



LYNCON MARINHO DOS SANTOS

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
A (IN)APLICABILIDADE DIANTE DA LEI 11.343/06

LYNCON MARINHO DOS SANTOS

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
A (IN)APLICABILIDADE DIANTE DA LEI 11.343/06

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte
Novo de Apucarana – FACNOPAR.

Profa. Dra. Fernanda Eloise Shimitd
Ferreira Feguri

LYNCON MARINHO DOS SANTOS

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:
A (IN)APLICABILIDADE DIANTE DA LEI 11.343/06.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte
Novo de Apucarana – FACNOPAR.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Apucarana, XX de Xxxxx de 2021.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA:

A (IN)APLICABILIDADE DIANTE DA LEI 11.343/06.

Lyncon Marinho dos Santos

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; 2.1 RESUMO HISTÓRICO E CONCEITO; 2.2 APLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3 A OBSCURIDADE ENTRE O AGENTE USUÁRIO *VERSUS* O AGENTE TRAFICANTE; 3.1 DOS VERBOS; 3.2 DA PEQUENA QUANTIDADE; 4 A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06; 4.1 SOB VISTA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIAS; 5. A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE TRÁFICO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06; 5.1 SOB VISTA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIAS; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso analisa a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância diante da Lei 11.343/06. Abordando a conceituação e o resumo histórico do princípio da insignificância, observando-se como vem a ser decidido nos tribunais superiores e como pensa a doutrina acerca do tema. Logo após explanou-se a confusão retratada entre um usuário de drogas e um traficante de drogas, bem como o que é considerado pequena quantidade sob o ponto de vista jurídico e doutrinário. Ao final, abordou a possibilidade de aplicação de tal princípio diante do artigo 28 e artigo 33 da Lei 11.343/06, tanto sob o ponto de vista da doutrina, quanto o que vem a ser decidido nas jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Insignificância. Artigo 28. Artigo 33. Lei 11.343/06. Doutrina. Jurisprudência.

ABSTRACT: This term paper focus on the analisys of the possibility on the application of the insignificance principle before the law 11.343/06. Adressing historical summary of the insignificance principle, seeing how it has been decided in the supreme courts and how the doctrine addresses the topic. Following the subject, it was explained that the recorded trouble between one drug addict and a drug dealer, it was also explained what is a small amount of drug in the legal and doctrinaire eyes. At last, it was addressed the possibility of the application of the insignificance principle before the article 28 and 33 of the law 11.343/06, in the doctrinaire point of view and of the jurisprudence aswell.

KEYWORDS: Insignificance Principle. Article 28. Article 33. Law 11.343/06. Doctrinaire. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O Presente trabalho tem como objeto a análise do princípio da insignificância, ou, como também é conhecido, o princípio da bagatela. Visto que tem se revelado cada vez mais presente no ordenamento jurídico, afastando o poder punitivo estatal em casos, nos quais há materialidade e autoria, entretanto, ao considerar ao ser pautada a irrisória lesão causada, observa-se que não há antijuricidade, ao bem jurídico protegido pela norma, pode-se citar como exemplo um furto de um objeto de pequeno valor.

O princípio da insignificância, traz consigo a ideia de preencher lacunas. Desta ideia, traz à tona a possibilidade de aplicabilidade do princípio da insignificância na Lei 11.343/06. A referida Lei Antidrogas, traz consigo um limbo do que pode ser considerado como a prática de crime de tráfico de drogas ou o delito de porte de drogas para uso pessoal, no sentido de que alguns verbos são exatamente os mesmos, tais como: adquirir, trazer consigo, guardar, ter em depósito e transportar.

Entretanto, vale observar que enquanto o crime de tráfico é punível de 05 anos à 15 anos de reclusão e o pagamento 500 a 1.500 dias-multa, o delito de porte de drogas para uso pessoal traz como sancionamento advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. O que difere de um usuário a um traficante, conforme tipificado nos artigos 28 e 33 de Lei 11.343/06, é a quantidade, porém a própria norma não traz o que pode ser considerado pequena quantidade para fins de uso ou quantidade mínima para considerar como fato de tráfico, ficando a critério do juiz, analisar a quantidade de produto ilícito apreendido.

Surgem questionamentos a respeito do que o artigo 42 da referida lei posiciona-se de forma em que o juiz, deverá analisar a quantidade do produto ilícito apreendido, bem como da sua natureza, a personalidade e a conduta social do agente, poderia o juiz absolver o réu, pelo princípio da insignificância, em que a situação seja de pouquíssima lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei 11.343/06? A confusão com relação a quantidade pode trazer atipicidade ao crime tipificado ao art. 33 da Lei 11.343/06? E quanto a aplicação do princípio da insignificância na lei de drogas poderia acarretar um progresso em alta na taxa nos crimes de tráfico ou uso, por meio do perigo abstrato ou presumido?

A possibilidade do magistrado aplicar o princípio da insignificância no crime

de tráfico de drogas, quando a quantidade for irrisória com relação à lesão do bem jurídico protegido pela Lei de Drogas e quais as consequências que tal aplicabilidade traria.

O método utilizado na presente pesquisa, é o hipotético dedutivo, de forma, que o método foi escolhido, pois a possibilidade de análise dentre a eliminação de erros, no processo de estabelecimento de hipóteses e tentativas, encaixa-se da melhor forma para o esclarecimento do problema proposto.

Inferese pensar nas seguintes hipóteses: analisar a o princípio da insignificância; trazer os crimes os quais são pacíficos jurisprudencialmente, com aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro; a confusão referente aos verbos, bem como a pequena quantidade pode ser de suma importância para a diferenciação de usuário para traficante e a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância, referente aos art. 28 e 33 da Lei 11.343/06.

Inicialmente, o primeiro capítulo irá se referir sobre o princípio da insignificância como um todo, abarcando seu resumo histórico e conceito, posteriormente analisando as aplicações no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, será explanada a confusão em que a Lei 11.343/06 traz com relação aos crimes de tráfico e porte de drogas para uso pessoal, trazendo os verbos a serem confundidos e o que o ordenamento jurídico traz como pequena quantidade, bem como estudos doutrinários

No terceiro capítulo será retratada a possibilidade da aplicabilidade no crime tipificado no art. 28 da Lei de Drogas, sob o ponto de vista de doutrinário e jurisprudenciais.

Por fim, no quarto capítulo, a presente pesquisa irá explicar como tem sido decidido a possibilidade de aplicabilidade no crime de tráfico, assim como o que é relatado pela doutrinariamente sobre este tema.

2. O PRICÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, pode ser aplicado em determinados crimes, em razão da natureza, ou importância do bem jurídico que visa proteger a norma.

Entende-se insignificância, como aquela que reside na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada (BITENCOURT, 2021, p. 387).

De outro modo, a fim de não se preocupar com a inexpressiva lesão, o Direito Penal tende a não punir a ínfima lesão.

2.1 RESUMO HISTÓRICO E CONCEITO

Ao se falar de um princípio, é nítido a conceituação histórica, inicialmente considerando que em 1964 por Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, debatido pela corrente majoritária, explanou a ideia do poder punitivo estatal e ponderou a desconexão entre a prática e a teoria, com base em sistema de classes, em apelo ao sistema de política criminal (CAPEZ, 2009, p. 11)

Com base nas raízes do Direito Romano Antigo, a saber, *minimis non curat praetor*, da qual não se tratava de questões de cunho insignificante, embora tenha sido inicialmente introduzido na Alemanha, vem se aprimorando aos dias atuais, no ordenamento jurídico brasileiro, desta forma aponta a doutrina:

O Princípio da Insignificância é originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. (CAPEZ, 2009, p. 11)

Pois bem, coisa insignificante, advém de algo ínfimo, algo desprezível, algo que não pode ser agregado um valor. Neste sentido, o crime insignificante, é o que se pode dizer como *quase crime*, isto é, para o direito penal, o conhecido *quase crime*, se dá pelo nome de crime impossível (NUCCI, 2015, p. 218)

O reconhecimento da inexistência de um delito, sob a condição do princípio da insignificância, vem sido perseverante nas decisões judiciais brasileiras. Em que a mínima ofensividade dos bens jurídicos tutelados, ainda que não exista norma que à disponha, afastam o poder punitivo estatal. Conforme ensina:

O direito penal não deve preocupar-se com bagatelas, nem se pode conceber contenham os tipos incriminadores a descrição de condutas incapazes de lesar qualquer bem jurídico. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. (CAPEZ, 2020, p. 418)

Para tanto, deve-se observar que o princípio da insignificância somente é cabível, respeitados determinados alguns requisitos, sendo eles: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da ordem jurídica protegida.

No passo em que a desatualização das leis penais, bem como observa-se o desemparelho entre a teoria e a prática, o princípio da bagatela tem sido visto como um avanço, pela doutrina. De forma que vem a dar a razoável interpretação, ao magistrado, desde a primeira instância, da norma penal.

Conforme ilustra o artigo 155 do Código Penal, Nucci, vê a desatualização da norma como inconsistente:

[...] visto ser um bem natural de disposição, passível de renúncia e doação, motivo pelo qual jamais poderia se sustentar o cabimento de ação pública incondicionada, obrigando a atuação do Ministério Público, ainda que desacreditada pela vítima (2015, p.219).

Já com relação, à norma supramencionada, ao descompasso entre a teoria e a prática, leciona:

O descompasso emerge da exata medida em que casos concretos identificam investidas contra o patrimônio alheio, merecedoras de eventual reparação na esfera civil, sem fornecer qualquer toque de legitimação para a interferência do Direito Penal. (NUCCI, 2015. p. 219)

Deste modo, o princípio da insignificância, não se refere a crimes de pequenos portes ou de menor potencial ofensivo, por si só, passíveis de procedimentos da lei 9.099/95. No que se refere à ínfima lesão ao bem jurídico protegido, se diz que a conduta não em que o resultado não é suficientemente grave, capaz de haver necessidade de punir o agente, para tanto, nem mesmo recorrer ao judiciário. A exemplo, um beliscão, um furto de pequeno valor ou mesmo um acidente de trânsito.

2.2 APLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme apontado, o princípio da insignificância tem se revelado constante e pacífico com relação à alguns delitos, diante de análise do caso concreto, do qual houve a ínfima lesão do bem tutelado.

Nestes aspectos, a jurisprudência aponta casos em que decidiu favoravelmente, os quais: intervenção mínima e fragmentariedade; diminuto valor do bem; foco exclusivo do valor do bem; política criminal; visão global da lesão provocada pelo agente; justiça criminal militar; indiferença à reiteração dos fatos ou aos antecedentes do réu; existência de diferença entre valor insignificante e pequeno valor e conjunto de requisitos para reconhecer a insignificância.

Em geral, o princípio da insignificância é conhecido pela aplicação aos crimes de subtração de pequeno valor, ainda que o réu seja reincidente, a citar a título de exemplo como veio a ser decidido recentemente:

RECURSO ESPECIAL. FURTO. ITENS DE HIGIENE E VESTUÁRIO. VALOR EQUIVALENTE A 8% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância com quatro valores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão provocada. 2. Ainda que o acusado ostente registro de um inquérito policial instaurado em razão da prática de delitos de roubo e corrupção de menores, o furto de itens de higiene pessoal e vestuário – 2 cremes dentais, da CIA Brasileira de Distribuição (Supermercado Extra), 1 par de sapatos femininos e 1 blusa moletom, de HM Calçados e Confecções, avaliados em R\$ 75,00, que foram restituídos às vítimas – autoriza excepcionalmente, a incidência do princípio da insignificância. 3. O montante equivalente a 8% do salário vigente na época dos fatos, em crime perpetrado contra pessoa jurídica, não justifica tão gravosa resposta penal do Estado. 4. Recurso especial provido para absolver o acusado Reginaldo Moraes de Oliveira das Imputações da denúncia, pela incidência do princípio da insignificância. (STJa, 2020, p.1)

Observa-se o trecho do voto do Ministro Olindo Menezes:

De fato, o montante equivalente a 8% do salário mínimo vigente à época dos fatos, em crime perpetrado contra pessoa jurídica, não justifica tão gravosa resposta penal do Estado, ainda que subtraída por pena restritiva de direitos pelo Tribunal de origem. Em hipótese análoga, este Colegiado da Sexta Turma tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta. (STJa, 2020, p. 3)

Nota-se, que o voto do Ministro se fundamentou por meio de dos quatro pilares para aplicação do princípio da insignificância, asseverando que o valor da *res* é inferior à 8% do salário mínimo, na época dos fatos. Deste modo considera-se pequeno valor.

Além disso, explanou que apesar de o réu ser reincidente, isso não descarta a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, se apegando apenas ao caso em comento.

Porém, observa-se que anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma contrária em alguns pontos, tais como da reincidência do réu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VALOR DO BEM SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. REGIME PRISIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A reincidência específica do réu, nos termos do posicionamento desta Corte Especial, afasta a aplicação do princípio, por não restarem demonstrados os critérios de mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação. 2. No caso concreto, o valor do bem subtraído também ultrapassa o parâmetro utilizado neste Sodalício para reconhecimento da insignificância por se constituir de valor superior a 10% do salário mínimo vigente à época de cometimento do delito. 3. A matéria referente ao regime inicial prisional trata de inovação recursal, não podendo ser analisada diretamente por esta Corte Especial, sob pena de caracterizar indevida supressão de instância. 4. Agravo regimental desprovido. (STJb, 2021, p.1)

Aliás, vale ressaltar que os tribunais superiores não se detêm apenas a ínfima quantidade para aplicação de tal, mas sim a gravidade da conduta, pode citar-se como outro exemplo:

No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Este necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilegio inculcado no §2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei penal a impossibilidade de pena mais branda, compatível com a gravidade da conduta. (STJc, 2009, p. 3)

Entretanto é cabível em outros crimes, tais como acidente de trânsito, do qual causou inexpressiva lesão a vítima, em que o réu não concorra para omissão socorro, ou tenha agido de forma culposa.

Por outro lado, decidiu a jurisprudência desfavoravelmente, acerca do princípio da insignificância, tais como: comportamento do agente e antecedentes; confronto com a sanção penal cominada; foco concentrado no valor do bem lesado; avaliação das condições da vítima; visão global da lesão provocada e interesse tutelado; ônus da prova da defesa quanto ao valor do bem; tráfico ilícito de drogas ou

consumo pessoal; reiteração de conduta criminoso; análise conjunta de vários elementos e justiça militar.

Nota-se, que é possível observar que há alguns temas, dos quais foram julgados procedentes e outros improcedentes. Para tanto, dentro de seus conteúdos, devendo serem cumprido requisitos propostos, sendo aplicável o princípio da insignificância.

3. A OBSCURIDADE ENTRE O AGENTE USUÁRIO VERSUS O AGENTE TRAFICANTE

Instituída a Lei 11.343/06, trouxe à tona a política de prevenção do uso indevido, atenção e inserção de usuários e dependentes de drogas, e repressão de produção e tráfico ilícito de drogas, definindo crimes.

Em atenção ao art. 28, aquele que adquirir, guarda, tem em depósito, traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, será penalizado através de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Desta forma é nítido que o legislador procurou proibir a imposição de pena privativa de liberdade, sendo, desta forma, delito de menor potencial ofensivo, tornando-se passível dos procedimentos da Lei 9099/95 conforme explica:

O legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de eventual dependência química e insere o “consumidor” em um sistema carcerário falido, muitas vezes dominado por facções criminosas que comandam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de cooptação dos usuários (MASSON, 2018, p.31)

Inclusive, no §1º, do referido artigo do diploma legal, submete as mesmas medias, aquele que para consumo pessoal, semeia, cultiva, ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência psíquica ou física.

Por outro lado, temos art. 33, *caput* e §1º, da referida lei, em que aquele que, importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquirir, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra e entrega a consumo ou fornece drogas, insumos ou produto químico destinado à

preparação de drogas, ainda que gratuitamente, ou semeia, cultiva ou faz colheita de matéria prima para a preparação de drogas, em desacordo com a determinação legal, estará sujeito a aplicações das sanções de pena de reclusão de 5 à 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Por mais que haja semelhança entre o art. 28 e o art. 33, percebemos que a forma penalizadora é mais rigorosa de acordo com o demonstrado a cima, trata-se de crime de grau máximo ofensivo, tendo, inclusive, sido inserido o crime de tráfico de drogas no rol de crimes hediondos, sob o art. 5º XLIII da Constituição Federal de 1988 e o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Aliás, tal pauta será analisada posteriormente, esmiuçando, sobre a gravidade da conduta.

3.1 DOS VERBOS

Conforme apontado acima, há uma grande semelhança entre os verbos dos artigos 28 e 33 da lei 11.343/06, sendo eles: adquirir; trazer consigo; guardar; tiver em depósito e transportar.

Observa-se que o que difere um do outro descreve-se no art. 28, §2, em que fica a critério do juiz em determinar a natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Isto é, além das condições mencionadas, analisará a pequena quantidade e não meramente se destinava-se a droga para fins de mercancia.

Vale ressaltar, que a Lei de Drogas não trouxe consigo critérios objetivos para que fosse diferenciado um de outro, deixando assim, a avaliação do próprio sistema, em atenção à prática, não é somente utilizado apenas os critérios diplomados, mas análise ao caso concreto em listagem tais como: a variedade de drogas apreendidas; balança de precisão utilizada para pesagem de drogas; embalagem de droga; dinheiro fracionado em notas pequenas; celulares apreendidos no sentido de desvencilhar da investigação policial e agendas e listas de tráficos, que apesar do avanço tecnológico, existe uma grande apreensão de anotações em papeis.

Consequentemente, é de forma indiscutível, que para a aplicação do ônus da prova, que comprovam que tais cometimentos dos núcleos do tipo aconteceram de progressão do crime de consumo pessoal para o crime de tráfico, é da acusação, porém conforme ressalva.

Contudo, para provar a traficância por parte do agente, o Ministério Público não precisa comprovar a mercancia haja vista que o delito do art. 33, *caput*, não reclama a presença de nenhuma finalidade específica. Basta a demonstração da prática de qualquer das condutas estabelecidas no tipo legal, sem que exista o propósito de consumo pessoal. (MASSON, 2021, p. 32)

Apesar de critérios dispostos em lei, estes são passíveis de erro, a citar de exemplo a análise das circunstancias que se tomaram a ação ou condenação anterior, conforme explica:

Sem prejuízo, devem ser levadas em consideração as circunstâncias sociais e pessoais do agente, sendo razoável pressupor como indicativo de narco-trafficância, em linha de princípio, o encontro de uma considerável quantidade de droga em poder de pessoa já condenada por tráfico de drogas. Mas esse critério, como os demais, não pode ser analisado isoladamente, sob risco de serem cometidos equívocos. (MASSON, 2021, p. 35)

Neste sentido, Salo, abre crítica acerca dos conceitos vagos da Lei de drogas:

Os artigos-base dos preceitos incriminadores da lei 11.343/06 incorporam na estrutura do direito penal das drogas estes efeitos da descodificação. Junto à proliferação de condutas pela previsão de inúmeros verbos nucleares é exposta a necessidade de preceitos em branco. (SALO 2016, p.256)

Desta forma, conforme o presente estudo, em relevância ao princípio da insignificância, do qual parte da premissa da interpretação do caso concreto, vemos que para a concretização do crime de tráfico de drogas, na forma propriamente dita, se dá mediante análise de elementos dos quais não foram constituídos em lei. Podendo inferir-se, que para a concretização do tráfico de drogas é necessário montar uma espécie de quebra-cabeças, no qual terão que ser encaixados vários elementos dentro e fora da normal regulamentar, isto é, não se remetendo somente aquilo que traz a na letra da lei, cabendo a interpretação.

3.2 DA PEQUENA QUANTIDADE

Em observância entre a relação similitude entre os art. 28, §1º e art. 33, §1º, inciso II, em que aquele que colhe, semeia ou cultiva, se diferencia-se apenas à pequena quantidade. Entretanto, a norma não deixa claro o que pode ser considerado

como pequena quantidade, ficando a margem novamente de interpretação do magistrado.

Se essas plantas forem destinadas à preparação de pequena quantidade (conceito indeterminado a ser aferido casuisticamente) de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, para consumo pessoal, incidirá o art. 28, § 1º, da Lei 11.343/2006. (MASSON, 2021, p. 102)

Conceituando o art. 28, §1º, o indivíduo busca a subsistência do consumo, conforme exemplifica:

Trata-se da “plantação caseira”, de diminuta proporção, para uso próprio. É bastante comum casos em que o agente planta e cultiva pés de maconha em vaso, floreira ou outro pequeno espaço de sua residência, visando suprir o próprio consumo. (MARCÃO, 2021, p. 22)

Notoriamente, que em caso contrário caracteriza-se o art. 33, §1º, inciso II, seja em razão da excessiva quantidade ou para o consumo compartilhado, conforme prevê no §3º.

Nota-se que um dos elementos subjetivos para caracterizar o delito posse de drogas para uso pessoal, é a análise a natureza da droga, e mais uma vez, nos encontramos em confronto do que pode ser considerado como posse para uso ou para traficância. Embora haja elementos probatórios, como a declaração do réu como consumidor da droga, depoimentos de testemunhas, a ausência de provas para tráfico. Para exemplificar, dois gramas de maconha, pode indicar posse para uso, mas dois gramas de LSD podem significar tráfico, pois essa droga é muito mais concentrada (RANGEL, 2015, p. 43).

Ao deixar em aberto, ficando a critério do magistrado analisar os elementos probatórios, a omissão da lei em deixar a norma genérica, pode trazer sensação de insegurança jurídica, uma vez que o que pode ser configurado como pequena quantidade, pode levar o indivíduo de usuário de drogas, em que pese adoções de medidas socioeducativas e para um traficante de drogas, com penas rigorosas, com tratamentos mais severos, similar aos crimes hediondos, dos quais são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

4. A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGA DO ART. 28 DA LEI 11.343/06.

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: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, conforme disposto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Ainda com relação ao art. 28, §1º da Lei 11.343/06, traz a essência em que *“pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (BRASIL, 2006)”*. Portanto, nota-se que ao se falar do delito de uso, necessariamente deve-se manifestar-se acerca da quantidade de droga apreendida. Deste modo infere-se pensar se é possível ou não a aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de uso, justificando-se em embasamentos e posições, inclusive o que tem se decidido nos tribunais superiores.

4.1 SOB VISTA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIAS

Existe diversas opiniões acerca da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, com relação ao art. 28 da Lei 11.343/06, não só em embasamento doutrinário, mas também em decisões jurisprudenciais.

Com relação a posição desfavorável, entende a doutrina:

Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes elencados no art. 28 da Lei 11.343/2006, sob pena de tornar inócua a política criminal de inegável caráter educativo que impulsionou a edição da norma penal incriminadora dos crimes de consumo pessoal. (MASSON, 2021, p.36)

Além de que, a pequena quantidade já é intrínseca a norma penal, de modo que o fato de trazer consigo ínfima quantidade não afasta a lesão que causa o bem jurídico que a norma busca proteger.

Há de se falar em perigo abstrato, pois 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 (MASSON, 2021, p. 36).

Ainda com relação ao perigo abstrato, colaciona a doutrina:

Entende-se que é da essência do crime de porte para consumo próprio, que é de perigo abstrato, a apreensão de poder do acusado seja ela reduzida ou de ínfima quantidade da substância proscrita. (MARCÃO, 2021, p. 35)

Entretanto, a posições contrárias as mencionadas, tendentes a serem favoráveis a aplicação do princípio da insignificância, conforme desenvolve o pensador, exemplificando:

Seria caso de conduta relevante apanhar um cigarro de maconha para “experimental” e devolvê-lo? No âmbito individual e ético, é possível argumentar que tal conduta é nociva para o agente, contudo, no âmbito jurídico, não se pode entender que há risco de lesividade aos bens jurídicos tutelados pela Lei, tipo esse comentado que pressupõe perigo que, se inexistente, torna a conduta atípica. (RANGEL, 2015, p.44)

No exemplo a cima, poderia a conduta ser punível para aquele consome a droga, que faz com que o sujeito contenha pequena quantidade dentro de si, desta forma a conduta se torna atípica através da ínfima quantidade, que este traz consigo.

Porém, é diferente para aquele que engole ou detém no interior de seu corpo, capsulas ou invólucros de cocaína, com o desejo de posteriormente expeli-las, para fins de venda (RANGEL, 2015, p. 45).

A conduta seria passível de aplicação do princípio da insignificância desde que contenha os requisitos, tais quais: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Já com relação aos entendimentos dos tribunais superiores, tem oscilado em relação a este tema, em certo momento para acolher, em outro para rejeitar a tese da insignificância.

Na forma desfavorável, em determinado momento decidiu o STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 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. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 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, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (STJd, 2013, p. 1)

Neste caso em comento, o tribunal superior decidiu embasado que independe da efetiva lesão para a caracterização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06. Seguindo o pensamento, através do perigo abstrato ou presumido, explanou se que o usuário alimenta o comércio de entorpecentes, sendo que deste modo põe em risco a saúde pública de forma indireta.

Ao final da decisão, ressaltou que o art. 28 da lei de drogas presume a pequena quantidade para a caracterização do tipo, sendo que em hipótese contrária caracterizaria o tráfico de drogas tipificado no art. 33 do mesmo códex.

Em outro momento decidiu favoravelmente o Supremo Tribunal de Justiça:

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. (STFa, 2012, p.1)

Na oportunidade a Ministra Rosa Weber ponderou por acompanhar o relator, em que destaque se trata de uma circunstância em que o réu foi apreendido com a quantidade ínfima de 0,6 gramas da substância entorpecente. Sendo assim entendeu que é possível a aplicação do princípio da insignificância. (STFa, 2012, p. 16)

Com relação ao voto do Ministro Luiz Fux este lembrou o início da magistratura e destacou:

Recordo-me de que isso se deu nos idos de 1982: um jovem foi efetivamente preso com uma ínfima quantidade de maconha. Aquela audiência se passou realmente num ambiente extremamente dramático em que a família foi surpreendida com a atitude do jovem que era completamente contrária a todos os princípios em que ele fora educado. Enfim, aquela microtragédia familiar revelou que, às vezes, só o fato desse jovem primário, de bons antecedentes, ter respondido a esse processo, ter se submetido a uma audiência criminal, já deve ter-lhe servido de uma lição bastante exata. (STFa, 2012, p. 17)

Neste interim ponderou que existe a proporcionalidade entre o castigo e o crime, deste modo entendeu pela aplicação do princípio da bagatela.

Explanou a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, que discorda do Ministro Luiz Fux com relação a proporcionalidade entre o castigo e o crime:

Eu quero um dia ter a crença do Ministro Fux de achar que uma situação como esta é suficiente para servir de lição. A droga é vício - não quero plagiar muito mal um autor que diz que: a droga é uma droga e é só isso, e é mesmo. (STFa, 2012, p. 18)

Prosseguiu dizendo neste caso específico vale aplicação, pois por mais que entenda que o ônus pode ser muito maior, com relação as condições da causa se permitem pensar melhor sobre a aplicação do princípio da insignificância e acompanhou o relator. Restando unanimidade em aplicar o princípio da insignificância ao delito de porte para consumo (STFa, 2012, p. 18).

Entretanto é pacífico o entendimento, de que não cabe o princípio da insignificância, independente do cumprimento dos requisitos, quer seja para consumo pessoal, cometidos no recinto castrense, crime militar, disposto no art. 290 do Código Penal Militar.

Conforme dispõe o entendimento:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DO AUTO DE APREENSÃO E DO LAUDO PRELIMINAR. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A ausência de auto de apreensão e do laudo inicial de constatação configura mera irregularidade, inábil a invalidar a condenação penal, desde que lastreada está em outras provas idôneas. Precedentes. 2. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 13.4.2011, ao afastar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse, por militar, de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (art. 290 do CPM), distinguiu a qualidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar da qual faz parte. 3. Inobstante

mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma. 4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção da norma castrense pelo texto constitucional, é no sentido de que “o art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006 (STFb, 2014, p.1)

Desta forma, infere-se pensar que a possibilidade da aplicação ou não do princípio da insignificância depende de vários fatores, numa forma de encaixar-se a fechadura na chave, onde a possibilidade, cumprindo os requisitos, deve se encaixar perfeitamente ao caso concreto.

5. (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.

Tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06, o crime de tráfico de drogas traz seus núcleos do tipo como sendo importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor a venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas. Nota-se que ao contrário do art. 28 da lei de drogas, o tráfico de drogas propriamente dito não se atenta somente a quantidade, mas sim a vontade do agente em praticar. Conforme ensina:

[...] uma vez firmado o conceito de tráfico de drogas, é imprescindível deixar claro, desde já, que a noção legal de tráfico não pressupõe a prática de atos onerosos ou de comercialização, afigurando-se irrelevante a efetiva mercancia da substância ou mesmo a presença do intuito de revenda da droga para a caracterização do delito (MASSON, 2018, p. 50)

Visto que o dolo subjetivo do agente é o fator principal para a caracterização de tal crime, conjecturado com a objetividade jurídica a ser tutelada como sendo a saúde pública, embora haja quem discorde:

[...] ainda, quem defenda a ideia de que o dispositivo não tutela bem jurídico algum, sob a perspectiva de que se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental [...] (MASSON, 2021, p. 52).

Além disso, a pena para aquele que pratica o tráfico de drogas é mais severa do que para aquele que porta a droga para consumo pessoal, podendo ser de 05 à 15 anos de reclusão.

Inclusive, o tráfico de drogas está inserido no rol de crimes hediondos, elencado pelo art. 5º XLIII, da CR/1988.

Para tanto, conforme será exposto a corrente majoritária tende a ensinar que não é possível a aplicação do princípio da insignificância em razão da gravidade do crime, tanto quanto o perigo abstrato ou presumido. No mesmo pensar segue de forma pacífica o entendimento jurisprudencial de que não é possível, embora tenha sido decidido favoravelmente em certas oportunidades.

5.1 SOB VISTA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIAS

Ao contrário do delito de porte para consumo, o tráfico de drogas tem um entendimento pacífico em julgados, pois observa-se o perigo abstrato da conduta, no sentido de repreender qualquer conduta daquela descrita no art. 33 da Lei 11.343/06.

Em razão da gravidade do crime de tráfico de drogas, a corrente majoritária versa que não é possível a aplicação do princípio da insignificância neste delito. Por razões coerentes, nota-se que não quer se falar em mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica do bem tutelado.

Haja vista que o crime de tráfico de drogas foi inserido no rol de crimes hediondos, pelo art. 5º, inc. XLIII da CF/88, o delito se torna incompatível com a aplicação de tal princípio, por razões de ter tratamento mais severo quanto a objetividade da repressão trazidos pela lei 11.343/06 em conjunto com a Constituição Federal de 1988.

Conforme explica a doutrina:

Como se tem entendido, o tráfico de drogas é crime de perigo abstrato (ou presumido), de modo que a prática da conduta descrita em lei acarreta a presunção absoluta de risco à saúde pública (MASSON, 2021, p. 65).

Nesta toada, ao falar-se da lei 11.343/06, o bem tutelado objetivado se trata da saúde pública. Desta forma, não como se quantificar qual gravidade da lesão é disposta pela conduta.

Embora parte da doutrina entende que algumas condutas são passíveis de aplicação do princípio da insignificância, com relação a condutas insignificantes, conforme ensina:

Muitos casos de realização dos verbos que caracterizam o tráfico de drogas constituem condutas insignificantes. Assim, plantar uma única semente de maconha (*Cannabis sativa*) ou da planta que origina a cocaína, *Erythroxylon coca*, para ornamento (não se trata da hipótese para consumo pessoal) ou oferecer um grama de cocaína que possui para uso próprio para o professor de Medicina Legal fazer demonstração na sala de aula sem a devida autorização etc. [...] (RANGEL, 2015, p. 81).

Em outro momento exemplifica outra conduta:

[...] se ELIOT frequenta uma festa na qual recebe de um desconhecido e gratuitamente um único comprimido de ecstasy para consumir, mas, não se interessando pelo produto, vende-o para o primeiro interessado que ali passa com o objetivo de levantar alguns trocados, a conduta em si é insignificante. (RANGEL, 2015, p. 81).

Mas deve-se observar, que é fato notório que traficantes tendem a trazer consigo pequenas quantidades de droga, no intuito de dissimular o comércio disseminado, na tentativa de desclassificar o crime de tráfico para o delito de porte para consumo (RANGEL, 2015).

Por essas razões, o Superior Tribunal de Justiça, em 2015 decidiu por unanimidade:

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. (STJe, 2015, p.1)

Amparado sob o prisma do perigo abstrato ou presumido, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca fundamentou seu voto:

A irresignação não merece prosperar. Afinal, é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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. (STJe, 2015, p.5)

Da mesma forma decidiu recentemente em um agravo regimental de habeas corpus:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSTULADO QUE NÃO SE APLICA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. I - A instância ordinária não se manifestou acerca da incidência do princípio da insignificância, razão pela qual o tema não pode ser apreciado, nesta oportunidade, sob pena de indevida supressão de instância. II - Ademais, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça 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 para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJf, 2020, p.1)

Nesta oportunidade o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca reafirmou conforme havia decidido anteriormente, conforme trecho de seu voto:

Ressalte-se, ademais, que prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de droga, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. (STJf, 2020, p.5)

Em outra momento, também decidiu por unanimidade a Sexta Turma do STJ, sobre o mesmo pensamento:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PRECEDENTES. 1. Ressalvado pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que se afigura inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido

ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJg, 2015, p.1)

O Ministro Nefi Cordeiro fundamentou em seu voto:

Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se afigura inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. (STJg, 2015, p.4)

Desta forma, é evidente que ao se falar sobre a ínfima lesão ao bem jurídico, em especial a lei de drogas, deve-se observar a quantidade da droga apreendida, entretanto segue pacífico que independe da quantidade, pois trata-se de perigo abstrato ou presumido, isto é, não está ao alcance do Estado conseguir quantificar a real lesão ao bem jurídico tutelado, que neste caso são a saúde pública e a paz social. Pois, conforme demonstrado, aquele que trafica tende a não estar com grande quantidade de droga em seu poder, podendo o agente afirmar que é para seu uso próprio.

Entretanto, vale ressaltar que em 2019, o STF, através da Segunda Turma decidiu favoravelmente:

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. (STFc, 2019, p.1)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes fundamentou sob amparo do princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip) pode atingir, como objeto de seu controle, tanto uma norma em abstrato e sua própria validade, como, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em um caso concreto. Isto significa que qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais, no momento de aplicação da norma, deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade. (STFc, 2019, p.5)

Prosseguiu com seu voto, sustentando que a recusa para a aplicação do princípio da insignificância está mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária

do que propriamente a impossibilidade dogmática. Desta forma, em outro trecho desenrolou-se:

O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência. (STFc, 2019, p.7)

Ainda, de forma controversia aos casos anteriormente julgados finalizou seu voto explanando:

O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, a pesar da subsunção desta ao tipo formal. (STFc, 2019, p.12)

Deste modo, nota-se que o Ministro Gilmar Mendes se amparou tanto quanto no princípio da proporcionalidade, ao dizer que uma simples grama de maconha não seria o suficiente para aplicação de uma pena tão severa quanto aquela tipificada no art. 33 da Lei 11.343/06. Que não houve sequer lesão material ao bem jurídico tutelado, ou melhor, não houve uma lesão relevante, que ainda que esteja tipificada, deve-se afastar a tipicidade material, em razão desta ínfima lesão.

6.1 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o presente trabalho de finalização de curso abordou os temas do princípio da insignificância e sua possível aplicabilidade diante do art. 28 e 33 da Lei 11.343/06.

Deste modo foi utilizado o hipotético dedutivo. O método foi eleito, pois a possibilidade de análise dentre a eliminação de erros, no processo de estabelecimento de hipóteses e tentativas, encaixou-se da melhor forma para o esclarecimento do problema proposto.

No primeiro capítulo foi possível compreender melhor o princípio da insignificância, através do seu resumo histórico e conceito, trazendo os quatro pilares

para sua aplicação e explanação doutrinária sobre o tema. Após foi exemplificado casos julgados no Brasil, no sentido de entender melhor o que vem a ser decidido e como vem a ser decidido pelos tribunais superiores.

Seja favoravelmente quanto desfavoravelmente. Conclui-se que para aplicação do princípio da insignificância, não basta somente a pequena quantidade, mas sim a gravidade da conduta a ser analisada em conjunto com a proporcionalidade da pena a ser aplicada.

No segundo capítulo mencionou-se a confusão que é trazida pela Lei 11.343/06 com relação ao crime de porte de drogas para consumo e o crime de tráfico de drogas. No intuito de sanar a dúvida esmiuçou-se os artigos, bem como seus nucleares do tipo. Ademais, explanou-se o que pode ser considerado como pequena quantidade para a norma, tanto quanto para a doutrina concluindo que a omissão da lei em não especificar o que pode ser ou não considerado pequena quantidade, ficando apenas a critério do magistrado, pode trazer a sensação de injustiça, inclusive reabrindo debates que poderiam ser pacíficos.

No terceiro capítulo, demonstrou-se a possível aplicabilidade do princípio da insignificância com relação ao art. 28 da Lei 11.343/06. No primeiro momento descreveu-se o art. 28 sob o ponto de vista doutrinário com relação à aplicação do princípio da insignificância, bem como suas exemplificações. Após, foi esmiuçado decisões dos tribunais superiores com relação a tal aplicação. Em outro momento foi explanado a forma de como os ministros votaram tanto favoravelmente, quanto desfavoravelmente. Ao final pode-se concluir, que por mais que haja muita divergência em decisões é possível a aplicação do princípio da insignificância, desde que corroborado com os requisitos principais sendo: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma ou ínfima periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada. Inclusive por tratar-se de delito de menor potencial ofensivo.

No último capítulo, foi analisado a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância com relação ao crime de tráfico de drogas. Assim como no delito de porte de drogas para consumo pessoal, há algumas divergências, porém é menor. Por meio de explanações doutrinárias nota-se que há quem defenda que é sim possível a aplicação, porém em aspectos claramente específicos, pode-se dizer que quase impossíveis de acontecer na prática. Com relação ao pensar jurisprudencial nota-se que muito se fala do perigo abstrato ou presumido, isto porque os traficantes tendem

a serem apreendidos com pequenas quantidades de drogas, no intuito de dispersar o comércio dissimulado de entorpecentes, a fim de que seja desclassificado para um mero usuário. Ao contrário do art. 28 da Lei 11.343/06, o crime de tráfico de tráfico tipificado no art. 33 do mesmo códex, é de máxima gravidade, sendo inclusive notado no rol de crimes hediondos, desde modo pode-se concluir que é coerente concordar com as decisões, em geral pacíficas, dos tribunais superiores de que não é possível aplicar o princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral: art. 1 a 120 - v1. 27 ed.- São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: crimes contra patrimônio até crimes contra sentimento religioso e contra o respeito aos mortos art. 155 a 212. 17 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. **Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06**. Presidência da República. Casa Civil. Brasília. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 02 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Brasília. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Brasília. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 abr. 2021

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial** - Curso de direito penal volume 4. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Salo D. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343 / 2006, 8ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2016. Acesso em: 16 set. 2021

DELBEN, Ana Cleusa. et al. **Manual Para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Acadêmicos e Científicos Da Facnopar**. Apucarana: 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIARIO NACIONAL. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIARIAS** – período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> - <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliiwiidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9-> acesso em: 01 abr. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. 2. Reimp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018. Acesso em: 15 set. 2021.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Grupo GEN, 2021. Acesso em: 15 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RICARDO DA COSTA PINHEIRO, L.; BAUMHARDT CORREIA, C. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, [S. l.], v. 5, p. e24483, 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/24483>. Acesso em: 02 jul. 2021.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. 2nd triagem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/politica_criminal_e_sistema_juridicopenal_parte_i.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOUSA, Maria Laura de Melo. **Princípio da Insignificância e a Lei de Drogas**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 02, Vol. 01. pp 360-375, abril de 2017. ISSN:2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/drogas>. Acesso em: 06 abr. 2021.

SOUSA, Philippe Lima de. **Aplicação do Princípio da Insignificância no Crime de Tráfico de Drogas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54605/aplicao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-trfco-de-drogas>. Acesso em: 03 nov. 2021.

SOUSA, Alexson. A possibilidade da aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5975, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77437>. Acesso em: 15 nov. 2021.

STJa. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1921186/SP**. Relator: Ministro Olindo Menezes. Data de Julgamento: 22/06/2021. T6: SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2021. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238154174/recurso-especial-resp-1921186-sp-2020-0302112-1/inteiro-teor-1238154252?__cf_chl captcha_tk__=G7ZLS8XUWkG0EEWJQr4yQrILFLDPlu4z8XazDS1tjU8-1637178904-0-gaNycGzNDiU. Acesso em: 08 nov. 2021.

STJb. Superior Tribunal de Justiça. **HC 644632/SC**, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 23/03/2021, T5: QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205696482/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-644632-sc-2021-0040141-0/inteiro-teor-1205696502>. Acesso em: 08 nov. 2021

STJc. Superior Tribunal de Justiça. **HC 137716/SP**, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5: QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21029530/habeas-corpus-hc-137716-sp-2009-0104084-4-stj>. Acesso em: 07 out. 2021.

STJd. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 35072/DF**, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 18/11/2014, T6: SEXTA TURMA, Data de Publicação DJe 03/12/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155237635/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-35072-df-2013-0002404-0>. Acesso: 07 out. 2021.

STJe. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 57761/SE**, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 01/10/2015, T5: QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/10/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864095034/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-57761-se-2015-0058675-8/inteiro-teor-864095044>. Acesso em: 09 nov. 2021.

STJf. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 567737/SP**, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 28/04/2020, T5: QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855169043/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-567737-sp-2020-0072053-7/inteiro-teor-855169053?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 nov. 2021.

STJg. Superior Tribunal de Justiça. **HC 195985/MG**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 09/06/2015, T6: SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2015. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200476558/habeas-corpus-hc-195985-mg-2011-0020238-5/relatorio-e-voto-200476582>. Acesso em: 05 nov. 2021.

STFa, Supremo Tribunal Federal. **HC 110475/SC**, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 14/02/2012, T1: PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

STFb, Supremo Tribunal Federal. **HC 119458/AM**, Relator: Ministra Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 25/03/2014, T2: SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863616536/habeas-corpus-hc-119458-am-amazonas-9992067-5720131000000/inteiro-teor-863616554>. Acesso em: 09 nov. 2021.

STFc, Supremo Tribunal Federal. **HC 127573/SP**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 11/11/2019, T2: SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862030025/habeas-corpus-hc-127573-sp-sao-paulo-0001074-7820151000000>. Acesso em: 12 nov. 2021.