

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006

Data de aceite: 01/11/2023

Anna Luiza de Almeida Gomes

Advogada, especialista em Direito Público pela Faculdade Legale e pós-graduanda em Direito Digital pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente artigo tem como intuito apresentar uma discussão sobre a possibilidade, ou impossibilidade, de aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A metodologia utilizada para a realização deste trabalho é qualitativa, utilizando de doutrinas e decisões judiciais como base para a discussão aqui levantada. Concluiu que o princípio da insignificância pode ser utilizado nas decisões sobre acusações do crime de tráfico, entretanto, para que sua aplicação pudesse ser realizada de forma mais eficaz deveria o legislador instituir na própria lei parâmetros definidores da quantidade de droga em que se enquadraria em tráfico ou em uso.

PALAVRAS-CHAVE: tráfico; princípio; insignificância; penal; drogas.

ABSTRACT: This article aims to present a discussion about the possibility, or impossibility, of applying the principle of

insignificance in the crime of drug trafficking, article 33 of the law nº 11.343/2006. The methodology used to carry out this work is qualitative, using doctrines and judicial decisions as the basis for the discussion raised here. It concluded that the principle of insignificance can be used in decisions on accusations of the crime of trafficking, however, so that its application could be carried out more effectively, the legislator should establish in the law itself parameters defining the amount of drug that would fit into trafficking or in use.

KEYWORDS: traffic; principle; insignificance; criminal law; drugs.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/2006, vulgarmente conhecida como Lei de Drogas, apresenta em seu texto diversos dispositivos que impõem sanções para ações ou omissões relacionadas a diversas condutas relacionadas a entorpecentes, tais como o crime de tráfico de drogas.

O crime de tráfico de drogas se encontra no art. 33 da referida lei, nele são dispostos variados verbos que qualificam

o que seria tipificado como a ação de traficância, são eles: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Além dos verbos dispostos no *caput*, há também outros dispostos em mais quatro parágrafos do artigo. Entretanto, em momento algum é citado no artigo, ou em qualquer disposição da lei, uma mensuração de uma quantidade de droga que poderia ser considerada como tráfico.

Conforme levantamento do ano de 2021, realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), disponibilizado em seu *site*, no Brasil há 1.215 estabelecimentos prisionais, considerando apenas penitenciárias e cadeias públicas, em que desse total há a capacidade para 424.218 detidos, entretanto existem 604.597 pessoas presas, ou seja, aproximadamente 142% a mais do que há capacidade, o que demonstra que há uma evidente desproporcionalidade quanto ao número de presos e a capacidade prisional no Brasil.

Outro levantamento, realizado pelo Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) do CNJ, quando pesquisado apenas sobre os dados de pessoas presas pelo crime de tráfico de drogas, apontou que havia 328.757 pessoas em tal situação. Ao analisar o mesmo sistema sem a utilização de qualquer filtro se vê que o crime de tráfico de drogas é o segundo maior delito que encarcera no país, atrás apenas do crime de roubo que possui um total de 403.804 no país.

Isto é, em face do cenário atual de ocupação prisional, é notório que o crime de tráfico ocupa uma posição muito alta para um crime que deveria ter uma incidência mais baixa, visto que os verbos de tal tipo penal são bastante específicos, conforme será mostrado adiante. Diante disso surgiu o questionamento sobre a razão pela qual o encarceramento por tráfico é tão alto, o que, após ler o texto penal, trouxe à tona que poderia ser em razão da falta de um parâmetro sobre a quantidade de droga que deveria ser transportada, vendida, entregue, etc para que se enquadrasse em tal delito.

Sendo assim, o presente artigo tenta responder aos questionamentos: A ausência de um parâmetro sobre a quantidade de droga influencia no aumento do encarceramento? Por qual razão não se aplica o princípio da insignificância quando há uma pequena quantidade de drogas?

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, é comumente utilizado na defesa de casos de crimes contra o patrimônio em que se há subtração de baixos valores. Sobre tal princípio o doutrinador Fernando Capez afirma

que “[...] o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.” (CAPEZ, 2020).

Isto é, nos casos em que a apuração de uma conduta se torna extremamente onerosa para o judiciário ou que se resultaria em algo ineficiente e talvez, até mesmo, sem relevância, não devem ser admitidos como tipos penais, na visão do legislador, e nem aceitos como ações penais, na visão do judiciário.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) define o princípio da insignificância de maneira parecida com a definição apresentada pelo doutrinador e explica para que serve sua aplicação, conforme se pode ver no trecho abaixo retirado do glossário jurídico do site do tribunal:

Princípio que **consiste em afastar a própria tipicidade penal da conduta, ou seja, o ato praticado não é considerado crime**, o que resulta na absolvição do réu. É também denominado “princípio da bagatela” ou “preceito bagatelar”[...]. (grifo nosso).

Isso ocorre, pois o Direito Penal é conhecido como a última *ratio*, ou seja, somente é aplicado caso não seja possível a aplicação de outro direito para resolver o problema. Esse entendimento é tão expresso que contemporaneamente há uma discussão em âmbito legislativo sobre a PL 4540/2021, em que prevê uma possível não tipificação em casos de furtos por necessidade ou de valores pequenos.

Entretanto, apesar de interessante, a discussão em nada agregaria o presente artigo, portanto, dando continuidade a explicação, é relevante dar destaque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os requisitos que utilizam para que se possibilite a análise da aplicação do princípio da insignificância.

O STF adota o entendimento de que são necessários quatro requisitos para que seja possível a ponderação sobre aplicação do princípio aqui destacado, são eles a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Insta ressaltar que todas as condições devem ser preenchidas, isto é, são requisitos “e” e não “ou”.

Ainda, tais requisitos foram aplicados pela primeira vez no julgamento do HC nº 84412 de 2004, ou seja, podemos entender que sua aplicação é relativamente recente no Brasil e que, portanto, ainda há espaço para discutir sua aplicabilidade em diversos campos do Direito.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA -IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES
CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO
DE POLÍTICA CRIMINAL -CONSEQÜENTEDESCARACTERIZAÇÃO DA
TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL -DELITO DE FURTO
-CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19
ANOS DE IDADE -“RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE

A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) -DOCTRINA -CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF -PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. -O princípio da insignificância -que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal -tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado -que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, 13 (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** -apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (STF. HC: 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento: 19/10/2004. DJe 19/11/2004)(grifo nosso).

Destarte, nota-se que o tal princípio é de aplicação bastante objetiva, dado que necessita do cumprimento de quatro requisitos a serem analisados com base no caso fático, isto é, o magistrado não pode fugir de tal análise caso o acusado se encontre em tais hipóteses. Além disso, a hipótese de trazer o princípio da insignificância como base para análise de casos de tráfico de drogas propiciaria uma menor subjetividade nas decisões, como será melhor explorado ao longo deste trabalho.

Nesse sentido, como informado anteriormente, a aplicação do princípio da bagatela normalmente se dá sobre crimes contra o patrimônio, a exemplo o crime de furto, conforme pode ser observado com os julgados a seguir:

EMENTA Habeas corpus. Penal. **Furto simples (CP, art. 155, caput). Ações penais em curso. Reconhecimento do princípio da insignificância.** Possibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto. Ordem concedida. 1. À luz dos elementos dos autos, o caso é de incidência do princípio da insignificância, na linha de precedentes da Corte. 2. As circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa que justifique a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a **inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 145,00)** e o fato de o ora paciente não ser, tecnicamente, reincidente específico. 3. Há de se ponderar, ainda, que a conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados (3 cuecas e 1 boneco de brinquedo) foram restituídos à vítima (Lojas Americanas), afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo. 4. Ordem concedida.(HC 192744, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 29-04-2021 PUBLIC 30-04-2021)(grifo nosso);

Habeas corpus. 2. **Furto simples de codornas avaliadas em R\$ 62,50.** Condenação à pena de 1 ano de reclusão. 3. Réu, à época da condenação, primário. 4. **Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade.** Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para restabelecer o acórdão do TJ/MS que aplicava o princípio da insignificância.(HC 128299, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-04-2016 PUBLIC 20-04-2016)(grifo nosso).

Entretanto, há também julgados que aplicaram tal princípio no caso de porte de drogas em quantidade ínfima, visto que consideraram apenas como uso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** 1. **Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.** 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar --- Lei n. 11.343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar. 9. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.(HC 92961, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/12/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-05 PP-00925 RTJ VOL-00205-01 PP-00372 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 440-449)(grifo nosso).

O que se deseja destacar mostrando tais julgados é que há uma possibilidade de se aplicar o princípio da bagatela em casos considerados como tráfico a depender da quantidade portada pela pessoa. Todavia, os tribunais, conforme exemplificado nas decisões a seguir do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entendem que afirmar que a droga que a pessoa acusada portava era para consumo próprio não se faz suficiente para desqualificar do delito de tráfico para uso pessoal, uma vez que alegam que o uso é uma conduta dos traficantes para conseguirem manter o vício:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA POLICIAL. IMPROCEDÊNCIA DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. DOSIMETRIA DA PENA. 1ª FASE. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA). JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA ELEVAR A PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. CRITÉRIO OBJETIVO-

SUBJETIVO PARA FIXAR A PENA-BASE. 3ª FASE. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. TRÁFICO EM LOCAL DE TRABALHO COLETIVO E DE GRANDE MOVIMENTAÇÃO DE PESSOAS (RODOVIÁRIA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LAD. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA NÃO APLICAR O PRIVILÉGIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Mantém-se a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas, pois comprovadas a materialidade e a autoria pela prova pericial e por meio dos depoimentos coesos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente", conforme o § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06. 3. É improcedente o pedido de desclassificação para o delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006 quando os elementos de prova e as circunstâncias indicam a prática do crime de tráfico de drogas. **4. A condição de usuário, por si só, não possui o condão de elidir a tese acusatória e de afastar a materialidade e a autoria da prática do crime de tráfico de drogas.** 5. Mantém-se a análise desfavorável das circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei de Drogas, pois a cocaína tem maior possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, que, no caso, é a saúde pública. 6. Acertado o aumento de 1/8 (um oitavo) do quantum de pena obtido da diferença entre os patamares máximo e mínimo cominados abstratamente ao tipo, devido à valoração de um vetor de circunstância judicial, conforme preceitua o critério objetivo-subjetivo de fixação da pena-base. Precedentes. 7. A majorante do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas expressa hipótese em que a lei objetiva reprimir, com mais rigor, a conduta do agente que comercializa drogas em locais onde haja facilidade de disseminação do consumo, em decorrência da maior concentração ou fluxo de pessoas, como no caso da Rodoviária do Plano Piloto, onde há trabalho coletivo e grande movimentação de pessoas. 8. Conforme entendimento do STJ, inquéritos policiais e/ou ações penais em curso podem ser utilizados para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 9. Apelação criminal conhecida e desprovida. (Acórdão 1333166, 00003331620198070001, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 15/4/2021, publicado no PJe: 24/4/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)(grifo nosso);

"2. A alegação de que o acusado é usuário de drogas, por si só, não possui o condão de afastar o crime de tráfico de drogas, uma vez que é notório que as pessoas envolvidas com a prática desse delito, não raras vezes, também consomem essas substâncias entorpecentes, praticando a mercancia ilícita com o fim de sustentar o próprio vício." (Acórdão 1306853, 07244182520198070001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Primeira Turma Criminal, data de julgamento: 3/12/2020, publicado no PJe: 16/12/2020.)(grifo nosso).

Ou seja, há o entendimento de que por mais que a pessoa aparente ser apenas usuária deve condená-la por tráfico pela possibilidade de esta estar envolvida com tal delito. Porém, deve-se levar em consideração que nem todo traficante é usuário, portanto não há como afirmar que somente por ser encontrada portando a droga a pessoa acusada seria traficante.

No caso deveria ter sido levada em consideração pelo magistrado a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, pois evidentemente não havia qualquer certeza de que o réu era traficante, a dúvida surgiu na mente do juiz e a sua decisão foi aplicar pelo que era

mais gravoso. Ainda, ao evitar a consideração de tal aplicação o magistrado de certa forma passou por cima do princípio da inocência, este direito fundamental, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Ato contínuo, a decisão do magistrado nos remete ao texto da Súmula nº 718 do STF, que determina “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”, é manifesto que na decisão apresentada o relator não determinou pena mais gravosa que a prevista, mas utilizou de convicções pessoais para determinar a pena do réu.

Entretanto é uma discussão interessante a se levantar, visto que a subjetividade deixada pelas lacunas na Lei nº 11.343/2006, oportunizam decisões como essa que fomentam ainda mais insegurança jurídica, por tal razão se vê a necessidade de estabelecimento de padrões quantitativos.

PRINCÍPIO DA BAGATELA NA LEI DE DROGAS

O doutrinador Guilherme Nucci afirma em seu artigo “A droga da Lei de drogas” que deveria ser estabelecido no Brasil uma quantidade para cada tipo de droga que qualificasse a pessoa como usuária ou traficante, a fim de que não haja apenas uma suposição do operador de direito de que a pessoa se encontra em situação de traficância e que, além disso, o crime previsto no art. 33 da referida lei deveria conter em seu texto a finalidade de obtenção de lucro com a comercialização de entorpecentes.

O autor, ainda, diz que:

Traficante de drogas é pessoa abastada economicamente, podendo adquirir imóveis, móveis e, principalmente, armas pesadas. Do outro lado, está o consumidor, que deveria simplesmente ser assim considerado, quando o Estado-acusação não conseguir demonstrar a finalidade do transporte de droga para transferência a terceiros. Nesse prisma, quem carrega consigo 2 gramas é, em primeiro plano, consumidor; somente se essa presunção se desfizer (presunção relativa), pode-se acusá-lo de tráfico (NUCCI, 2016)(grifo nosso).

Isto é, ele entende que é necessário existir essa clara distinção de quem seria o usuário e o traficante, pois são pessoas de perfis completamente diferentes e, portanto, quem apenas consome não deveria ser punido de forma equivalente àquele que comercializa as drogas ilícitas e o primeiro passo para isso seria a introdução no texto legal de uma definição quantitativa sobre o que está sendo portado.

Em maio de 2022 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão para que fosse liberto um réu condenado pelo crime de tráfico de drogas, baseando sua decisão na consideração da reduzida quantidade de drogas apreendida com ele:

Trata-se de recurso em habeas corpus, com pedido liminar, interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 36): HÁBEAS CORPUS TRÁFICO RECURSO EM LIBERDADE IMPOSSIBILIDADE NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PACIENTE RESPONDEU PRESO DURANTE O CURSO DA INSTRUÇÃO ORDEM DENEGADA. Consta que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de detenção, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa, pela prática de crime de tráfico de drogas. No presente recurso sustenta a defesa que a sentença carece de fundamentação concreta quanto à negativa de se apelar em liberdade, baseada na gravidade do delito, sem apontar fundamentos concretos hábeis a justificar a manutenção da medida extrema. Frisa que o paciente já teria cumprido, em sua prisão preventiva, 1/6 da reprimenda imposta e assevera que o réu é primário. Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, garantindo o direito do paciente de recorrer em liberdade. Não havendo divergência da matéria no órgão colegiado, admissível seu exame in limine pelo relator, nos termos do art. 34, XVIII e XX, do RISTJ. Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP. Na sentença, assim se dispôs (fl. 20): Não poderá o réu apelar desta sentença em liberdade, nos moldes do art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.464/07. Ainda que assim não fosse, em sendo necessária a prisão no correr da instrução do feito, a prolação desta sentença condenatória apenas reforça os motivos ensejadores do afastamento do réu do convívio social, por garantia da ordem pública. Consta do decreto prisional que (fls. 15-16): Análise o presente auto de prisão em flagrante nos termos do Provimento do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo 2567/2020, o qual em seu artigo 5º dispôs que: “O artigo 28 do Provimento CSM 2.564/2020 passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 28. Em razão da prorrogação do período de restrições sanitárias decorrentes da pandemia de Covid-19, permanecem suspensas em todo o Estado de São Paulo, nos dias úteis e Plantões Ordinários, a realização de audiências de custódia, até nova deliberação pela Presidência, devendo ser realizado o controle da prisão em flagrante observando-se as diretrizes previstas nos artigos 8º e 8º-A da Recomendação CNJ 62/2020, mantida, no mais, a sistemática estabelecida pela Resolução OE nº 740/16 e pelo art. 406-A do Tomo I das Normas de Serviço da Corregedoria Geral? No mais, o flagrante está formal e materialmente em ordem nos termos dos artigos 302 e 304 do Código de Processo Penal. A prisão foi comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada, nos termos do art. 5º, LXII, da Constituição Federal. Também foi entregue a nota de culpa, em cumprimento ao disposto no artigo 306, § 2º, do Código de Processo Penal, bem como foi encaminhado cópia do auto de prisão em flagrante, acompanhado de todas as oitivas colhidas, para a Defensoria Pública (art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal). O autuado foi preso em flagrante por infração ao artigo 33, caput?, da Lei nº 11.343/06. Consta dos autos que os policiais militares estavam em patrulhamento quando passaram pelo conjunto habitacional da Rua Maria Ceron Volpe e foram informados pelos moradores que indivíduos estariam no telhado do Bloco C. Em seguida, os policiais foram ao local, onde encontraram o autuado, conhecido por ter envolvimento com tráfico de drogas. Em revista foram encontrados R\$50,00 e um celular. Indagado, o autuado confessou aos policiais que havia drogas no forro da sua casa, onde foram encontrados treze pedaços de maconha, uma porção fracionada da mesma droga, uma balança e R\$211,00. O(a) representante do Ministério Público pleiteou a conversão do

flagrante em prisão preventiva e a i. defesa pleiteou a concessão da liberdade provisória. O laudo de constatação (págs. 32/35) indica que as substâncias apreendidas, descritas nos autos de exibição e apreensão de págs. 12/13, são entorpecentes (Portaria nº 344/1998, SVS/MS), do que decorre a materialidade do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei nº 11.343/06), para o qual se prevê pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Destaque-se que o autuado foi preso em flagrante, por tráfico de drogas, no dia 29/12/2020, sendo concedida liberdade provisória naquela oportunidade. Desse modo, a prisão cautelar revela-se necessária para garantia da ordem pública, tratando-se, ao menos por ora, do meio adequado a impedir a reiteração delitiva (arts. 312 e 314, CPP), de forma que as medidas cautelares diversas da prisão mostram-se insuficientes (art. 282, § 6º do CPP). Os elementos de convicção contidos nos autos não revelam a existência das excludentes previstas no art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal. Não é caso de aplicação de medidas diversas da prisão, preconizadas na Recomendação CNJ 62/2020. Isso porque, além de presentes os pressupostos e requisitos da prisão cautelar, imprescindível demonstração inequívoca de que o preso se encontre no grupo de vulneráveis, com impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional, ausentes na hipótese. Posto isto, com fundamento nos arts. 310, II, e § 2º, 312, 313, I, e 315, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de UILIAN CARLOS RIBEIRO JUNIOR em PRISÃO PREVENTIVA. Expeça-se mandado de prisão. Como se vê, o decreto de prisão apresenta fundamentação lastreada na reiteração delitiva. Por outro lado, **embora tenha sido indicado fundamento válido, observa-se que a quantidade não é expressiva - treze pedaços de maconha, e uma porção fracionada da mesma droga (685,245 gramas nos termos da sentença à fl. 17)**. Assim postos os fatos, **no caso concreto não se verifica nenhum elemento para justificar a prisão, o que evidencia a ausência de fundamentos para o decreto prisional, especialmente por ser tratar de paciente primário**. Ante o exposto, dou provimento liminarmente ao recurso em habeas corpus, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso. Comunique-se. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 12 de maio de 2022. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) Relator (RHC n. 164.498, Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 17/05/2022.)(grifo nosso);

Conforme decisão acima, o relator considerou o porte de 685 gramas de maconha uma quantidade insuficiente para determinar uma situação de traficância. Pensando de tal maneira, por qual razão o caso da Apelação nº 0008676-06.2014.8.26.0564 (ementa abaixo) julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) foi mantida a prisão se a quantidade de droga apreendida com o réu foi bem semelhante ao da decisão citada?

APELAÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – AGENTE FLAGRADO COM QUASE 800 GRAMAS DE MACONHA - REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – APLICAÇÃO – Descabimento: O benefício deve ser reservado ao pequeno traficante, flagrado em seu primeiro envolvimento com a justiça, que não se dedique a atividade ou que não integre organização criminosa, não sendo o caso dos autos. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – DESCABIMENTO: **Descabida a fixação de regime prisional diverso do fechado para a prática do crime**

de tráfico de entorpecentes, inviabilizada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, máxime, indicando a sistemática do ordenamento jurídico, a insuficiência da substituição como resposta jurisdicional apta à reprovação e prevenção de novas condutas. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Criminal 0008676-06.2014.8.26.0564; Relator (a): J. Martins; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/06/2015; Data de Registro: 09/06/2015) (grifo nosso);

Renato Brasileiro (2021) afirmou que existem dois sistemas legais (figura 1) adotados por variados ordenamentos jurídicos, o primeiro seria o Sistema da Quantificação Legal em que é fixada uma quantidade diária de droga que poderia ser considerada consumo e a ultrapassando, tráfico. E o outro, Sistema de Quantificação Judicial, adotado pelo Brasil, em que cabe ao juiz analisar as circunstâncias e definir se se trata de consumo próprio ou tráfico.



Figura 1

Tal sistema adotado pelo Brasil abre oportunidade para muitas divergências jurisprudenciais, portanto exala insegurança jurídica e, além disso, contribui para o aumento do encarceramento, uma vez que, como visto a partir das decisões aqui apresentadas, a maioria delas trás um viés mais punitivista em relação ao porte de entorpecentes, dando preferência a uma condenação por tráfico, menos branda.

Ademais, o sistema de quantificação judicial deixa nas mãos dos magistrados o poder de definir quem se encontra ou não em situação de traficância, o que não necessariamente precisa ser quebrado de imediato, mas poderia ser adaptado com a adoção do princípio da bagatela nos casos em que o acusado estivesse portando uma quantidade irrelevante de drogas, o que excluiria a tipicidade do crime e, em consequência, reduziria os números alarmantes de encarceramento por tráfico no país.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO E ENCARCERAMENTO

A ponderação da aplicação do princípio da insignificância no julgamento dos casos de tráfico por si só seria um grande avanço para o judiciário brasileiro, visto que possibilitaria uma padronização das decisões, quando fossem analisados os quatro requisitos necessários e se tornaria uma maneira de reduzir insegurança jurídica sobre as decisões de tais casos, além de também retirar um pouco da subjetividade das análises, visto que jurisprudências seriam consolidadas e se enxergaria um padrão em relação a consideração de quantidade de droga que possibilitaria a aplicação de tal princípio.

Ademais, ao analisar por uma visão mais voltada para a economia, o alto encarceramento possui, inevitavelmente, um impacto direto à economia do país, visto que há mais gasto para manutenção da pessoa detida nos estabelecimentos prisionais, com despesas de saúde, materiais de higiene, materiais de limpeza, transporte para as audiências, manutenção predial, etc.

Um panorama realizado pelo CNJ em 2021 mostrou que o gasto médio do Estado com uma pessoa presa é de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), ou seja, considerando que o número atual de pessoas detidas pelo crime de tráfico de drogas é de 328.757 (figura 2), seria um gasto médio mensal de R\$821.892.500,00 (oitocentos e vinte um milhões oitocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais) pelo Estado durante todo o ano.

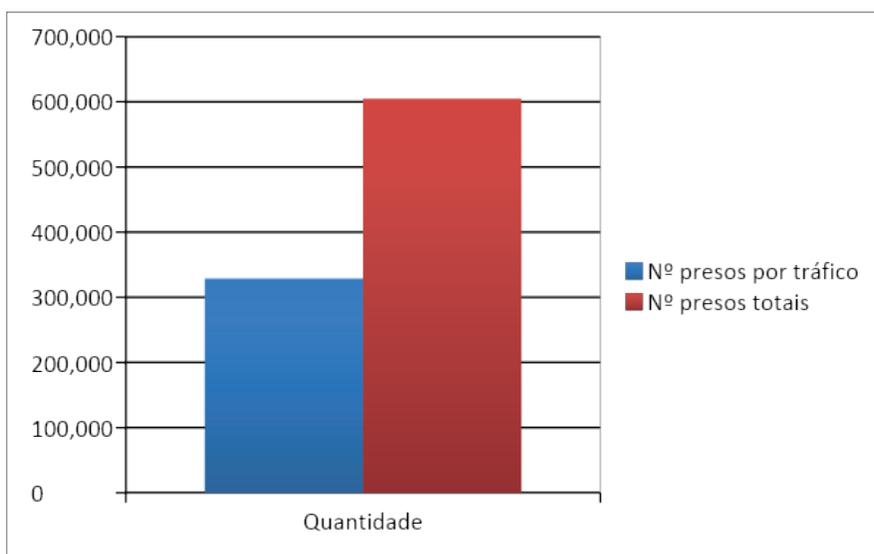


Figura 2

O que se busca destacar é que, caso houvesse a aplicação do princípio da insignificância nos casos em que a quantidade de drogas é insignificante, a quantidade da população prisional diminuiria de forma drástica, o que seria benéfico para o Estado e para a sociedade como um todo, visto que possibilitaria que o valor antes destinado para

manutenção de uma pessoa presa poderia estar sendo destinado para fomentação de políticas públicas que auxiliassem os usuários a conter seu vício e, por fim, evitar o famoso evento cíclico (figura 3) em que usuários cometem delitos sob o efeito da droga e acabam por inchar ainda mais os estabelecimentos prisionais.



Figura 3

É claro que a ideia de que a inserção de políticas públicas que auxiliem na redução de usuários de drogas ilícitas não necessariamente conteria “um possível infrator”, visto que não são todos os usuários que poderiam cometer algum delito sob efeito de entorpecentes, contudo é uma possibilidade, portanto uma realidade de relevância para ser colocada como benefício da construção da política pública.

Sendo assim, a consideração da aplicação do parâmetro quantitativo de drogas para a incidência ou não no crime de tráfico se faz medida, aparentemente, suficiente para conter diversas inseguranças jurídicas e agigantamento da população carcerária, principalmente daquela composta por acusados do crime do art. 33 da lei de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de drogas apresenta, como bem definiu o doutrinador Guilherme Nucci, pontos cegos que devem ser analisados, visto que causam incertezas na aplicação de seus dispositivos. A ausência de um parâmetro sobre a quantidade de drogas para se considerar tráfico tem causado grande inchaço nos estabelecimentos penais, considerando que atualmente a população carcerária presa por tráfico corresponde a aproximadamente 54% do total de presos no país.

Tendo em vista toda a pesquisa aqui elaborada e o questionamento inicial “A ausência de um parâmetro sobre a quantidade de droga influencia no aumento do encarceramento?” pode-se afirmar que sim, possui uma relação direta. Guilherme Nucci apresenta essa conexão do aumento da população carcerária com os pontos cegos da Lei de drogas, em que deixam margem para julgamentos sem parâmetro e baseados em achismos dos magistrados, ele afirma que, ainda em 2016, os julgamentos envolvendo tráfico de drogas constituíam mais de cinquenta por cento do volume dos trabalhos das varas.

Ademais, o segundo questionamento apresentado no início deste artigo desejava saber “por qual razão não se aplica o princípio da insignificância quando há uma pequena quantidade de drogas?”, diante tudo que foi estudado percebe-se que o princípio não é aplicado justamente pela ausência de parâmetros legais e determinações positivadas sobre o que seria pequena quantidade e o que não seria.

Foram apresentados dois casos em que um o réu porta 685 gramas de droga ilícita e o magistrado considerou como quantidade ínfima para enquadramento em tráfico, enquanto em outra decisão, em que o acusado portava cerca de 800 gramas de entorpecente, isto é, quantidade não muito maior do que no caso anteriormente analisado, foi acusado de tráfico por considerar a quantidade muito alta para ser portada por apenas um usuário.

Ademais deixam a análise muito subjetiva, uma vez que fica a cargo do próprio magistrado definir o que seria considerado como grande ou pequena quantidade. Portanto, a ausência dessas limitações quantitativas na lei trazem muitos prejuízos, não apenas o aumento de população carcerária, mas também a insegurança jurídica, uma vez que o usuário não sabe se quando abordado pela polícia responderá por tráfico ou apenas pelo crime de uso.

Em suma, conclui-se que o aumento da população carcerária tem relação direta com a ausência do estabelecimento desses padrões quantitativos, logo uma solução seria uma alteração legislativa do texto da lei para que nela constasse essas especificações ou que houvesse uma definição, por meio de jurisprudência, que determinasse os valores de droga portados a serem considerados como tráfico. O que possibilitaria uma aplicação mais eficaz do princípio da insignificância nos casos que estivessem a ser julgados.

Apesar de responder aos questionamentos iniciais, o artigo deseja manter o questionamento em aberto para que novas pesquisas possam ser desenvolvidas sobre o tema, com uma visão mais aprofundada e detalhada do assunto. Além disso, com todas as informações levantadas surgiu um novo questionamento que ficará de incentivo para um novo trabalho, que se trata de se ocorresse a implementação do que aqui é proposto, parâmetros quantitativos no texto de lei para a consideração de crime de tráfico, a incidência de crimes por uso de drogas aumentaria? Se aumentasse, qual seria o instrumento de política criminal mais eficiente para evitar tal situação?

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de dezembro de 2022 às 14h;

_____. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 25 de novembro às 15h36;

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). HC 192744. Relator: Dias Toffoli, Brasília, 29 de março de 2021;

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). HC 128299. Relator: Gilmar Mendes, Brasília, 24 de novembro de 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). HC 92961. Relator: Eros Grau, Brasília, 11 de dezembro de 2007;

_____. Supremo Tribunal Federal. Glossário jurídico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>. Acesso em: 06 de dezembro de 2022 às 02h44;

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 718. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2545#:~:text=A%20opini%C3%A3o%20do%20juiz%20sobre,permitido%20segundo%20a%20pena%20aplicada>. Acesso em: 05 de dezembro de 2022 às 14h28;

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3ª turma). Acórdão 1333166, 00003331620198070001, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Brasília. 15/4/2021;

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1ª turma). 1306853, 07244182520198070001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Brasília. 03/12/2020;

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Volume 1 – Parte geral.

2020. p. 110-114. Disponibilizado em: https://books.google.com.br/books?id=vJrUDwAAQBAJ&pg=PT2&ots=XGCEI_9JV5&dq=fernando%20capez%20curso%20de%20direito%20penal&hl=pt-BR&pg=PT64#v=onepage&q=fernando%20capez%20curso%20de%20direito%20penal&f=false. Acesso em: 22 de Novembro de 2022 às 23h28;

CNJ. Relatório calculando custos prisionais: Panorama nacional e avanços necessários, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2022 às 02h37;

_____. Sistema Eletrônico de Execução Unificado. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f8f79a16-35a2-43fe-a751-34ba131ffc1f&sheet=74a59799-5069-461d-a546-91259016a931&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 04 de Dezembro de 2022 às 23h19;

CNMP. Sistema prisional em Números. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 25 de novembro de 2022 às 17h;

HIGÍDIO, José. STJ manda soltar condenado por tráfico de drogas em pequena quantidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-17/stj-manda-soltar-condenado-trafico-pequena-quantidade>. Acesso em: 23 de novembro de 2022 às 02h14;

LIMA, Renato Brasileiro De. Legislação especial comentada: Volume único. 2021.6ª edição. Editora JusPODIVM, p.987;

NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. 2016. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/droga-da-lei-de-drogas/> . Acesso em: 07 de dezembro de 2022 às 16h15;

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo . Apelação Criminal 0008676-06.2014.8.26.0564; Relator (a): J. Martins; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal. São Bernardo do Campo. 1ª vara Criminal. 01/06/2015;