

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HÉRICLES MEDEIROS SARAIVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
NOS CRIMES DE TRÁFICO DE CANNABIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE
JURÍDICA SOB A ÓTICA ECONÔMICA E SOCIAL**

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2023

HÉRICLES MEDEIROS SARAIVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
NOS CRIMES DE TRÁFICO DE CANNABIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE
JURÍDICA SOB A ÓTICA ECONÔMICA E SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação
em Direito do Centro Universitário Doutor Leão
Sampaio, em cumprimento às exigências para a
obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Ma. Iamara Feitosa Furtado
Lucena

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2023

HÉRICLES MEDEIROS SARAIVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
NOS CRIMES DE TRÁFICO DE CANNABIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE
JURÍDICA SOB A ÓTICA ECONÔMICA E SOCIAL**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de HÉRICLES MEDEIROS SARAIVA.

Data da Apresentação 30/06/2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ma. Iamara Feitosa Furtado Lucena

Membro: Prof. Esp. José Boaventura Filho / Unileão

Membro: Prof. Me. Luís José Tenório Brito / Unileão

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2023

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE CANNABIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOB A ÓTICA ECONÔMICA E SOCIAL

Héricles Medeiros Saraiva¹
Iamara Feitosa Furtado Lucena²

RESUMO

A lei 11.343/06, popularmente conhecida como Lei de Drogas, foi criada com o escopo de endurecer as penas para os criminosos integrantes de facções criminosas e estabelecer penas mais brandas para a figura do usuário; porém, o que aconteceu após sua promulgação foi o encarceramento e condenação em massa por quantidade irrisória de droga. Nesse escopo, o presente trabalho objetiva investigar, sob uma ótica econômica e social, se existe a possibilidade jurídica de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de cannabis no Brasil, e quais as suas consequências. Atualmente, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, constituída em grande parte por indivíduos que aguardam julgamento por crimes relacionados à Lei de Drogas. Dentro dos objetivos específicos deste trabalho, encontram-se entender qual a influência na sociedade e na criminalidade da possível aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de cannabis e buscar por novas soluções e meios para diminuir os efeitos negativos do encarceramento em massa na sociedade de indivíduos envolvidos com delitos tipificados na Lei de Drogas. A metodologia utilizada será análise bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Lei nº 11.343/06. Tráfico de drogas. Penas alternativas. Superlotação penitenciária.

ABSTRACT

Law #11.343/06, popularly known as the Drug Law, was created with the aim of toughening sentences for criminals who are members of gangs and cartels as well as establishing milder penalties for drug addicts; however, what happened after its enactment was mass incarceration and conviction for a negligible amount of drugs. In this scope, the present work aims to investigate, from an economic and social perspective, whether there is a legal possibility of applying the principle of insignificance in crimes of cannabis trafficking in Brazil and its consequences. Brazil has the third largest prison population in the world, consisting mainly of individuals awaiting trial for crimes related to the Drug Law. Within the specific objectives of this work, we want to understand the influence on society and criminality of the possible application of the principle of insignificance in cannabis trafficking crimes. Also, we seek new solutions and means to reduce the harmful effects of mass incarceration on the society of individuals involved with crimes typified in the drug law. The methodology used will be a bibliographical and documentary analysis.

¹ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio – Unileão
hericlesmedeiros@icloud.com

² Professora do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO, Especialista em Direito Penal e Criminologia, Especialista em Direito Processual Penal, Mestra em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), Advogada. iamara@leaosmpaio.edu.br

Keywords: Principle of insignificance. Law #11.343/06. Drug trafficking. Alternative sentences. Prison overcrowding.

1 INTRODUÇÃO

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006, revogando expressamente, em seu Art. 75, todas as leis anteriores que tratavam do assunto, passando a disciplinar sobre a totalidade da matéria, veio para atualizar a maneira como se tratam os delitos de drogas no Brasil, trazendo novos institutos e interpretações.

Junto com essa nova lei, foi criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD) que, segundo a redação dessa mesma lei, mais especificamente em seu Art. 3º, tem como objetivo principal estabelecer no Brasil uma política de prevenção ao uso de drogas, dando assistência e buscando reinserir o indivíduo na sociedade.

Esta pesquisa somará bastante no âmbito social do tema, pois, tendo familiaridade com as tendências sociais e econômicas que influenciam o indivíduo à prática de algum dos delitos da Lei de Drogas, é possível identificar situações onde a pena cominada ao agente e o potencial lesivo da conduta não são diretamente proporcionais, havendo uma discrepância entre a gravidade da conduta perpetrada e a pena aplicada ao agente, sendo imposta ao condenado como reprimenda a sua conduta um tempo de reclusão e condições de cumprimento de pena que extrapolam os limites da razoabilidade.

Quanto aos tipos de pesquisa deste trabalho, serão utilizados: quanto à natureza, básica, pois esta pesquisa objetiva gerar conhecimentos novos para o avanço da ciência; quanto aos objetivos, exploratória, pois nela buscaremos entender os motivos que levam o réu primário a praticar o tráfico e como se dá a aplicação da pena nesses casos; quanto à abordagem, usaremos o método qualitativo, pois esta pesquisa busca compreender os fenômenos a partir de sua explicação e motivos; quanto às fontes, serão utilizados dados bibliográficos, documentais, e artigos científicos; e, quanto ao procedimento, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, pois a fonte principal será a literatura, jurisprudência, e artigos científicos.

Tratando-se de pesquisa bibliográfica, serão utilizados nesta pesquisa tanto clássicos do direito penal, como também doutrinas atuais sobre o tema. Dentro da análise documental, serão analisadas tanto jurisprudências pacificadas, quanto julgados singulares.

Todo o aparato legal e social é importante e necessário em meio à sociedade em que se vive hoje; porém, alguns questionamentos sobre a eficácia da legislação e da aplicabilidade da norma penal ainda se mostram relevantes, sendo um deles, a possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância em delitos de tráfico de cannabis tipificados na Lei de Drogas.

Para responder o questionamento anterior, é preciso também entender quais as funções das penas no Direito Penal moderno, analisar qual a influência na sociedade e na criminalidade da possível aplicação do princípio da insignificância nos casos de tráfico de cannabis e conhecer mais sobre importantes institutos basilares para esse tema, como o que são as substâncias denominadas “drogas”.

Dessa forma, uma análise das tendências mundiais do Direito e Economia, nos permite visualizar o panorama do comércio de drogas no país e no mundo e a punibilidade desses indivíduos por outro ângulo, de forma a buscar novas soluções e meios para diminuir os efeitos negativos do encarceramento em massa na sociedade de indivíduos envolvidos com delitos tipificados na Lei de Drogas.

2 DAS DROGAS

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, veio trazendo em sua redação as condutas tipificadas e as penas cominadas a elas; mas não a definição em rol do que seriam de fato “drogas” para os efeitos legais. Isso acontece, pois tal legislação especial que trata sobre o crime de tráfico de drogas é norma penal em branco, necessitando de complementação para sua devida aplicação, que virá de outra lei, regulamento, decreto, entre outros. O Art.1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 se limita apenas a definir: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

Como é possível notar, o dispositivo acima delega à União a tarefa de estabelecer um rol taxativo do que seriam “drogas” para a devida aplicação da lei em tela, e ela o faz por meio da portaria da Anvisa de nº. 344/1998, que, por força do Art. 66 da Lei de Drogas será a responsável por determinar quais substâncias serão englobadas por esta lei.

Ao iniciar a análise da portaria citada acima, observamos em seu Art. 1º que ela possui uma diferente nomenclatura em relação à Lei de Drogas, chamando de “entorpecentes” e “psicotrópicos” o que a Lei nº 11.343/06, objeto deste estudo, define simplesmente como

“drogas”; e definindo como “droga”, substância ou matéria-prima que possui finalidade medicamentosa ou sanitária.

Portanto, o que a Lei nº 11.343/06 define como “drogas” são as substâncias que podem causar dependência física ou psíquica, denominadas pela portaria da Anvisa, de nº. 344/1998 como “entorpecentes” e “psicotrópicos”, podendo ser encontrados nas listas F1 e F2, respectivamente. Logo, apenas são consideradas “drogas” para os efeitos de caracterização do crime de tráfico e aplicação da lei penal em tela, as substâncias presentes nas referidas listas.

Somadas, as listas F1 e F2 da portaria da Anvisa, de nº. 344/1998, totalizam um rol de quase 50 substâncias, entre elas: cocaína, heroína, crack, lança perfume, ecstasy, LSD, ópio, entre diversas outras substâncias mais prejudiciais a saúde, encontrando-se lá também o THC (Tetrahydrocannabinol).

Nota-se que a referida portaria normativa inclui o THC no rol das substâncias consideradas como “drogas”, e não a “maconha” ou mesmo a “cannabis”, isto pois, é o tetrahydrocannabinol ou apenas THC, a principal substância psicoativa presente nas plantas do gênero cannabis, havendo, porém, um subtipo da espécie cannabis que não possui efetivo percentual de THC em sua composição a ponto de causar efeito psicotrópico, sendo a semente de tal espécie também conhecida como “semente de cânhamo”, muito utilizada na culinária de alguns países europeus devido a seus benefícios para a saúde.

Outra substância presente na cannabis é o CBD (Canabidiol), substância amplamente já utilizada no exterior e de aplicação incipiente no Brasil, sendo indicada para o tratamento de doenças como epilepsia e diversos outros quadros neurológicos; saiu da lista F2 da referida portaria como substância proibida e passou a integrar a lista C1, de substâncias controladas, cuja pesquisa e desenvolvimento de medicamentos precisam ser aprovados pela Anvisa (UNASUS, 2015).

Logo, com a possibilidade de ser utilizado como matéria-prima para a fabricação de fármacos, nota-se que o CBD é benéfico para o organismo quando administrado da maneira correta para tratar determinados quadros de saúde; inclusive, a indústria de fabricação de produtos que contêm CBD é uma das que mais cresce, movimentando a economia e emprega nos países onde está presente, como nos EUA e em muitos países da Europa, onde é descriminalizado e regulamentado para uso medicinal e em alguns casos até recreativo (AGÊNCIA SENADO, 2021).

2.1 O MERCADO LEGAL DA CANNABIS

Atualmente, os Estados Unidos e o Canadá são os países que mais exploram economicamente o mercado de cannabis, sendo de US\$ 37 bilhões a estimativa mundial de vendas de produtos derivados da cannabis em 2021, segundo a *Prohibition Partners* (2022).

Indústrias de cosméticos, alimentos, produtos têxteis e agricultura se beneficiam diretamente do mercado de exploração da cannabis e de suas diversas funcionalidades, tendo a *Vantage Market Research* (2022) feito uma estimativa sobre o alcance global desse mercado e chegado à previsão de US\$ 128,92 bilhões movimentados mundialmente pelo mercado canábico ao fim de 2028.

A *Kaya Mind* (2022), outra empresa de coleta e inteligência de dados sobre a cannabis, fez também uma estimativa sobre os números que poderiam ser alcançados pela regulamentação desse mercado no Brasil; tendo capacidade de movimentar até R\$ 26,1 bilhões e gerar 117 mil empregos diretos e indiretos até 2025, apenas falando sobre a comercialização de produtos derivados da cannabis.

O mercado internacional está altamente aquecido, já havendo até fundos de investimentos de grandes bancos brasileiros, como é o caso do “Cannabis Ativo FIM”, da Vitreo, e o “*Trend Cannabis*”, da XP Investimentos, dois dos fundos de investimento focados em cannabis mais importantes do Brasil, focados em investir no desenvolvimento do mercado canábico no exterior por enxergarem lá uma grande oportunidade de crescimento.

Além dos Estados Unidos e do Canadá, muitos outros países exploram economicamente a cannabis e seus derivados, como é o caso de México, Uruguai, Holanda, Itália, entre outros; alguns deles apenas pelo viés medicinal e outros até possuem a liberação para uso recreativo da cannabis, após a descriminalização da planta e seus derivados em seus territórios (O GLOBO, 2021).

Na contramão das tendências de mercado mundiais, encontra-se o Brasil, onde a cannabis e seus derivados ainda são totalmente proibidos, exceto por alguns casos isolados de indivíduos que conseguiram a liberação após entrar na Justiça pleiteando o direito de uso medicinal do CBD para o tratamento de determinados quadros clínicos que possuem potencial interesse terapêutico, entre eles: a epilepsia, a esquizofrenia, a doença de Parkinson, a doença de Alzheimer, isquemias, diabetes, náuseas, câncer, como analgésico e imunossupressor, em distúrbios de ansiedade, do sono e do movimento (PORTAL CFM, 2014).

3 SOBRE AS PENAS NO DIREITO PENAL

Historicamente, as penas sempre estiveram presentes na vida do ser humano, tendo origem, segundo Beccaria (1764), na necessidade de preservar a ordem social e restabelecer o equilíbrio violado pela prática de um crime. Mostrando-se clara desde os primórdios das sociedades a necessidade do indivíduo de proteger a si mesmo, sua família, e suas posses; as penas eram aplicadas de maneira arbitrária, não havendo inicialmente, segundo Chiaverini (2009), uma metodologia ou sistema que regulasse a execução do direito punitivo, podendo estas serem executadas por líderes de clãs, pelo clero, ou mesmo pela ordem de um soberano.

Segundo Masson (2011), a história da pena tem sua origem no mesmo ponto da história da humanidade. Ao longo de todas as épocas e culturas, percebe-se que a pena representa uma interferência no domínio do poder e da vontade do indivíduo que cometeu a ofensa, assim como nas esferas de poder e vontade de outras pessoas (p. 53).

Ocorre que, com a evolução das sociedades, as formas de punir também evoluíram até se tornarem o que conhecemos hoje, tendo como o conceito geral de pena o que nos é ensinado por Damásio de Jesus: “a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. (JESUS, 2015, p.563)

Nesse escopo, corroborando com Damásio de Jesus, Luiz Regis Prado também entende que a pena é consequência de um ato ilícito, assim explicando: “A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”. (PRADO, 2014, p. 444)

Porém, tão importante quanto o caráter punitivo da pena, que é sua característica mais marcante, sua atual função social de ressocialização também merece a devida atenção, visto que, em algum momento, aquele indivíduo encarcerado retornará ao convívio social e precisará estar apto a conviver em harmonia com as outras pessoas e com a legislação vigente em nosso país, de modo a não mais delinquir.

Nesse entendimento, Bitencourt (2012, p. 130) afirma: “O objetivo do cumprimento da pena é a reintegração social do preso, que não pode ocorrer sem a aplicação da sanção penal, assim, uma penalidade sem esses dois objetivos demonstra ser ilegal e contrária à Constituição Federal”. (BITENCOURT, 2012, p. 130).

Para isso, nossa Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), mais especificamente em seus Art.10 e 11, deixa clara a responsabilidade do Estado em proporcionar ao preso um cumprimento de pena que respeite seus direitos fundamentais e o auxilie na sua reeducação e ressocialização. Vejamos:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. (BRASIL, 1984).

Dessa forma, podemos inferir que a função da pena privativa de liberdade na LEP (Lei de Execução Penal), além de separar o criminoso do restante da sociedade, é, durante esse tempo, buscar reeducá-lo para que, ao término do cumprimento de sua pena, este possa estar apto a voltar ao convívio social.

Porém, de acordo com Mirabete (2002, p. 24), o que realmente acontece com os detentos segue um viés diferente do que foi idealizado. Vejamos:

A ressocialização não ocorre na prisão, pois, os centros de execução penal, conhecidos como penitenciárias, são na verdade um universo em que se reproduz e se agrava as contradições da sociedade. (...). A prisão não corrige, ao contrário, piora o preso, integrando-o no meio criminoso. A prisão serve como meio para manter a atual estrutura social de dominação. (MIRABETE, 2002, p. 24).

Como levantado acima por Mirabete, o que vemos acontecer na prática é que o detento, principalmente o réu primário ou que não é criminoso habitual, enquanto cumpre sua pena recluso nas penitenciárias, se vê imerso no mesmo ambiente de criminosos de maior periculosidade, que o cooptam a fazer parte de organizações criminosas e o ensinam como praticar outros tipos de delitos.

Dentro da penitenciária, aquele jovem que está recluso, muitas vezes ainda aguardando julgamento, sem perspectiva nenhuma de futuro e revoltado com a sociedade, se dedica à aprimoração de suas habilidades delitivas e cria relações diretas com outros criminosos, saindo da penitenciária, na maioria das vezes, pior e mais perigoso do que entrou.

Essa realidade nos mostra uma clara ineficácia do sistema prisional em cumprir seu papel social de ressocialização do detento, uma vez que, segundo Masson (2019), a ressocialização do condenado é um dos objetivos fundamentais da pena no Direito Penal moderno, precisando, para tanto, que o sistema prisional ofereça condições adequadas para essa reinserção social.

4 DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Sabe-se que, segundo os últimos dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2019), em 2005 havia 296.919 pessoas encarceradas no país. Em 2019, eram 773.151 detentos, um aumento de 160% em 14 anos, mas o Conselho Nacional de

Justiça (CNJ) estima que no ano de 2021 a população carcerária já somava 820 mil pessoas. O número de detentos comportados por todo o sistema prisional, no entanto, é de 442 mil, o que revela que as penitenciárias estão operando com quase o dobro de sua capacidade.

Toda essa realidade de superlotação dos presídios, o fracasso no cumprimento da função social de ressocialização da pena e, principalmente, as condições desumanas às quais os detentos são submetidos enquanto encarcerados levaram o STF (Supremo Tribunal Federal) a reconhecer, em decisão liminar na ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.347), o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro. Por meio desta, o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da Constituição Federal reconheceu a ampla violação dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira, afirmando no contexto do julgamento o Ministro Edson Fachin:

os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva – um dia – reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência. Decisão sobre o estado de coisas inconstitucional pelo STF: ADPF nº 347/DF (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015);

Dentro dessa realidade de superlotação das penitenciárias, o CNJ estima que, do total de presos, 41,5% (cerca de 337 mil) dos detentos não possuem condenação, estando presos provisoriamente aguardando julgamento, e que existem ainda cerca de 366 mil mandados de prisão em aberto em todo o país, em sua maioria de procurados pela Justiça.

Sobre os números estimados pelo CNJ e segundo o já citado Anuário Brasileiro de Segurança pública do *Think tank* Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o número de pessoas presas no sistema carcerário por delitos relacionados à Lei de Drogas chega hoje a 30%, em comparação com 9% em 2005, antes de ser sancionada a atual Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Essa realidade fica ainda pior quando se fala da população carcerária do sexo feminino, uma vez que 65% das mulheres presas estão encarceradas com base na Lei de Drogas, muitas vezes a pedido ou sob ordem do cônjuge ou companheiro.

5 SOBRE AS PENAS PREVISTAS NA LEI DE DROGAS

De acordo com dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), do *King's College*, de Londres, na Inglaterra, o Brasil possui a terceira maior população

carcerária do mundo (CNJ, 2014), possuindo mais presos do que a Rússia e pouco menos do que a China. Ocorre que, em 2005, quando nosso sistema penitenciário computava 296.919 presos, e antes de ser sancionada a Lei de Drogas, 14% da população carcerária havia sido condenada por crimes relacionados ao tráfico de drogas, cerca de 41 mil presos.

Atualmente, quando temos uma população carcerária de cerca de 820 mil presos, e após o sancionamento da Lei de Drogas, em 2006, esse percentual saltou para 30%, como já citado anteriormente, representando por volta de 246 mil detentos presos por delitos relacionados a tráfico de drogas, com base nos dados divulgados pelo Infopen.

Se relacionarmos esses dados com a estimativa de presos aguardando julgamento (41,5%), vemos que hoje, segundo as estimativas do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), existem dentro do sistema prisional brasileiro algo em torno de 102 mil presos classificados como réus primários, aguardando julgamento por crimes relacionados à Lei de Drogas. Esse número representa 12,5% do total da população carcerária brasileira.

Sobre o réu primário, isto é, o que não possui nenhuma condenação transitada em julgado, que está aguardando julgamento por acusação de crime de tráfico, é que pode recair a figura do tráfico privilegiado, que, além da primariedade, também exige outros requisitos para seu reconhecimento, sendo eles: bons antecedentes e não integração e nem dedicação a organização criminosa.

O tráfico privilegiado, instituto presente no Art. 33, §4, da Lei de Drogas, não tipifica delito autônomo, e elenca causa especial de diminuição de pena, pois dispõe que nos delitos definidos no caput e no §1 do Art. 33 da mesma Lei, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Dessa forma, fica claro, segundo Masson (2022), o intuito do legislador em diferenciar o traficante “profissional”, ou seja, aquele que tira o seu sustento da prática delitiva, integra organização criminosa e possui um hábito delitivo; do pequeno traficante, ou mesmo do traficante “acidental”, aquele que é réu primário e muitas vezes atuava apenas como “mula” do tráfico, sem possuir qualquer figura de liderança ou mesmo ligação direta com a organização criminosa dona da droga que transportava.

Originalmente, o dispositivo acima citado não comportava a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; porém, no julgamento do HC 97.256/RS, o STF decidiu pela inconstitucionalidade incidental das regras impeditivas da substituição da pena privativa de liberdade, por entender que a vedação ofendia o princípio da individualização da pena, passando a admitir também a aplicação de penas restritivas de direitos nos delitos da Lei

de Drogas, desde que presentes os requisitos elencados no Art. 44 do Código Penal, até mesmo nos crimes de tráfico propriamente dito.

Sobre o regime de cumprimento de pena dos condenados por tráfico privilegiado, vale ressaltar, segundo Masson (2022), que durante muito tempo prevaleceu a ideia de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no Art. 33, §4, da Lei de Drogas, não afastava do delito em questão o caráter hediondo, o que afetava diretamente o regime de cumprimento de pena do condenado pelo tráfico privilegiado, que, mesmo com uma pena fixada no mínimo legal, deveria cumprir sua sentença em regime fechado.

Com esse entendimento, o STJ editou a súmula 512, que dizia que “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no Art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”. Entretanto, posteriormente, o mesmo plenário do STJ reformulou sua jurisprudência, passando a compreender que a figura do tráfico privilegiado não se enquadrava na sistemática da Lei de Crimes Hediondos, cancelando então a súmula 512.

Posteriormente, e em consonância com o entendimento do STJ, a Lei de Execução Penal, alterada pelo Pacote Anticrime, também passou a preconizar que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no Art.33, §4 da Lei n. 11.343/2006”.

Ademais, com a evolução da aplicação do instituto do tráfico privilegiado, a 6ª turma do STJ proferiu em sede do HC 596.603/SP decisão histórica, na qual determinou que:

- a) Os condenados por crime de tráfico privilegiado condenados a um ano e oito meses, pena mínima, têm o direito de iniciar o cumprimento de sua pena no regime aberto.
- b) Aos condenados por tráfico privilegiado não se deve impor o regime inicial fechado para o cumprimento de pena.
- c) Os juízes das varas de execução penal devem reavaliar a situação de condenados por tráfico privilegiado condenados a penas inferiores a quatro anos de reclusão, ressalvada a hipótese da alínea “a”, de modo a verificar a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena em face de eventual detração decorrente do período em que tenham permanecido presos cautelarmente.

6 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Sabe-se que o princípio da insignificância é uma causa de excludente de tipicidade e critério de política criminal então caracterizada, segundo Bitencourt (2012, p.59), pela ausência de tipicidade material do fato praticado pelo agente, ou seja, pela desconsideração do fato típico

por sua prática levar a consequências irrelevantes ou que não motivam suficientemente o início de uma persecução penal.

E é dessa forma pois o Direito Penal busca tutelar importantes bens jurídicos, mas certas condutas, por mais que sejam tipificadas em nosso ordenamento jurídico, não causam danos substanciais que justifiquem a aplicação do Direito Penal e a movimentação da máquina estatal.

Segundo Ackel Filho *apud* Lopes (1997, p. 75):

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes.

O Direito e a doutrina penal mundial consideram incontroverso o fato de que o princípio da insignificância foi tratado e discutido de forma científica pela primeira vez em 1964, com base nos ensinamentos de Claus Roxin, e no seu brocardo “*minimis non curat preator*” (o pretor não cuida de coisas pequenas), tendo origem romana.

Ultrapassadas as questões históricas do tema, analisaremos agora os temas mais recentes acerca do princípio da insignificância e seu surgimento na Idade Moderna.

Sabe-se que o primeiro texto legal a apresentar o instituto do princípio da insignificância foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789. Nos termos do Art.5º, vejamos: “Art. 5.º A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.

Tempos depois, em 1896, o jurista alemão Franz von List propôs a volta do conceito do princípio da insignificância anteriormente estudado como forma de diminuir o avanço da rigorosa legislação penal alemã no período.

Na visão do autor, o Direito Penal estava sendo usado em excesso pelo Poder Legislativo, sendo necessária a criação de mecanismos que levassem em conta as práticas concretas dos indivíduos e seus resultados naturalísticos.

Porém, tal tema só foi levado em consideração com seriedade após a Segunda Guerra Mundial, vez que milhares de europeus, em sua grande maioria alemães famintos, acabavam por furtar alimento e outros itens de necessidades básicas para sobreviver.

Dessa forma, dando ensejo à judicialização do princípio da insignificância, pois, nesse cenário, caso o texto original da lei fosse aplicado por completo, não haveria como as penitenciárias alemãs comportarem a quantidade exorbitante de detentos (FERNANDES, 2011, p.23).

É nesse contexto histórico que Claus Roxin apresenta, em 1964, o princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade material, afastando a incidência da norma penal em condutas de baixa reprovabilidade como medida de justiça e necessidade (LOPES, 2000, p.87).

Tendo então o princípio da insignificância surgido na doutrina como uma forma de manifestação contrária ao uso excessivo da sanção, sendo aplicado em casos em que a conduta do agente não afetar de forma relevante o bem tutelado, não se justificando a atuação do Direito Penal nesses casos (SOBRINHO, 2014, p.375).

6.1 DA TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL

Tem-se por tipicidade no Direito Penal a conformidade do fato praticado pelo agente com a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Assim, para um fato ser considerado típico, precisa adequar-se a conduta abstratamente descrita na lei penal (BITENCOURT, 2012).

Na definição de Zaffaroni (2012, p.95), “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.

Dividida na doutrina moderna em formal e material, a tipicidade penal tem duas facetas, deixando de ser mera adequação ao tipo penal (formal), passando a abrigar um juízo de valor na análise da relevância da lesão ao bem jurídico (material).

Tem-se configurada a tipicidade formal da ação quando a conduta praticada pelo agente se enquadra perfeitamente à descrição abstrata prevista no texto legal.

Dessa maneira, a tipicidade formal é o juízo de adequação entre fato e norma legal, tendo o fato da vida real se encaixado ao tipo previsto no texto literal da lei penal. Nesse viés, podemos concluir que o furto de uma garrafa vazia de refrigerante se caracteriza na previsão legal do Código Penal, mas que não gera nenhum dano significativo que motive a movimentação da máquina estatal. (GRECO, 2002, p. 176.)

No outro lado da moeda da tipicidade, tem-se a tipicidade material, para valorar a existência de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado. Por exemplo, o furto da garrafa de água vazia provavelmente não ofenderá o patrimônio da vítima, não devendo tal conduta ser caracterizada como furto para fins penais.

Discorrido sobre as duas facetas da tipicidade penal, entende-se que, mesmo que a ação do agente se adequa à tipicidade formal (o furto da garrafa), não há como se falar em tipicidade

material, não podendo por lógica se falar em crime, pois não houve lesão jurídica significativa a ponto de ferir o patrimônio da vítima.

Porém, as descrições gerais e abstratas nos textos do Código Penal acabam por impossibilitar muitas vezes a valoração e mensuração do dano causado para que se aplique determinada pena, levando à interpretação de que qualquer ato que se encaixe na descrição do tipo penal deva ser, nos escritos moldes, punido da mesma forma, sem diferenciação concreta sobre a reprovabilidade e dano da conduta.

Nesse escopo, o princípio da insignificância surgiu como forma de interpretação restritiva do tipo penal, com o objetivo de evitar que ele alcance condutas que sejam irrelevantes, rompendo com a tipicidade material do ato praticado e tornando-o atípico, não havendo que se falar em prática de crime.

6.2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da insignificância, embora não esteja previsto de forma expressa na legislação brasileira, é reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O STF tem se manifestado sobre o princípio da insignificância em diversos julgamentos, estabelecendo critérios e requisitos para sua aplicação.

Um marco importante nesse sentido foi o julgamento do HC 84.412/SP, pelo STF, em 2008. Nesse caso, ficou estabelecido o chamado “trinômio da insignificância”, que são os requisitos necessários para a aplicação do princípio no caso concreto. Segundo o entendimento do STF, são eles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

Embora não esteja previsto de forma explícita na legislação, o princípio da insignificância possui ampla aceitação no ordenamento jurídico nacional e é aplicado pelos tribunais brasileiros como uma forma de interpretação e aplicação mais adequada da lei penal, buscando evitar a criminalização de condutas que não causam lesão ou perigo relevantes aos bens jurídicos tutelados.

Como bem coloca Capez (2006, p. 14):

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

Contudo, a falta de disposições práticas e expressas na Constituição Federal acaba por gerar decisões variadas, resultando em insegurança jurídica. Atento a essa problemática, o legislador pátrio acrescentou no projeto do novo Código Penal, em tramitação na Câmara dos Deputados, um artigo prevendo expressamente o princípio da insignificância na parte geral.

Nesse contexto, na nova lei, caso aprovada, não haverá crime quando se verificar, cumulativamente, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições: mínima ofensividade na conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nos termos do parágrafo único do futuro dispositivo, é vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou for constatada habitualidade delitiva.

Evidente que o princípio não poderá ser utilizado como forma de beneficiar aqueles que cometem crimes habitualmente e constantemente, sendo inaplicável esse instituto como forma do indivíduo se esquivar da aplicação penal. No mesmo sentido, podemos pensar em um sujeito que furta a quantia de R\$ 10 diariamente. A análise individualizada dessas condutas apontará, certamente, para a insignificância da conduta e do dano, mas é óbvio que, nesse caso, deve-se analisar o todo, tornando impossível a incidência do princípio da insignificância.

6.4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE DROGAS

Uma das grandes inovações trazidas pela redação da Lei de Drogas está em seu Art.28, Caput e §1, foi a proibição de imposição de pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para seu consumo pessoal, partindo da premissa, segundo Masson (2019), de que a prisão desse sujeito não produz benefício algum à sociedade, justamente por obstar qualquer forma de tratamento da dependência, e insere o indivíduo “consumidor” em um sistema carcerário falido e muitas vezes dominado por facções criminosas, onde aquele eventual usuário seria facilmente cooptado para o tráfico.

Assim determina a redação do Art.28, Caput e §1, da Lei de Drogas:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Ocorre que, apesar do citado dispositivo legal haver vedado a aplicação de pena privativa de liberdade aos usuários e determinar um tratamento mais benevolente a estes, as condutas descritas no Caput e no §1 do Art.28 da Lei de Drogas não descriminalizaram a conduta, tendo apenas determinado a aplicação de outros tipos de penas, que não a privativa de liberdade e multa, haja vista que a própria Constituição Federal, em seu Art.5º, XLVI, delega ao legislador essa possibilidade.

Dessa forma, o que houve na prática foi a descarcerização dos indivíduos tidos como usuários de drogas, porém preservando a natureza jurídica de crime. Mas uma grande lacuna dentro da redação do Art.28 diz respeito à caracterização do usuário, que não estabelece critérios objetivos para essa diferenciação, utilizando-se do sistema de quantificação judicial, presente no Art.28, §2 e no Art.42, ambos da Lei de Drogas.

O sistema de quantificação judicial se vale, segundo Masson (2022), de parâmetros de quantidade da substância apreendida, do local da apreensão e das condições em que se desenvolveu a ação; juntamente com uma valoração das circunstâncias sociais e pessoais do suspeito, bem como da conduta e dos antecedentes criminais para diferenciar o usuário do traficante.

Apesar de todos esses critérios precisarem ser analisados em conjunto para formar um juízo mais preciso sobre a conduta do agente, o que ocorre na prática, segundo Cirino (2016), é a estereotipagem da população mais carente, como traficantes de drogas, o que distorce a percepção da realidade e perpetua a desigualdade social.

De acordo com pesquisa realizada em 2019, pelo juiz Marcelo Semer, doutor em Direito Penal e Criminologia, e juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo há 30 anos, em tese de doutorado em Direito, cerca de 50% dos encarcerados em razão da Lei de Drogas foram presos por estar na posse de menos de 100g de maconha ou 50g de cocaína (SEMER, 2019).

Dentro dessa realidade, a mesma pesquisa apontou que, nesses casos, cerca de 73% dos acusados foram presos em flagrante, tendo sua prisão convertida posteriormente em prisão preventiva, e em cerca de 95% desses casos em que houve apreensão de droga seguiram para a condenação definitiva (SEMER, 2019).

O tempo médio de prisão cautelar desses detentos é de sete meses e meio, e a média de penas aplicadas ao fim do processo é de quatro anos e nove meses. Vale ressaltar ainda que, em

apenas 16% das condenações a penas privativas de liberdade, ocorreu a substituição para uma pena alternativa como a restritiva de direitos, sendo a ampla maioria sentenciada à reclusão e iniciando seu cumprimento de pena em regime fechado (SEMER, 2019).

Uma análise desses dados, junto a um cruzamento de informações com a base de dados do DEPEN, nos leva à constatação de que o número de pessoas presas no Brasil em razão da posse de drogas em quantidades que em outros países seriam lícitas representa a grande maioria das prisões, numa situação em que, se o indivíduo estivesse em um país europeu, não seria encarcerado devido à posse daquela quantidade de drogas.

Nesse escopo, quando grande parte das condenações por tráfico de drogas se dá por reduzida quantidade de maconha apreendida com o suspeito, que é muitas vezes réu primário, onde a autoridade policial não reconheceu no ato do flagrante a figura do usuário e por conseguinte não aplicou os ditames do Art.28 da Lei de Drogas, surgem alguns questionamentos.

Não haveria outra medida a ser tomada se não o recolhimento deste réu primário aos estabelecimentos prisionais brasileiros deprecitados e superlotados? E será que é mesmo necessário ou vantajoso à sociedade reprimir este tipo de conduta, as quais em inúmeros países Europeus e da América Latina já foram descriminalizadas pela legislação?

Dentro desse cenário, segundo Masson (2022), existe forte controvérsia na jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de posse de drogas para consumo pessoal, destacando-se duas posições divergentes.

A primeira e majoritária posição é a de que não é cabível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes elencados no Art.28 da Lei 11.343/2006, sob pena de tornar ineficaz a política criminal de caráter educativo que motivou a criação da norma penal que passou a tipificar o crime de porte para consumo pessoal, conforme jurisprudência do STJ:

[..] a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito.

Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida (BRASIL, 2014).

Ademais, um forte argumento da corrente que sustenta a aplicação do princípio da insignificância aos crimes elencados no Art.28 da Lei 11.343/2006, como veremos a seguir, é o fato de que o agente portar consigo pequena quantidade de droga não seria suficiente para gerar danos concretos ao principal bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, que é a saúde pública,

não justificando, então, para essa corrente, a movimentação da máquina jurídica estatal para reprimir tal conduta.

Porém, tal argumento não é amplamente aceito pela atual jurisprudência, que levanta que a pequena quantidade de entorpecente é inerente ao próprio tipo penal, sendo irrelevante que a quantidade de droga portada pelo sujeito não cause danos concretos à saúde pública, conforme jurisprudência pacificada pelo STJ:

Além disso, 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 art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, O tipo previsto no art.

28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. HC 538.347/ES, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE), 5a Turma, j. 12. 11.2019.

Na mesma linha de entendimento do STJ, o STF também acolhe essa linha de pensamento:

É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. 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. 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. ARE/DF 728.688 AgR, rel. Min. Luiz Fux, 1a Turma, j. 07.10.2013.

A segunda e atualmente minoritária corrente pugna pela aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse de droga para consumo pessoal, desde que presentes no caso concreto alguns requisitos, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Apesar de minoritário, esse entendimento já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme vemos a seguir no voto do Relator, o Ministro Dias Toffoli:

Ao aplicar o princípio da insignificância, a 1 Turma concedeu habeas corpus para trancar procedimento penal instaurado contra o réu e invalidar todos os atos processuais, desde a denúncia até a condenação, por ausência de tipicidade material da conduta imputada. No caso, o paciente fora condenado, com fulcro no art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 3 meses e 15 dias de prestação de serviços à comunidade por portar 0,6 g de maconha. Destacou-se que a incidência do postulado da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exigiria o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Consignou-se que o sistema jurídico exigiria considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificariam quando

estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes fossem essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expusessem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. Deste modo, o direito penal não deveria se ocupar de condutas que produzissem resultados cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não representaria, por isso mesmo, expressivo prejuízo, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (BRASIL, 2012).

Dessa maneira, podemos notar que, apesar de o STF já haver adotado em alguns casos a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos delitos tipificados no Art.28 da Lei 11.343/2006, a doutrina majoritária ainda entende não ser cabível tal aplicação na maioria esmagadora dos casos.

7 DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO NOS DELITOS TIPIFICADOS NA LEI 11.343/2006

Enquanto os crimes de posse de droga para consumo pessoal não preveem aplicação de pena privativa de liberdade ao sujeito, e sim três modalidades diversas de pena — quais sejam: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo —, a pena para o delito de tráfico na modalidade privilegiada, ao fim da dosimetria, deve ficar abaixo do mínimo estipulado para o crime de tráfico de drogas em sua modalidade convencional, que é de cinco anos, podendo ser reduzida numa fração que varia de $1/6$ a $2/3$, e resultando em um tempo de reclusão entre um ano e oito meses no caso de pena mínima, podendo chegar a quatro anos e dois meses no caso de pena máxima.

Porém, na hora do flagrante, o que diferencia na prática o usuário que se encaixa na figura do Art.28 e é conduzido até a autoridade competente para lavratura de Termo Circunstancial de Ocorrência (TCO), e depois liberado do pequeno traficante ou mesmo “mula” do tráfico, que, como já mencionado, na maioria das vezes, é direcionado ao estabelecimento prisional enquanto aguarda julgamento e que possivelmente fará jus à diminuição de pena da figura do tráfico privilegiado é a quantidade e diversidade da droga que levava consigo, e, caso apreendidos, certos elementos característicos da traficância, como balança de precisão ou anotações correlatas ao comércio de entorpecentes.

Esses detalhes, na hora de uma eventual abordagem policial, farão a diferença entre o sujeito ser enquadrado como traficante ou usuário, sem a possibilidade de se verificar mais a fundo se realmente o indivíduo que portava elementos típicos da traficância exercia

habitualmente ou mesmo profissionalmente o comércio de entorpecentes; ou se aquele indivíduo abordado e flagrado com pequena quantidade de entorpecentes seria de fato apenas um usuário.

Essa dificuldade de diferenciação fática, aliada à estereotipagem da população mais carente habitante dos locais onde corriqueiramente ocorrem esses tipos de abordagem, deságua em um encarceramento em massa de jovens negros, pobres e sem instrução, que muitas vezes não são criminosos habituais, mas que são levados custodiados aos estabelecimentos prisionais e lá, sim, estabelecem contato com integrantes de organizações criminosas e “criminosos de carreira”, que dentro dos presídios cooptam esses jovens para de fato entrarem na vida do crime.

De acordo com Fábio Mallart (2014, p. 77): “A estereotipagem da população carente como traficantes de drogas é uma forma de preconceito que afeta a imparcialidade da justiça criminal, levando à criminalização de pessoas inocentes e à impunidade de criminosos poderosos”.

Dentro dessa realidade, muitas vezes esse jovem preso por portar pequena quantidade de maconha e algum dinheiro em espécie, e tido no momento do flagrante como traficante de drogas, faz jus à diminuição de pena da figura do tráfico privilegiado e é posto em liberdade após alguns meses preso. Porém, esse jovem que sai da penitenciária não é o mesmo que entrou. Após meses encarcerado e em contato direto com criminosos de maior periculosidade, esse indivíduo desenvolve habilidades delitivas que antes não possuía, e a política social de reinserção desse indivíduo acaba por trabalhar contra si própria.

Nesse escopo, um questionamento se mostra válido: por que não aplicar ao indivíduo que é réu primário e faz jus à diminuição de pena da figura do tráfico privilegiado, uma única vez, as mesmas reprimendas impostas à figura do usuário, descritas no Art.28, §1 da Lei de Drogas, aliadas a políticas públicas de capacitação profissional desse indivíduo, a fim de evitar o encarceramento de um jovem sem passado criminoso?

Como preceitua Figueiredo (2016, p. 78):

As penas alternativas à reclusão são importantes para promover a reintegração social dos condenados por crimes relacionados às drogas. Essas penas devem ser aplicadas de forma criteriosa, levando em consideração as circunstâncias do crime e as características do condenado.

Visto que a Lei de Drogas possui um condão de diferenciar o traficante habitual do pequeno e eventual criminoso, uma medida como essa, ou outra diferente do encarceramento, poderia evitar o encarceramento de milhares de jovens e ao mesmo tempo capacitá-los para exercer um ofício no mercado de trabalho, servindo tal medida como uma “segunda chance”

para aquele jovem usuário de drogas ou mesmo para o réu primário que se aventurou no tráfico de entorpecentes por não enxergar outro caminho viável para trazer o sustento para sua família.

Nessa mesma linha, e corroborando com o raciocínio de Figueiredo, Benson (2018) afirma que a Justiça não pode continuar lidando com o problema das drogas por meio da prisão, sendo necessário que a sociedade, por meio de seus legisladores, desenvolva alternativas viáveis ao encarceramento, como a reabilitação, a educação, a saúde pública e outras medidas que atendam às necessidades daqueles que sofrem com o vício. (BENSON, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu analisar a possibilidade jurídica de aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de cannabis no Brasil, levando em consideração aspectos sociais e econômicos que perpassam esse tema, a partir de revisões bibliográficas, análises jurisprudenciais, documentais, e estudos de casos.

Para uma melhor compreensão desse tema e de modo a responder à questão central do trabalho, foram definidos quatro objetivos específicos. O primeiro foi entender o que são de fato as substâncias denominadas “drogas” pela redação da Lei n.11.343/2006. Verificou-se, primeiramente, que a Lei de Drogas não enumera quantas seriam, nem lista quais seriam as substâncias consideradas como “drogas” para os fins de aplicação dessa lei, sendo, portanto, uma norma penal em branco.

Dessa forma, o Art. 66 da Lei de Drogas elegeu como lista oficial das substâncias a serem consideradas como “drogas”, mais precisamente em suas listas F1 e F2, a portaria da Anvisa de nº. 344/1998. Em suma, para que uma substância passe a ser considerada como “droga”, basta que integre essa lista e, para que deixe de ser considerada como tal, que seja retirada da listagem, ficando a cargo da Anvisa definir quais substâncias integrarão quais listas.

Depois, dentro da análise do segundo objetivo específico, que foi entender as funções das penas dentro do Direito Penal moderno, verificou-se que, tão importante quanto o clássico caráter punitivo da pena, que é sua característica mais marcante, sua função social de ressocialização também se mostra fundamental atualmente, visto que aquele indivíduo encarcerado, em algum momento, retornará ao convívio social e precisará estar apto a conviver novamente em harmonia com as pessoas e com a legislação vigente em nosso país, de modo a não mais delinquir.

Sendo assim, e identificando essa necessidade, nossa Lei de Execução Penal, mais precisamente em seus Art.10 e 11, reconheceu a importância da ressocialização na vida do

apenado e deixou clara a responsabilidade do Estado em proporcionar ao preso um cumprimento de pena que respeite seus direitos fundamentais e o auxilie na sua reeducação e ressocialização.

Porém, o que constatamos na realidade é que, com a superlotação das penitenciárias, muitas das medidas de ressocialização dos detentos se mostram inviáveis de serem executadas na prática por todos os apenados, desaguando em uma ineficácia do sistema prisional em cumprir seu papel social de ressocialização do detento.

Dentro da análise do terceiro objetivo específico, que se propôs a entender qual a influência na sociedade e na criminalidade da possível aplicação do princípio da insignificância nos casos supracitados, concluímos, com base em estimativas de dados do Depen e Infopen que existem atualmente dentro do sistema prisional brasileiro cerca de 102 mil presos classificados como réus primários, aguardando julgamento por crimes relacionados à Lei de Drogas. Esse número representa 12,5% do total da população carcerária brasileira.

Dentro dessa estimativa de 102 mil detentos classificados como réus primários, que estão presos provisoriamente por delitos relacionados à Lei de Drogas enquanto seus processos tramitam, muitos se beneficiariam com um possível entendimento favorável dos tribunais acerca da aplicação do princípio da insignificância nos delitos da Lei de Drogas.

Dessa forma, uma jurisprudência favorável à aplicação de tal princípio nos casos supracitados acarretaria um desencarceramento em massa de presos, o que, isoladamente, não se mostra uma alternativa benéfica para a sociedade, podendo gerar uma onda crescente de criminalidade, uma vez que nem todos estes detentos estão aptos a retornar ao convívio social.

Logo, levando em consideração as consequências jurídicas e sociais que a aplicação isolada do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de cannabis no Brasil traria, passamos de pronto para a análise da hipótese central deste trabalho. Verificou-se que existem precedentes do STF que entenderam aplicável o princípio da insignificância em delitos da Lei de Drogas, quando presentes no caso concreto, concomitantemente, os seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Porém, apesar de existirem julgados nesse sentido, a maioria esmagadora da jurisprudência e da doutrina entende não ser aplicável tal princípio nos crimes de tráfico de cannabis, por entender que a pequena quantidade de entorpecente portada pelo suspeito é inerente ao próprio tipo penal, sendo irrelevante que a pequena quantidade de droga portada pelo sujeito não cause danos concretos à saúde pública, não sendo, então, aplicável atualmente o princípio da insignificância nos crimes de tráfico de cannabis pela maioria dos tribunais.

Entretanto, quando passamos para a análise do quarto e último objetivo específico, que gira em torno da busca por novas soluções e meios para diminuir os efeitos negativos do encarceramento em massa na sociedade de indivíduos envolvidos com delitos tipificados na Lei de Drogas, nos deparamos com uma outra possibilidade.

Ao levarmos em conta que, nos casos práticos, é complicado diferenciar um usuário de drogas de uma pequena “mula” do tráfico, devido às semelhanças entre essas duas figuras, e que a lesão causada em abstrato ao bem jurídico também se assemelha nesses dois casos, uma alternativa ao encarceramento seria aplicar ao réu primário que foi preso com pequena quantidade de droga, tradicionalmente tido como “mula” do tráfico, reprimendas semelhantes às aplicadas ao usuário, combinadas com políticas de reeducação e profissionalização.

Quando questionados sobre o motivo que os fez entrar na vida do crime como “mulas” do tráfico, grande parte dos jovens responde que foi por falta de oportunidade no mercado de trabalho. Aliado a isso, temos a completa ineficácia do sistema prisional em executar a ressocialização dos seus detentos, servindo em grande parte como uma “faculdade do crime” para os réus primários que, encarcerados, aguardam julgamento.

Dessa forma, uma alternativa para tentar evitar a reincidência desse réu primário, e desafogar o sistema prisional, seria procurar não o incluir no meio criminoso das penitenciárias, aplicando penas alternativas a ele como a obrigatoriedade de participação em programas profissionalizantes, que possibilitariam ao indivíduo buscar seu sustento e de sua família por meio de um ofício lícito que lhe seria ensinado, de forma que o mesmo não busque mais o comércio de drogas.

Os instrumentos de coleta de dados utilizados permitiram executar uma análise jurídica bibliográfica sobre as correntes de pensamento de doutrinadores do tema, jurisprudências, posições dos tribunais superiores, e sobre os números e estatísticas do sistema penitenciário nacional.

Em pesquisas futuras, pode-se também analisar qual a influência direta da descriminalização e comercialização de produtos derivados da cannabis, na criminalidade, economia e sociedade dos países que a adotaram.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. Ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Cidade: Milão. Nella stamperia di Giuseppe Comino, 1764.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENSON, C. **Drogas e justiça criminal**. Cidade: São Paulo. Editora Atlas, 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/lei-antidrogas-criminaliza-usuario-e-ajuda-a-superlotar-penitenciarias>> Acesso em: 10 nov 2022.

CHIAVERINI, Tatiana et al. **Origem da pena de prisão**. 2009. Monografia (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

AGÊNCIA SENADO. **País tem superlotação e falta de controle dos presídios**. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios>> Acesso em: 10 nov 2022.

THINK TANK FORUM. **As 820 mil vidas sobre a tutela do Estado**. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>> Acesso em: 11 dez 2022.

PORTAL CFM. **Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsia da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php>> Acesso em: 11 dez 2022.

O GLOBO. **Maconha para uso recreativo: além do México que liberou, veja como já funciona o uso da planta em outros países**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/epoca/maconha-para-uso-recreativo-alem-do-mexico-que-liberou-veja-como-ja-funciona-uso-da-planta-em-outros-paises-25083189>> Acesso em: 11 dez 2022.

AGÊNCIA SENADO. **Cannabis medicinal: realidade à espera de regulamentação**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/07/cannabis-medicinal-realidade-a-espera-de-regulamentacao>> Acesso em: 20 jan 2023.

UNASUS. **Anvisa tira canabidiol, derivado da maconha, da lista de substâncias proibidas**. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/anvisa-tira-canabidiol-derivado-da-maconha-da-lista-de-substancias-proibidas>> Acesso em: 11 dez 2022.

PROHIBITION PARTNERS. **The Global Cannabis Report: Second Edition**. Disponível em: <<https://prohibitionpartners.com/reports/the-global-cannabis-report-second-edition/>> Acesso em: 15 jun 2023.

PORTAL CFM. **Exposição de motivos da resolução CFM 2.113/2014**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php>> Acesso em: 15 jun 2023

FIGUEIREDO, A. **Alternativas à prisão na lei de drogas**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 95.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> Acesso em: 10 nov 2022.

FREITAS, Tainá. **Cannabis pode movimentar US\$ 128 bilhões até 2028**. StartSe. 19 mai 2023. Disponível em: <https://www.startse.com/artigos/cannabis-mercado-global/> Acesso em: 20 mai 2023

GRECO, Rogério, **Curso de direito penal: Parte Geral**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patrícia. CHRISTÓFAGO, Danilo. **Princípio da insignificância: atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 15 nov 2022.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral**. Cidade: São Paulo. Editora Forense, 2019.

MALLART, Fábio. **Policiais e Cidadãos: uma história da Polícia no Rio de Janeiro**. Cidade: São Paulo. Editora Rocco, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 53.

MACHADO, Leandro. **A lei sancionada por Lula que fez explodir prisões por tráfico de drogas no Brasil**. UOL. 27 out 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2022/10/27/a-lei-sancionada-por-lula-que-fez-explodir-prisoas-por-trafico-de-drogas-no-brasil.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 20 jun 2023

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

ROGÉRIO, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Cidade: São Paulo. Editora Empório Direito, 2016.

PROHIBITION PARTNERS. **Reports**. Disponível em: <https://prohibitionpartners.com/reports> Acesso em: 17 nov 2022.

CNJ. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira/#:~:text=Ranking%20%E2%80%93%20Com%20as%20novas%20estat%C3%ADsticas,R%C3%BAssia%2C%20que%20tem%20676.400%20presos.> Acesso em: 15 nov 2022.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. HABEAS CORPUS Nº 110.475/SC, relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 14 de fevereiro de 2012, noticiado no Informativo nº 655. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>> Acesso em: 26/06/2023.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. HABEAS CORPUS Nº 102.940/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 06.04.2011. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 26/06/2023.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. ARE/DF Nº 728.688, AgR, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 07.10.2013. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24244448/inteiro-teor-111932403>>
Acesso em: 26/06/2023.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. STJ: RHC 35.920/DF, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma j. 20.05.2014, noticiado no Informativo 541.
Disponível em:
< <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25099708/inteiro-teor-25099709>>
Acesso em: 26/06/2023.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. HABEAS CORPUS Nº 538.347/ES, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE), 5ª Turma, j. 12. 11.2019. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102449070&dt_publicacao=20/11/2015> Acesso em: 26/06/2023.