma conclusão bem fundamentada seja pouco.

Adentrando o universo dos doutrinadores que se revelam contrários ao preceito da insignificância nos casos do art. 33, percebe-se, efetivamente, que os argumentos utilizados são os mesmos aventados automaticamente pela jurisprudência, que por sua vez são uma repetição daqueles usados para a negação do princípio da insignificância diante do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Segundo essa corrente, como síntese, poder-se-ia afirmar que se deve conferir a insignificância com base em uma visão jurídica ampla, e em acordo com os requisitos prelecionados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o crime de tráfico, classificado como de perigo abstrato, não passaria por este crivo, pois ameaça a saúde pública independentemente do montante de droga.

César Dario Mariano da Silva é um dos que adota esse posicionamento e seu pensamento ilustra muito bem o sentimento geral dessa vertente. Tratando da aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas, pontua o autor:

A insignificância da lesão deve ser aferida pela consideração de todo o contexto da ordem jurídica vigente. Não basta, apenas, a insignificância do objeto jurídico ou material tutelado pela norma, mas o grau de intensidade que esses bens jurídicos são atingidos pela conduta.

Para que seja reconhecida a insignificância, o grau de ofensividade deve ser mínimo; a periculosidade social da conduta, inexistente; a reprovação social, diminuta; e a lesão ao bem jurídico, inexpressiva. Assim, não é porque o valor de um bem subtraído é mínimo ou a lesão ao bem jurídico é pequena que deverá ser reconhecido o crime de bagatela.

As mesmas circunstâncias devem ser aferidas no crime de tráfico de drogas. No caso, pouco importa a quantidade do objeto material. Mesmo sendo pouca a droga apreendida o bem jurídico é violado de forma expressiva. Não é porque a quantidade de droga é pouca que ela deixará de colocar em risco a saúde pública, além de afetar a tranquilidade das pessoas. O crime é de perigo abstrato, sendo irrelevante, portanto, a quantidade da droga apreendida. É grande a periculosidade social de quem age de forma a colocar para pronto uso qualquer espécie de droga. Além do mais, a culpabilidade do traficante é elevada. Por isso, não há como reconhecer o crime de bagatela em tráfico de drogas.

A respeito do tema, iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância” (STJ: HC 135508/ES, 6ª turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 07.06.2016. HC 326341/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 10.12.2015). (SILVA, 2016, p. 82-83)

Em uma visão diametralmente oposta à apresentada previamente, existe uma corrente divergente na doutrina que pugna pela aplicação do princípio da insignificância frente ao art.

33. A maioria da doutrina, conforme mencionado anteriormente, enxerga o delito como de perigo abstrato, dispensando a prova de risco, porém cresce no meio jurídico a ideia de que tais crimes violam o princípio da ofensividade ou lesividade ou do *nullum crimen sine injuria*. Segundo Gomes, essas pessoas entendem:

[...] conseqüentemente, que os crimes de perigo são sempre concretos, é dizer, dependem invariavelmente de prova de risco causado, que deve ser real, efetivo. A conduta praticada, em síntese, deve apresentar idoneidade lesiva, ou seja, deve ser capaz de lesar os bens jurídicos envolvidos, incluindo-se os mediatos (vida, integridade física etc.) De qualquer maneira, não se exige a apresentação de uma vítima concreta, porque se trata de um crime de perigo concreto indeterminado (crime que não exige uma vítima concreta e determinada). Fundamental, portanto, é a comprovação da idoneidade lesiva da conduta para os bens jurídicos mencionados. (GOMES, 2008, p. 186-187)

Na verdade, não se trata exatamente de considerar todos os crimes de perigo como concretos, mas demonstrar, nos casos de perigo abstrato, a potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido. Este grupo concebe que para o crime de tráfico de drogas, a exemplo de todos os tipos penais em que se pode graduar, de acordo com a ação praticada, a lesão ao bem jurídico, é imperioso averiguar o conteúdo material do crime. Condutas que não possibilitam a ofensa material não podem determinar responsabilidade penal, inclusive para os crimes de perigo, visto que a noção de perigo é fundamentalmente graduável.

É esse o pensamento de Junior e Tamanini, que afirmam:

Deste modo, entende-se que é perfeitamente possível reconhecer atípicas penalmente, a partir do Princípio da Insignificância, condutas que abrangem quantidades inexpressivas de drogas, sobretudo, quando esses comportamentos não podem, materialmente, causar qualquer afetação ao bem jurídico (concepção teleológico-valorativa). (JUNIOR e TAMANINI, 2021, p. 234)

Os autores ainda rebatem argumentos contrários à aplicação do postulado da insignificância diante do art. 33, como, por exemplo, a inviabilidade da descriminalização da conduta, suposto interesse público na repressão do delito, a natureza ou importância do bem jurídico tutelado e o relevante grau de ofensividade concreta para bens jurídicos de terceiros.

Primeiramente, não se deve confundir descriminalização com despenalização progressiva, a intenção não é eliminar toda intervenção penal em relação às drogas, mas fazê-la de uma forma mínima, em casos de mais alta relevância e excepcionalidade. Alegar que a quantidade de droga comercializada ou apreendida é irrelevante para a configuração do tráfico “diante da expectativa social na atuação repressiva estatal, por óbvio, não encontra amparo nos postulados do Princípio da Intervenção Mínima. Pelo contrário, há deliberado propósito em articular um Direito Penal Máximo em matéria de drogas sob o vago argumento de necessidade de castigo.” (JUNIOR e TAMANINI, 2021, p. 234)

No mais, não se trata de discutir a importância social do bem jurídico penal, muito menos a necessidade de proteção jurídica eficaz – até porque a tutela penal é sempre retardatária -, “mas destacar que por esta via interpretativa estão fabricando punições que, a rigor, não deveriam ocorrer.” (JUNIOR e TAMANINI, 2021, p. 236) E quanto ao relevante grau de ofensividade concreta, não se pode tomar isso como uma verdade absoluta sem antes analisar individualmente cada caso, pois dessa forma “ignora-se a gravidade da lesão (ou, perigo da), diagnosticada na tolerabilidade social da violação ao bem jurídico, o grau de intensidade da ofensa para a vítima e se o emprego do Direito penal não é meramente simbólico.” (JUNIOR e TAMANINI, 2021, p. 231)

4.4.2 Entendimento jurisprudencial

Parte-se, de ora em diante, à análise dos julgados referentes à aplicação do princípio da insignificância nos casos do delito do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Essa verificação acontecerá, tal qual se realizou no segundo capítulo com o art. 28, no âmbito das mais altas instâncias de justiça brasileiras – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O escopo desse procedimento é identificar os argumentos utilizados pelos magistrados para a negação ou aceite da incidência do preceito no crime de tráfico, a fim de entender se os fundamentos jurídicos favoráveis à aplicação do princípio da insignificância frente ao art. 28 também podem servir para afastar a punição de condutas do art. 33. A pesquisa voltou-se para os julgamentos que ocorreram já com a Lei nº 11.343/06 em vigência.

Iniciando pelo STJ, pode-se afirmar que a jurisprudência da Corte é assente em negar a aplicação do princípio em casos de tráfico de drogas, geralmente reproduzindo os mesmos argumentos. São inúmeros os exemplos, e a seguir serão expostos alguns para demonstrar essa posição:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. Precedentes do STJ.

2. Recurso ordinário improvido.

(RHC n. 57.761/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe de 7/10/2015.)

Esse caso trata-se de recurso em *habeas corpus* impetrado por réu que foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 28, caput, e 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em concurso formal, pela suposta conduta de importar matéria-prima e insumo destinado à preparação de drogas. Especificamente 0,10 g (dez centigramas) de sementes de cannabis e, para consumo pessoal 0,52 g (cinquenta e dois centigramas) de droga, especificamente Sálvia 'x' (Salvionina 'A'), substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil.

A tese de atipicidade material foi refutada em primeira instância e a denúncia recebida. A defesa impetrou HC na Corte local, que também foi denegado, fazendo com que o recorrente chegasse ao STJ, sustentando que o acórdão merecia reforma, pois a conduta seria insignificante sob ponto de vista jurídico penal – pedia assim o trancamento da ação penal.

O relator, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, entendeu que a razão não assistia ao réu, justificando sua decisão de negar provimento ao recurso apenas alegando que a jurisprudência do Tribunal é pacífica quanto à não aplicação do princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas. O motivo para essa uniformidade jurisprudencial, segundo o Ministro, é por ser crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida. No mais, cita outros dois julgados da Corte, cujos teores apresentam a mesma fundamentação.

Mais um processo constante no STJ:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO. ANTECEDENTES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação pelo crime de tráfico de drogas, mediante fundamentação suficiente e idônea para tanto, de modo que, para entender-se pela absolvição do acusado, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do recurso em habeas corpus, de cognição sumária.
2. A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância.
3. Configura manifesto constrangimento ilegal a valoração desfavorável de circunstâncias judiciais mediante fundamentos genéricos, desprovidos de elementos concretos e inerentes ao próprio tipo penal violado.
4. Não há como afastar a valoração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, porque a documentação trazida aos autos não permite aferir, com segurança, se, por ocasião do cometimento do delito em espécie, o paciente efetivamente não ostentava nenhuma condenação anterior transitada em julgado geradora de maus antecedentes.
5. Como consequência da redução de pena efetivada, deve-se proceder ao ajuste no regime de cumprimento da reprimenda, fixando-se ao paciente o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, porquanto,

embora haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal (maus antecedentes).

6. Em razão da existência de maus antecedentes, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há como ser determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, em observância ao disposto no art. 44, III, do Código Penal.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente e estabelecer o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

(HC n. 135.508/ES, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2016, DJe de 21/6/2016.)

Este segundo julgado se refere a *habeas corpus* impetrado por réu condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto à época no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Foi preso em flagrante após cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, onde foram apreendidos 7,6 gramas de maconha e outros materiais, como fita crepe e sacos plásticos, que supostamente eram utilizados para o preparo e comércio da droga. A defesa apelou da condenação, mas o Tribunal não conheceu o pedido revisional ante a impossibilidade de reapreciar argumentos já apresentados.

Assim, foi impetrado o remédio constitucional, sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal, ao fundamento de que "as provas carreadas aos autos não evidenciam em nenhum momento a participação do Revisado na tipificação criminosa a ele imputada". Da mesma forma, alegou que foi apreendido com quantidade ínfima de droga, de modo que deveria ser absolvido. Subsidiariamente, pleiteou a redução da pena-base aplicada.

O relator, Min. Rogerio Schietti, não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu ordem de ofício, mantendo inalterada a condenação do indivíduo e afastando a incidência do princípio da insignificância, para somente reduzir em parte a pena-base. Em sua curta justificativa para negar a aplicação do preceito, afirmou que embora a quantidade de droga fosse reduzida, não se poderia esquecer que a jurisprudência do STJ é muito bem estabelecida nesse sentido, não importando a porção da substância, visto se tratar de crime de perigo abstrato.

De fato, é essa a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça quando em face da controvérsia sobre a possível aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico. Desde o início da vigência da Lei nº 11.343/06, o que se verifica é a unânime negação, geralmente armada da mesma argumentação utilizada para afastar a incidência do preceito no delito do art. 28 – é um crime de perigo abstrato que tutela bem jurídico difuso, portanto, o risco efetivo é absolutamente presumido por lei. Interesse público na repressão e relevantes grau de ofensividade, argumentos um tanto superficiais se não forem aprofundados conforme o caso concreto, também aparecem, mas em geral a fundamentação da Corte não se distancia desse

substrato. Além dos dois julgados expostos, pode-se citar o HC 240.258/SP, Rel. Min. Laurita Vaz e o HC 104.158 como exemplificação dessa posição.

O panorama muda um pouco ao se investigar o Supremo Tribunal Federal. Um pouco, pois em uma visão integral o entendimento dos ministros guardiães da Constituição não difere daquele encontrado no STJ. Contudo, ver-se-á que recentemente foi proferida decisão paradigmática por parte de seus magistrados, que vai de encontro à reiterada negação da aplicação do princípio da insignificância no tocante ao art. 33.

Inicialmente serão abordados os julgados desfavoráveis à incidência do preceito. Vejamos:

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de Colegiado ou individual. TRÁFICO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PEQUENA QUANTIDADE – INSIGNIFICÂNCIA. O tráfico, pouco importando a quantidade da substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio da insignificância. (HC 141500, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-2019)

Trata-se de caso em que o réu foi condenado em primeira instância a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, ante a prática do delito do art. 33, por comercializar 0,33 gramas de cocaína. A apelação da defesa foi desprovida, chegando-se assim ao STJ, por meio de *habeas corpus* que foi indeferido liminarmente. Foi requerido precariamente, no STF, que o réu fosse colocado em liberdade até o julgamento final do HC, e no mérito que fosse reconhecida a atipicidade material da conduta por meio do princípio da insignificância.

O pedido de medida acauteladora não foi conhecido pelo relator, Min. Marco Aurélio, o qual, em julgamento definitivo, reiterou o que havia assentado previamente: não cabe a alegada insignificância do delito, visto que o tráfico, pouco importando a quantidade de substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio. Ademais, ressaltou que ainda foram encontradas 0,57 gramas de maconha e a quantia de R\$ 34,00.

A ordem foi indeferida por unanimidade, de modo que os outros Ministros não acrescentaram argumentos à questão, com exceção do Min. Luís Roberto Barroso. Este acompanhou o relator e afirmou ressaltar seu entendimento quanto ao cabimento do princípio já que, embora as quantidades fossem pequenas, o réu era reincidente e ostentava maus antecedentes.

Essa é uma delicada questão, pois a posição que normalmente prevaleceu na jurisprudência é a de que não se aplica o princípio da insignificância para réus reincidentes ou que respondam a outros inquéritos ou ações penais, vide as seguintes decisões: STF, 1ª Turma,

HC 109.705, Rel. Min. Roberto Barroso; STF, 2ª Turma, HC 117.083, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, 1ª Turma, HC 102.088, Rel. Min. Cármen Lúcia (CAVALCANTE, 2014, p. 3-4). Todavia, recentes decisões vêm em sentido contrário, como o AgRg no HC 198.437/SE, o HC 210.032/MG e o HC 210.024/MG, relatados pelo Min. Gilmar Mendes, e o HC 176.564/SP, relatado pela Min. Rosa Weber. Nos casos do Min. Gilmar Mendes, o entendimento é de que o princípio da insignificância atua na exclusão de tipicidade, sendo, portanto, irrelevantes os dados da vida pregressa do réu, circunstância afetas à individualização da pena. Já a Min. Rosa Weber aduziu que a incidência do preceito deve ser analisada caso a caso e que a reincidência “não impede por si só que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, sendo indispensável averiguar o significado social da ação e a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada.” (CONJUR, 2021)

Na esteira desse posicionamento contrário à aplicação do princípio, vislumbra-se outro julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 185681 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-08-2020 PUBLIC 20-08-2020)

É um caso de agravo regimental no HC 185.681/SP, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Refere-se a um cidadão condenado à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, pois tinha em depósito, com a finalidade de entregar ao consumo de terceiro, 1,02 gramas de crack. Após a apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu-lhe parcial provimento, afastando a reincidência e reduzindo a pena aplicada ao patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Na tentativa de absolvição em razão da atipicidade da conduta, a defesa interpôs Recurso Especial, não admitido, e em seguida *habeas corpus* no mesmo tribunal, o qual não foi conhecido pelo relator, em decisão mantida pela Quinta Turma ao negar provimento ao subsequente Agravo Regimental.

Na inicial do HC no STF, a defesa reiterou a alegação de atipicidade da conduta tendo em visto o princípio da insignificância, ordem que foi indeferida pelo Min. Alexandre de Moraes, o qual sem seguida continuou a discordar da defesa do réu, ao negar provimento ao agravo. A Turma, em sua maioria, acompanhou o relator, cuja fundamentação para afastar a incidência do preceito baseou-se no acórdão impugnado do STJ. Reiterou o que havia sido dito neste documento, ou seja, a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo

irrelevante a quantidade de droga apreendida. Mencionou ainda julgados do STF que corroboram essa afirmação, como o anteriormente mencionado HC 141.500, e o HC 129.489, relatados pelo Min. Marco Aurélio e o HC 102.940, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski – todos estes apoiados no mesmo argumento, diga-se, o fato do crime ser de perigo abstrato e considerado o bem jurídico tutelado, a saúde pública.

Dessa maneira, é notável que as decisões contrárias à aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas são muito similares àquelas contrárias à aplicação do princípio no crime do art. 28. A fundamentação é praticamente inalterada destas para aquelas. Consiste, essencialmente, em afirmar que se trata de crime de perigo abstrato, logo o risco ao bem jurídico tutelado, saúde pública, é presumido por lei e torna-se irrelevante a quantidade de droga envolvida em cada caso – bem como atestar que este é entendimento assentado pelas cortes. Pode-se ver, entretanto, que se cuida de uma argumentação desprovida de profundidade dogmática, distante da realidade concreta de cada caso – o que muitas vezes leva a uma ofensa a princípios do direito penal. Em função disso, requer sempre recursividade, ou seja, estamos diante de decisões baseadas em poucas linhas de análise que se sustentam citando outras decisões baseadas em poucas linhas de análise, e por aí se segue, em um ciclo quase sem fim.

Cumprindo com o que foi dito anteriormente, tem-se, contudo, recente decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, a qual entendeu pela aplicação do princípio da insignificância diante do art. 33 da Lei nº 11.343/06: trata-se 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.

(HC 127573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019)

Esse julgado se refere ao caso de uma mulher condenada em primeira instância à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes – art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Segundo consta dos autos, foi presa em flagrante por vender 1 g (um grama) de maconha. A defesa interpôs apelação, negada pelo Tribunal, e em seguida *habeas corpus* perante o STJ, sustentando a desproporcionalidade entre os fatos e a pena aplicada, pleiteando então a aplicação do princípio da insignificância.

A Quinta Turma do STJ não conheceu do *writ*, sustentando que não é admissível a incidência do preceito em relação ao crime de tráfico drogas, pois se trata de crime de perigo abstrato, no qual os objetos jurídicos tutelados são a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida. No HC impetrado no STF, a defesa aduziu que os fatos concretos e as provas reconhecidas pelas instâncias inferiores não permitiam a subsunção do caso ao art. 33 e ainda que a conduta era atípica, vez que quantidade de droga era ínfima e, assim, incapaz de causar lesão à saúde pública.

A Segunda Turma da Corte, por maioria, concedeu a ordem considerando a atipicidade material da conduta, nos termos do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes. Conforme será analisado, o Ministro proferiu um aprofundado parecer, fundamentado solidamente e rebatendo a argumentação geralmente encontrada para negar casos dessa espécie.

O Min. Gilmar Mendes principiou afirmando que não havia indícios de que a condenada havia anteriormente comercializado maior quantidade de droga e que tal condenação feria gravemente os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da insignificância. Sobre o princípio da proporcionalidade, explanou que ele pode incidir tanto em uma norma em abstrato e sua validade, quanto, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em caso concreto. Segundo o relator, isto significa que “qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais, no momento da aplicação da norma, deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade”, ou seja, deve haver equilíbrio ente a punição que recai sobre o infrator e os objetivos almejados pelo legislador, no caso, proteção ao bem jurídico.

O também exímio doutrinador, explica que o princípio da proporcionalidade se divide em dois subprincípios, o da adequação e da necessidade, e ainda há um terceiro nível no qual se analisa a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro demanda que a intervenção mostre-se apta a atingir os objetivos pretendidos enquanto o segundo “significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”. Em outras palavras, se houver solução adequada e menos onerosa para consecução do objetivo, o meio não será necessário. O Relator continua:

Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Ademais, na dogmática alemã, é notória a distinção entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), o qual atua como um norte para evitar intervenções inconstitucionais, e o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), onde os direitos fundamentais funcionam como imperativos de tutela, imprimindo ao preceito uma estrutura diferenciada. Como conclusão dessa parte, escreveu o Relator:

O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Importante destacar a existência de parâmetros de controle.

É importante frisar que o princípio da proporcionalidade obsta não apenas a criminalização primária de condutas irrelevantes, mas também o processo de criminalização secundária, de maneira a conduzir o julgador a interrogar se aquela punição, prevista em lei, é proporcional à extensão do dano provocado pelo réu no caso concreto.

É inadmissível o oferecimento de uma pena tão gravosa para reprimir o tráfico de 1g (um grama) de maconha, se mostra uma resposta inadequada e desnecessária, e em relação ao controle da proporcionalidade em sentido estrito é algo inclusive chocante. Ainda, em casos como esse que envolvem quantidade irrisória de entorpecente, é gritante a desproporcionalidade da pena em abstrato prevista para o tipo penal, mostrando-se a adoção do princípio da insignificância um sensato remédio para a desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal. O Ministro acredita que a jurisprudência deve caminhar para estabelecer critérios dogmáticos objetivos que diferenciem o tráfico de quantidades expressivas daquele em que o montante de droga é ínfimo, e a adoção do princípio da insignificância nesses casos é um passo importante.

Passando a tratar do preceito em si e sua incidência no crime do art. 33, o Relator confirma a tendência jurisprudencial da Corte em negar sua aplicação, mas entende que a razão para essa recusa “está muito mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária do que propriamente a uma impossibilidade dogmática.” O carro-chefe da fundamentação daqueles que pugnam a inaplicabilidade do princípio da insignificância, como demonstrado ao longo desta pesquisa, é o argumento de que é um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos, logo afasta o emprego do preceito. No entanto, ele pondera, “tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.” Isso porque:

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou de probabilidade, e não um juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. É preciso que

haja, de todo modo, uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido, já que o juízo de probabilidade que fundamenta os crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade de risco de dano. Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.

Na construção de seu raciocínio, o magistrado também cita Pierpaolo Bottini, autor que trata do tema crime de perigo abstrato e que expõe muito claramente:

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

Apreende-se, do julgado, que o Ministro entende ser um erro a presunção absoluta de risco de dano nos crimes de perigo abstrato. Para o bem jurídico tutelado pela norma penal, tratando-se de cuidado de perigo, pode haver: I) demonstração de dano; II) demonstração da certeza de risco de dano; III) demonstração da possibilidade de risco de dano; IV) não demonstração da possibilidade de risco de dano ou impossibilidade de risco de dano. Essas situações dizem respeito, respectivamente, ao crime de dano, ao crime de perigo concreto, ao crime de perigo abstrato e à conduta atípica. Quer dizer que não existindo uma cristalina constatação da possibilidade de risco de dano ao bem jurídico tutelado, está-se diante de uma conduta atípica materialmente, mesmo que haja a subsunção formal.

É tecida então uma delimitação da tipicidade material em suas dimensões positiva e negativa. A primeira diz respeito a saber se a norma protege um valor da sociedade digno de ser tutelado pelo direito penal. Já a segunda trata do grau de lesividade da conduta concreta ao bem jurídico protegido – saber em que grau esse bem é ofendido. É nessa dimensão que aparece “na doutrina italiana o princípio da ofensividade, que prevê, em síntese, que não há tipicidade material, e, portanto, não há crime, quando a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico.”

Em suas considerações finais, o Relator sintetiza o que foi lecionado, apontando que o princípio da insignificância é um critério dogmático a ser empregado quando diante da análise da tipicidade material. Assim:

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

Como conclusão, o Min. Gilmar Mendes afirma não haver impedimentos à aplicação do princípio da insignificância nesse caso, pois a ofensividade é irrisória e a possibilidade de risco de dano ao bem jurídico tutelado é totalmente descartada. A quantidade de droga comercializada é tão pequena que não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo a paz social, a segurança ou a saúde pública, afastando-se a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Dessa forma, foi concedida a ordem para considerar a atipicidade material da conduta.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo a análise da aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas. O ponto fulcral era entender se tal preceito afasta a punição de condutas tipificadas no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e para tanto traçou-se como objetivo principal a investigação dos argumentos favoráveis e contrários, utilizados pela doutrina e jurisprudência, à sua incidência nos casos do mencionado delito.

Partiu-se da posição de que os argumentos jurídicos, especialmente os baseados na quantidade de droga ilícita, apresentados para justificar a aplicação do princípio da insignificância nos casos do crime do art. 28 da mesma Lei serviriam também para afastar a punição de condutas tipificadas como tráfico de drogas.

Visto que a motivação para realizar a pesquisa surgiu de uma inquietação quanto ao sistema prisional brasileiro, pois além de superlotadas nossas prisões estão inundadas com condenados pelo crime de tráfico envolvendo quantidades irrisórias de drogas, dividiu-se o trabalho em três momentos. Primeiramente foi abordada a política antidrogas brasileira, sua evolução histórica até o surgimento da Lei nº 11.343/06, bem como a experiência de outros países no tema. Em seguida, adentrou-se no conceito e origem do princípio da insignificância e no crime do art. 28, a fim de entender como funciona essa relação entre preceito e delito aos olhos da doutrina e jurisprudência. Por fim, foram apresentadas considerações acerca das noções de bem jurídico e crime de perigo abstrato, as caracterizações do art. 33 e as visões doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da insignificância diante de tal crime.

Na primeira parte, pôde-se observar que, apesar de os primeiros esforços despendidos em solo brasileiro para combater o uso e tráfico de drogas terem acontecido muito antes do Império, foi somente em meados do século XX que o Estado realmente passou a se importar com o tema. Apesar dos inúmeros decretos, leis e regulamentações, progressos e retrocessos, notou-se que a legislação pátria sempre tendeu à uma abordagem mais repressiva, tanto em relação ao traficante como ao usuário de substâncias tóxicas, como também foi muito influenciada pelo conceito de guerra às drogas estabelecida pelos Estados Unidos da América.

A Lei nº 11.343/06, discutida e editada no começo deste século, mostrou-se inovadora e acompanhou as tendências mundiais mais modernas na abordagem do tema drogas, mas ainda assim falhou em certos aspectos, como, por exemplo, não ter definido critérios objetivos, baseados na quantidade de substância entorpecente, para a distinção entre os crimes do art. 28 e art. 33.

Na pesquisa da política antidrogas de outros países, notou-se que diversos deles definiram quantidades máximas de droga para serem usadas como parâmetros definidores das condutas, o que facilita o trabalho da autoridade policial e do juiz, ao, respectivamente, enquadrar a ação praticada e julgar os supostos crimes cometidos. No mais, verificou-se que houve Estados que optaram por se afastar de uma atitude mais bélica em relação aos estupefacientes, promovendo a descriminalização do consumo pessoal e até mesmo a legalização de certas substâncias.

A segunda parte do trabalho mostrou-se fundamental, pois possibilitou estabelecer uma delimitação conceitual do princípio da insignificância, bem como entender seus fundamentos jurídicos. Destacou-se que a origem do preceito, conforme entende a maioria da doutrina, vem do direito romano, mais especificamente da máxima *de minimis non curat praetor*, o qual declarava que o pretor não deveria se ocupar com casos insignificantes. Durante o Iluminismo e sua batalha contra o despotismo monárquico, houve um resgate dessa noção, de modo que se percebe, mesmo que indiretamente, a presença do princípio em importantes documentos legais da história. Contudo, foi durante o século XX, em função de pequenos furtos cometidos durante o período de miséria do pós-guerra e a noção de crimes de bagatela, que o conceito do princípio da insignificância começou a tomar a forma atual – o jurista alemão Claus Roxin, na década de sessenta, foi o responsável por cunhar o termo e elaborar suas considerações doutrinárias.

Verificou-se que o princípio, cuja primeira aparição em jurisprudência brasileira ocorreu nos anos oitenta, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material. Embora não esteja expresso em nosso ordenamento jurídico, apoia-se e é consequência direta de princípios do direito penal, como os princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da lesividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade – em suma, é um instrumento de interpretação restritiva e sua aplicação tem por efeito o afastamento da tipicidade material de fatos praticamente não importantes e provocadores de lesões irrisórias.

Em relação à aplicação do princípio da insignificância diante do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, popularmente conhecido como crime de consumo pessoal de drogas, demonstrou-se que a doutrina se divide, parte contrária, parte favorável. Os argumentos contrários afirmam que com o abrandamento da pena ao usuário a partir da Lei nº 11.343/06 não há mais que se falar em desproporcionalidade entre crime e punição, e que sua aplicação nesses casos desvirtuaria a norma. Entendem também esses doutrinadores que se trata de crime de perigo abstrato, o qual tutela bem jurídico difuso, logo o risco de dano é presumido por lei e é irrelevante a quantidade de droga envolvida. Em verdade, explicitou-se que esse é o principal

argumento tanto da doutrina como da jurisprudência de nossas mais altas cortes de justiça, as quais adotam majoritariamente essa posição contrária à aplicação do preceito. Foi importante notar que, ao adotar esse posicionamento e argumentação, descartam-se completamente argumentos jurídicos baseados na quantidade de drogas ou critérios objetivos para auxílio da decisão.

Contudo, consoante o que se revelou no segundo capítulo, existe uma linha doutrinária que pugna pela incidência da insignificância, afastando-se de um automatismo dogmático, e que compreende que quando se lida com uma quantidade muito pequena de droga o correto é a aplicação do princípio. De fato, foi demonstrado que há julgados do Supremo Tribunal nesse sentido, que não tomaram a arquitetura dogmática do crime de perigo abstrato como uma presunção absoluta do risco de dano, e conseqüentemente consideraram atípicas materialmente condutas do art. 28 envolvendo mínimas porções de estupefacientes, embora, novamente, não se tenha uma quantidade máxima definida que possibilite ou não a aplicação do princípio.

Por fim, anotou-se que em relação ao crime de tráfico de drogas a postura majoritária da doutrina e jurisprudência é pela não aplicação do princípio da insignificância, de modo que os argumentos para essa negação se mostram basicamente idênticos àqueles aventados para dispensar a incidência do preceito frente ao art. 28 – crime de perigo abstrato, que tutela bem jurídico difuso, não suportando a noção de insignificância. Apontou-se que a maioria dos julgados pesquisados se sustentam somente nesse arrazoamento, pouco aprofundando suas análises dogmáticas caso a caso e citando precedentes que foram igualmente fundamentados de maneira muito superficial, quase que mecanicamente.

Entretanto, revelou-se que também para o crime de tráfico de drogas existe uma pequena corrente doutrinária, e inclusive jurisprudencial, que advogam pela aplicação do princípio da insignificância nos casos envolvendo quantidades mínimas de droga. Essa parcela de juristas concebe que a presunção absoluta do risco nos crimes de perigo abstrato fere os princípios da ofensividade e lesividade, sendo necessária a averiguação do conteúdo material do delito.

Não se trata de uma descriminalização ou ausência de intervenção penal em relação às drogas, e sim de uma intervenção de forma reduzida, em casos de alta relevância e excepcionalidade, afastando o argumento de necessidade de castigo e conforme o postulado da intervenção mínima. É indiscutível a importância social do bem jurídico tutelado penalmente, porém ao se ignorar o grau de ofensividade no caso concreto, e conseqüentemente a gravidade da lesão, ou perigo desta, adota-se uma via interpretativa que fere direitos fundamentais e fabrica graves punições que não deveriam ocorrer.

É o que se colheu, durante a parte final da pesquisa, do paradigmático HC 127.573, relatado pelo Min. Gilmar Mendes. De seu voto muitíssimo bem fundamentado, apreendeu-se que os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, de modo que se esta não acontecer, estar-se-á diante de um comportamento atípico do ponto de vista material. Não se pode afirmar que o tráfico de quantidades verdadeiramente irrisórias de droga lesione ou coloque em perigo bem jurídico tutelado que for, não há lesividade material da conduta.

Assim, chegou-se à conclusão de que, a despeito da reiterada posição das altas cortes de justiça brasileiras, a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de drogas não está ligada à uma impossibilidade dogmática. Em verdade, esta inaplicabilidade automática do preceito se revela uma arbitrária decisão político-criminal, cuja consequência é a enorme desproporcionalidade entre a pena e a proteção do bem jurídico, e a condenação absurda de milhares de indivíduos.

O Direito deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o grande traficante daquele que lida com quantias minúsculas de entorpecentes. A adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas é um notável passo nessa direção, de modo que os argumentos jurídicos utilizados para justificar a incidência do preceito diante do art. 28 podem servir também para afastar a punição de condutas tipificadas no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Lex, n. 94. p. 72-77, abr./jun./ 1988.

ALLONI, Rafael Tobias de Freitas. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. Brasília: SENAD, 2017.

ALONSO, M. B. **Cannabis social clubs in Spain: a normalizing alternative underway**. Federation of Cannabis Associations. Series on Legislative Reform of Drug Policies, n. 9, jan. 2011.

ARGENTINA. Suprema Corte. **Recurso de Hecho. Causa nº. 9080**. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Conjur, 2012. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta#:~:text=Por%20isso%2C%20s%C3%A3o%20chamados%20por,sem%20qualquer%20men%C3%A7%C3%A3o%20ao%20resultado.>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BARRETO, Menna. **Estudo da nova lei de tóxicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 mai. 2022.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em 18 mai. 2022.

_____. **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, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen, junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-tercafeira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 729.332/SP**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20729332>. Acesso em: 13 jul 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC 57.761/SE**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500586758&dt_publicacao=07/10/2015. Acesso em: 15 jul 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 158.955/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000030663&dt_publicacao=30/05/2011>. Acesso em: 07 jul 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HC 135.508/ES**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900849224&dt_publicacao=21/06/2016. Acesso em: 15 jul 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **RHC n. 34.466/DF**. Rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202476919&dt_publicacao=27/05/2013>. Acesso em: 07 jul 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no RHC 147.158/SP**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101414087&dt_publicacao=01/06/2021>. Acesso em: 07 jul 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 728.688 AgR**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4633130>. Acesso em: 08 jul 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **HC 110.475/SC**. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>. Acesso em: 10 jul 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **HC 102.940/ES**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>. Acesso em: 08 jul 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **AgRg no HC 202.883/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757339753>. Acesso em: 10 jul 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412-0/SP**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 141.500/SP**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246201>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.573/SP**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>>. Acesso em 20 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RTJ 129/87**.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Conectas, 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/?gclid=Cj0KCCQjw1ZeUBhDyARIsAOzAqQJQ42o9ptafJk8ezVwdHMZmnrIkorD378yVgWyZ1AKsrlmDqn4pzHYaAmgJEALw_wcB>. Acesso em: 22 mai 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017.

CANÁRIO, Pedro. **"Discussão sobre investigação pelo MP é maniqueísta"**. Conjur, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-14/entrevista-guilherme-souza-nucci-juiz-substituto-tj-sao-paulo>>. Acesso em: 19 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2016.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996.

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.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. 1º ed. Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2014/07/principio-da-insignificancia-no-direito.html>. Acesso em: 13 jul 2022.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

CORBELLE, F. **Proyecto Desigualdades Sociales e Implementación de Políticas Públicas na América Latina**: políticas de atenção e cuidado a pessoas que fazem uso problemático de substâncias psicoativas. Argentina: Ipea/CEPAL, 2019. (Relatório parcial de pesquisa).

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DÁVILA, Fábio Roberto. **O ilícito penal nos crimes ambientais**. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, julho-agosto/2007, p. 28/58.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 4/2015**, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Sevilla, 2015. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442#ddunica> > Acesso em: 29 jun 2022.

ESPECIATO, I. M.; ROSA, P. N. M. Política Criminal de Drogas: Proibicionismo e Alternativas. In: ÁVILA, G. N.; DE MELLO, M. M. P.; VIANNA, T. L. (Org.). **Criminologias e política criminal**, p. 360-368. Florianópolis: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio [et al]. **Lei de Drogas comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **A nova orientação político-criminal para o crime do uso de droga**. Brasília. *Revista CEJ* Ano XI, n. 37, p. 44-47, abr./jun. 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNIOR, Airto Chaves; TAMANINI, Samara Sandra. **A atipicidade material do fato correspondente ao tráfico de drogas frente ao princípio da insignificância**. In *Revista Duc in Altum*, Cadernos de Direito, vol. 13, nº 29, jan. – mar. CIHJUR – Faculdade DAMAS, 2021, p. 209 – 246. Disponível em:

<https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1469/1040>. Acesso em: 13 jul 2022.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vicos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MUSTO, C. **Panorama de los tratamientos para usuarios problematicos de drogas en Uruguay**. Relatório parcial de pesquisa. Uruguay, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PACHECHO, Vilmar; THUMS, Gilberto. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

PEREIRA, Néli. **Lei de Drogas é “fator chave” para aumento da população carcerária, diz ONG**. BBC, 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38590880>>. Acesso em 22 mai 2022

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: Javoli, 1980.

PORTUGAL. **Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro**. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Lisboa: Assembléia da República, 2000. Disponível em: < <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/30-2000-599720>> Acesso em: 29 jun 2022.

Princípio da insignificância deve ser aplicado em reincidência? Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/357195/principio-da-insignificancia-deve-ser-aplicado-em-reincidencia>. Acesso em: 15 jul 2022.

Princípio da insignificância se aplica mesmo em caso de reincidência do réu. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/principio-insignificancia-aplica-mesmo-reincidencia>. Acesso em: 15 jul 2022.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: parte geral. 7. ed., completamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUINTAS, Jorge. Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: Shecaira, Sérgio Salomão (Org.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, p. 65-81, 2014.

RODRIGUES, T. Tráfico, guerra, proibição. In: LABATE, B. C. et al. (Org.). **Drogas e Cultura**: novas perspectivas, p. 91-103, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Politica criminal y sistema del derecho penal**. Barcelo: Bosch, 1972.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3.ed. Lisboa: Editora Vega, 1998.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

SÁNCHEZ, J. M.; NAVARRO, S. S.. **Uso terapêutico del cannabis y creación de establecimientos para su adquisición y consumo**: viabilidad legal. Boletín Criminológico. Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2000.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan./mar. 1990.

SEIBEL, Sérgio. A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública. Disponível em: <
http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4744-A-Lei-113432006-sobre-drogas-e-o-impacto-na-saude-publica > Acesso em 22 mai. 2022.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: Shecaira, Sérgio Salomão (Org.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. Ed. fac-sím. Rio de Janeiro : Livr. Jacyntho, 1932.

SOARES, Milena Karla. CEM ANOS DE REGULAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS NA AMÉRICA LATINA: O QUE NOS DIZEM AS TRAJETÓRIAS DE ARGENTINA, BRASIL, URUGUAI, COLÔMBIA E MÉXICO? In: PIRES, Roberto e SANTOS, Maria Paula (Org.).

Alternativas de Cuidado a Usuários de Drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública, p. 19-40. Brasília: IPEA: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), 2021.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06):** Pós-Reformas do CPP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Supremo Tribunal Federal adia julgamento de porte de drogas para uso pessoal. **Conjur**, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-13/stf-adia-novamente-julgamento-descriminalizacao-drogas>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho penal.** Traducción de Monica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1989.

URUGUAI. **Decreto-ley nº 14.294, 23 de octubre de 1974.** ESTUPEFACIENTES. COMERCIO ILICITO. COMERCIALIZACION Y USO. ESTABLECIMIENTO MEDIDAS. Montevidéo. Disponível em: < https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=05-06-1973&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=27-06-2022&Ltemas=estupefacientes&tipoBusqueda=T&Searchtext=&page=1> Acesso em: 27 jun 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal:** parte general. Vol. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política Criminal Latinoamericana:** perspectivas y disyuntivas. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)
(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

Aos **22** dias do mês de **julho** do ano de 2022, às **14** horas e **30** minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: <https://meet.google.com/efn-ndgb-smf> intitulado “**Da aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Tomás Borges de Almeida Cunha**, matrícula nº **15101345**, composta pelos membros **Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza**, **Damaris Mendonça**, **Felipe D’Élia Camargo** e **Soraya Teshima**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

(x) Aprovação Integral

() Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 22 de julho de 2022.



Documento assinado digitalmente

Claudio Macedo de Souza
Data: 22/07/2022 17:36:20-0300
CPF: 608.565.726-91

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza

Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

Damaris Mendonca
Data: 22/07/2022 17:59:56-0300
CPF: 032.371.420-00

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>



Documento assinado digitalmente

FELIPE D'ELIA CAMARGO
Data: 23/07/2022 14:06:48-0300
CPF: 046.128.349-25

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

ondonça (PPGD/Mestranda)

Membro de Banca

Felipe D’Élia Camargo (PPGD/Mestrando)



Documento assinado digitalmente

Felipe D'Elia Camargo
Data: 22/07/2022 17:34:04-0300
CPF: 053.352.369-90

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Soraya Teshima (PPGD/Mestranda)

Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Da aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Tomás Borges de Almeida Cunha, defendido em **22/07/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 22 de julho de 2022



Documento assinado digitalmente

Claudio Macedo de Souza

Data: 22/07/2022 17:36:55-0300

CPF: 608.565.726-91

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

Damaris Mendonca

Data: 22/07/2022 18:00:35-0300

CPF: 032.371.420-00

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Damaris Mendonça (PPGD/Mestranda)
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

FELIPE D ELIA CAMARGO

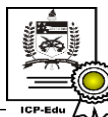
Data: 23/07/2022 14:07:28-0300

CPF: 046.128.349-25

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Felipe D'Élia Camargo (PPGD/Mestrando)

Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

Soraya Teshima

Data: 22/07/2022 17:34:41-0300

CPF: 053.352.369-90

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Soraya Teshima (PPGD/Mestrando)

Membro da Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS



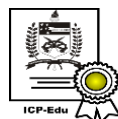
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Tomás Borges de Almeida CunhaRG:
5.289.210
CPF: 097.899.509-00
Matrícula: 15101345
Título do TCC:
Orientador(a):

Eu, Tomás Borges de Almeida Cunha, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 22 de julho de 2022.



Documento assinado digitalmente

Tomás Borges de Almeida Cunha

Data: 22/07/2022 17:09:16-0300

CPF: 097.899.509-00

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Tomás Borges de Almeida Cunha