

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

*Gabriella Vieira Oliveira Gonçalves**

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da insignificância. 2.1 Apresentando o princípio. 2.2 Críticas. 2.3 Os nossos pressupostos. 2.4 O habeas corpus e o princípio da insignificância. 3 O princípio da insignificância, as substâncias entorpecentes e o habeas corpus. 3.1 Aspectos gerais. 3.2 Os dez documentos. 4 Partindo para a análise. 4.1 O que julgou o Supremo Tribunal Federal. 4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal frente à realidade brasileira. 5. Conclusão.

Resumo: Considerando o contexto de violência relacionado ao tráfico e uso de drogas existente na sociedade brasileira, o presente trabalho analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à aplicação do princípio da insignificância aos casos relacionados a entorpecentes, com o fito de tentar responder à seguinte pergunta: qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas situações que envolvem o porte de pequenas quantidades de drogas, em que existiria a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância? Para tanto, foram analisados dez habeas corpus, relacionados ao porte de pequena quantidade de entorpecentes, julgados entre 26 de março de 2002 e 11 de dezembro de 2007, sempre com o objetivo de perceber o posicionamento do Judiciário brasileiro frente a um dos principais problemas enfrentados pela sociedade.

Palavras-chave: Habeas corpus. Princípio da insignificância. Supremo Tribunal Federal. Drogas tráfico de drogas. Violência.

* Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Brasília, UnB, em 2007 e graduanda em Direito pela mesma universidade.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação do princípio da insignificância aos casos relacionados a entorpecentes, com o fito de tentar analisar a seguinte pergunta: qual o posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, nas situações que envolvem o porte de pequenas quantidades de drogas, em que existiria a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância?

A pergunta apresentada é relevante, porque a sociedade brasileira vem sofrendo, em especial nos últimos anos, com o crescimento da violência, sendo uma das principais causas desse fenômeno o tráfico ilícito de entorpecentes. A responsabilidade por combater tal prática é atribuída ao Poder Executivo, que deveria elaborar políticas públicas para desestimular o consumo de drogas, punir traficantes e apresentar alternativas àqueles envolvidos na rede do tráfico. Essa responsabilidade do governo existe e deve por ele ser assumida. Não se deve esquecer, porém, que mais que do Executivo, é dever do Estado garantir a segurança de seus cidadãos, e o Estado não abrange apenas este Poder: além dele, existem também o Legislativo e o Judiciário. É tarefa de todos eles atuar para que a violência no Brasil seja reduzida.

O objetivo da presente análise é estudar possíveis ações que poderiam ser exercidas pelo Judiciário, a fim de atuar no combate à violência. Como, porém, diversas são as alternativas de atuação, optou-se por analisar, neste artigo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação do princípio da insignificância quanto ao tráfico e ao consumo de drogas. Esse recorte foi escolhido, porque o direito penal é o instrumento mais forte de proteção a bens e valores considerados essenciais em uma sociedade, em determinado momento, e o princípio da insignificância é uma das formas de se tentar garantir a proporcionalidade da aplicação das normas penais, cuja incidência poderia ser relativizada quando o crime não atingisse de modo relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (MAÑAS, 1999).

A eventual aplicação de tal princípio em relação àqueles que consomem ou traficam tais substâncias, poderia ser interpretada como uma forma de tratamento brando aos praticantes de uma atividade, que é considerada uma das principais causas da violência que hoje aflige o país. Por outro lado, a descon sideração do princípio, nesses casos, poderia ser o reconhecimento de um grave problema e a tentativa do Judiciário de fazer a sua parte para desestimular a prática e, assim, contribuir para

o combate a um dos maiores problemas enfrentados pelo país. Afinal, o Judiciário não é entidade isolada e deve interagir com a sociedade e suas demandas para garantir um dos principais objetivos da aplicação da norma jurídica: a paz social.

Para a concretização desse estudo, em primeiro lugar será realizada uma breve análise a respeito do princípio da insignificância, abordando, ademais de sua definição, críticas a seu respeito e sua aplicação em casos de *habeas corpus*. Em seguida, serão analisados os dez julgados de *habeas corpus* do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema e, por fim, será apresentada a conclusão das avaliações realizadas.

2 O princípio da insignificância

2.1 Apresentando o princípio

O Direito Penal é responsável pela tutela de bens jurídicos que são considerados os mais importantes por uma determinada sociedade em determinado momento e, possui natureza dogmática por basear-se no direito positivo. A fim de proteger esses bens jurídicos, o legislador estabelece, na legislação penal, o comportamento humano ilícito e a respectiva sanção. Apenas quando um fato é considerado um crime, por encaixar-se em modelo legal previamente estabelecido, é que o Estado adquire o direito concreto de punir (JESUS, 2008). Dessa forma, os bens jurídicos considerados mais valiosos por uma sociedade são tutelados pela forma mais radical de intervenção do Estado na esfera individual, que é, em último caso, a privação da liberdade.

Na ânsia de garantir a efetiva tutela de tais bens, o legislador, muitas vezes, em decorrência das imperfeições do processo legislativo, tipifica condutas que não são reprovadas socialmente ou que não provocam danos significativos ao objeto de proteção do Direito Penal. Essa imperfeição decorre da impossibilidade de o legislador prever e descrever todas as formas possíveis de conduta lesiva aos bens jurídicos tutelados, o que o leva a realizar a tipificação de modo abstrato, a fim de que grande número de condutas lesivas seja alcançado pela lei (SILVA, 2004). Em consequência desse procedimento, acabam sendo considerado crime aquelas situações em que os delitos materiais ou de resultados são irrisórios, sem grandes prejuízos para a sociedade, mas que, por enquadrar-se no tipo previsto pelo legislador, têm que ser abrangidas pelo direito

penal. Essa situação pode trazer algumas consequências negativas para a sociedade, como a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais, o retardamento da administração da justiça, o agravamento das finanças públicas devido ao encargo de manutenção dos condenados, o descrédito do Direito Penal, a diminuição de sua eficácia e, até mesmo, a vulneração do princípio da isonomia, tendo em vista que alguns serão condenados enquanto outros, em razão de falta de capacidade do Judiciário, não serão sequer citados em eventual processo penal (REBÊLO, 2000).

Pelo que foi dito no parágrafo anterior, é importante que a aplicação da lei penal esteja em conformidade com a sociedade na qual está inserida e que haja proporcionalidade e razoabilidade em sua aplicação. Por esse motivo, a punibilidade deve ser estendida somente até o limite em que seja indispensável para que ocorra a efetiva proteção do bem jurídico. É nesse contexto que se insere o princípio da insignificância, segundo o qual deve ser desconsiderada a atuação do Direito Penal nos casos em que há afetação mínima do bem jurídico, situação em que o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste razão para a aplicação de sanção penal (REBÊLO, 2000). Por meio desse princípio, segundo argumenta SILVA (2004), busca-se excluir do âmbito penal as condutas que não apresentam um grau de lesividade mínimo para a concreção do tipo legal, evitando, assim, que a sanção penal seja imensamente desproporcional ao dano causado pela ação formalmente típica.

O fundamento desse princípio está precisamente no fenômeno, acima descrito, da existência de imperfeições no processo de tipificação, que levam condutas aceitas pela sociedade ou casos leves a serem incluídos formalmente pelo tipo, não havendo meios de excluí-los da norma. O princípio da insignificância aparece, assim, como elemento de interpretação restritiva, que visa a evitar que tais casos leves ou condutas aceitas sejam enquadrados como crime. É a tentativa de adequação da norma aos princípios do direito penal e a busca pela proporcionalidade na aplicação da pena (REBÊLO, 2000).

Um dos aspectos centrais do princípio da insignificância é a análise do tipo, não apenas em seu aspecto formal – o tipo previsto abstratamente em lei – mas, sobretudo, em seu aspecto material – “exigência de a conduta típica ser concretamente lesiva ao bem jurídico tutelado” (SILVA, 2004). O aspecto formal não deve ser suficiente para que determinada conduta seja considerada crime,¹ principalmente devido à maior abrangência

¹ “O Princípio da Insignificância, assim, vem à luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais,

que, muitas vezes, adquire o tipo em relação ao que seria necessário para a efetiva tutela. Conforme explica Rebêlo (2000), “a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para os bens jurídicos protegidos pela lei penal”.

Acrescenta o autor que “ações aparentemente típicas, mas inexpressivas e insignificantes, não merecem reprovação social”. A conduta deve ser considerada típica, desse modo, apenas quando lesionar, de modo concreto, o bem jurídico tutelado, não devendo ser assim considerada nos casos em que consistir apenas na adequação do fato com a descrição formal do tipo (SILVA, 2004).

Cabe observar, sem embargo, que é necessário cuidado especial na aplicação do princípio: quando possível, critérios objetivos devem ser utilizados para a determinação de crimes de bagatela, uma vez que sua aplicação indiscriminada pode levar à impunidade (REBÊLO, 2000).

O princípio da insignificância está relacionado, ainda, ao da intervenção mínima, o qual estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos considerados importantes para uma sociedade e ser utilizado apenas quando os outros ramos do direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (REBÊLO, 2000; JESUS, 2008).

Muitas vezes, utilizam-se as expressões princípio da insignificância e delito (ou crime) de bagatela como sinônimos. Na verdade, porém, há diferença entre eles: o princípio é espécie de norma jurídica aplicável na solução de casos concretos em que há a ocorrência de crime de bagatela, que, por sua vez, é uma infração penal que provoca pouco ou insignificante dano ao bem jurídico atacado (SILVA, 2004).

2.2 Críticas

A aplicação do princípio da insignificância sofre algumas críticas, dentre as quais três devem ser aqui citadas.

A primeira delas refere-se à ausência de previsão legal: o princípio não deveria ser aplicado por não estar previsto expressamente em nenhum diploma normativo. Esse argumento, porém, não deve ser aceito. Em primeiro lugar, o referido princípio é uma “construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta

mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente” (REBÊLO, 2000).

reprovada e a pena aplicável” (REBÊLO, 2000) e, portanto, não precisa estar previsto em lei para que seja legítima a sua aplicação. Em segundo lugar, porque existem hipóteses concretas de exclusão de ilicitude que não estão previstas expressamente em lei, tanto porque o legislador não pode prever mudanças que ocorrem na sociedade e que demandam adaptações nesse sentido, quanto porque, “hodiernamente, as causas de justificação abrangem as situações que derivam do direito como um todo e de suas fontes” (REBÊLO, 2000), não se restringindo ao que está taxativamente previsto no código. Por fim, cabe observar que, por ser mecanismo de interpretação, o princípio não precisa ser expressamente apresentado na lei penal (REBÊLO, 2000), até mesmo porque o Direito não se resume ao texto legal, existindo princípios jurídicos implícitos que estão em estado latente no ordenamento jurídico (SILVA, 2004).

A segunda crítica refere-se à eventual incompatibilidade da aplicação do princípio em sistemas penais que tipificam condutas de menor poder ofensivo, como é o caso do brasileiro, que normatiza as contravenções penais.² Nesse caso, a utilização do princípio da insignificância seria violação ao princípio da legalidade. Entretanto, segundo Rebêlo (2000), não há empecilho que, efetuada a valoração da ofensa, reconheça-se que a punição não se aplica nem mesmo às contravenções, por serem muito pequenas. No caso brasileiro, a crítica baseia-se, ainda, no artigo 98, I, da Constituição Federal, que estabelece a criação de juizados especiais justamente para o julgamento das infrações consideradas menores. No entanto, conforme explica o mesmo autor, o preceito constitucional confirma a validade do Princípio da Insignificância, pois não determina que se devam criminalizar casos de bagatela, limitando-se a estabelecer diretrizes destinadas à regulação do processo penal e ao julgamento de ofensas de menor poder ofensivo.

A terceira crítica estaria relacionada à segurança jurídica. A falta de definição precisa do conceito e de seus parâmetros, permitiria que sua aplicação estivesse condicionada ao senso pessoal do aplicador do direito, o que poderia gerar decisões díspares para situações muito semelhantes. A doutrina e a jurisprudência, no entanto, vêm buscando fixar critérios razoáveis tanto para

² “A questão [da diferenciação entre crime e contravenção] reside na quantidade da infração, não em sua substância. É o critério quantitativo. As contravenções são condutas que, comparadas com os crimes, apresentam menos gravidade, pelo que ensejam punição menos severa. [...] Entre delito e contravenção não há uma diferença substancial do ponto de vista jurídico: um e outra são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas à segurança ou prosperidade pública ou privada” (JESUS, 2008).

definir o princípio, quanto para estabelecer parâmetros objetivos que ensejem sua aplicação (SILVA, 2004).

2.3 Os nossos pressupostos

Partimos do pressuposto, nesse trabalho, de que o princípio da insignificância existe em nosso ordenamento jurídico e é fundamental para garantir a eficácia e a proporcionalidade da aplicação da norma penal. Esse também é o entendimento de estudiosos do tema, que afirmam que tal princípio já está inserido no direito brasileiro e vem sendo inclusive, utilizado de forma ampla e correta pelos Tribunais (REBÊLO, 2000). E, apesar das críticas, adota-se aqui o posicionamento de que o princípio da insignificância é importante para garantir a proporcionalidade na aplicação do Direito Penal e a sua eficácia.

Entendemos, por outro lado, que o debate ainda não está esgotado e que ainda existem dúvidas entre os próprios componentes do Poder Judiciário sobre a sua existência no ordenamento brasileiro e a possibilidade de sua aplicação nos casos concretos. Este trabalho não tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do referido princípio, mas, de modo incidental, abordará o tema, na análise dos *habeas corpus*, à medida que aparecer nos relatórios e votos selecionados para esse estudo.

2.4 O *habeas corpus* e o princípio da insignificância³

Durante certo tempo, houve a dúvida sobre se o instituto do *habeas corpus* era instrumento idôneo para a aplicação do princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) nº. 66.869/PR, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, em 6 de dezembro de 1988, decidiu o caso, aplicando, implicitamente, o princípio da insignificância e, por conseguinte, também implicitamente, reconheceu a possibilidade de sua discussão na ação de *habeas corpus*, desde que as provas contidas nos autos fossem suficientes para comprovar a extensão da lesão. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim como o Supremo Tribunal Federal, reconheceu implicitamente a idoneidade do *habeas corpus* para a discussão do princípio da insignificância, ao julgar, em 15 de março de 1993, o *Habeas Corpus* (HC) n. 2.119-0/RS, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

³ Os casos e análises apresentados neste tópico baseiam-se no que escreve Rebêlo.

No entanto, em 27 de setembro de 1993, no RHC nº 2919-6/SP, relatado pelo Ministro Pedro Acioli, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o princípio da insignificância não poderia ser aplicado ao *habeas corpus*, por ser este via inidônea ao exame aprofundado de provas, devendo a insignificância ser aferida durante a instrução criminal, quando ocorrem o contraditório e a ampla defesa. A referida Corte teve o mesmo entendimento em 5 de fevereiro de 1998, ao julgar o RHC nº 6523/PE, relatado pelo Ministro José Arnaldo, em que novamente considerou a inidoneidade do *habeas corpus* para a aplicação do princípio da insignificância.

Existem outros exemplos como os apresentados acima, e houve um longo caminho até que se consolidasse o entendimento que hoje prevalece, qual seja, o de que o instituto do *habeas corpus* é instrumento idôneo à aplicação do princípio da insignificância. Basta uma simples busca de jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, para encontrar diversos *habeas corpus* decididos com base no princípio em questão. Como afirma Rebelo (2000),

a aplicação do princípio pode ser feita por qualquer via, inclusive por meio de *habeas corpus*, desde que a extensão da lesão encontre-se devidamente comprovada, não havendo razões que justifiquem a tese de que tal proceder somente seria possível em processo criminal comum, após regular instrução probatória.

Os dez casos que serão em seguida analisados são, precisamente, exemplos dessa aplicação.

3 O princípio da insignificância, as substâncias entorpecentes e o *habeas corpus*

3.1 Aspectos gerais

Essa pesquisa está fundamentada na análise de dez documentos de *habeas corpus*, relacionados ao porte de pequena quantidade de entorpecentes, julgados pelo Supremo Tribunal Federal entre março de 2002 e dezembro de 2007. Há em comum, entre todos eles, o fato de a defesa solicitar a aplicação do princípio da insignificância para a declaração de falta de justa causa para a ação penal, de atipicidade material da conduta ou de nulidade do ato condenatório. Foram selecionados estes dez julgados por serem os mais recentes a tratar do tema que se referem explicitamente ao princípio da insignificância e os disponíveis para pesquisa *online* pelo

sítio do Tribunal em questão até a data de 16 de julho de 2008.

Destes dez, sete foram julgados pela Primeira Turma e três, pela Segunda. Seis dizem respeito a crimes cometidos por militares e quatro por civis. Cinco foram julgados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, e cinco depois desse marco. Essa é uma informação importante porque, a partir da referida lei, não mais será aplicada a pena privativa de liberdade aos usuários de drogas, somente aos traficantes e, dos pedidos analisados, oito diziam respeito a porte de drogas para uso pessoal e dois, presume-se, para tráfico.

Os *habeas corpus* serão apresentados, a seguir, em ordem cronológica.

3.2 Os dez documentos

O primeiro a ser analisado é o **HC nº 81.734-3/PR**, que foi julgado em 26 de março de 2002, tendo como relator o Ministro Sydney Pompermayer, da Primeira Turma. Tratava-se de caso decidido pelo Superior Tribunal Militar (STM), que negou o pedido de *habeas corpus* impetrado por militar flagrado consumindo um cigarro de maconha dentro das dependências de um quartel militar, o que caracteriza infração ao artigo 290, caput,⁴ do Código Penal Militar (CPM). O impetrante alegou haver jurisprudência pacífica a respeito da aplicação do princípio da insignificância, e pediu sua aplicação ao caso em questão, tendo em vista que ficou comprovado, por laudo pericial, que a quantidade de maconha contida no cigarro era pouco menor que a de um décimo de grama da substância.

O STM denegou o pedido, alegando que “o instituto que gerencia o crime de bagatela não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no ordenamento penal militar”. Alegou ainda que o uso de substâncias que podem causar dependência física ou psíquica por soldado que faz uso de armamentos e explosivos para treinamento e vigilância poderia colocar em risco não apenas a sua própria vida, como também a de seus colegas e causar danos à unidade em que serve. Desse modo, a quantidade mínima de droga em poder do acusado não excluiria o risco de dano à vida.

⁴ “Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Decreto-lei nº 1.001/69).

O Ministério Público Federal (MPF), ao manifestar-se a respeito, opinou pela improcedência do pedido, concordando com o STM tanto no posicionamento de que o princípio da insignificância não possui previsão normativa em nosso ordenamento jurídico e, portanto, não deveria ser utilizado, quanto no fato de o soldado ter sido flagrado em dependência militar e possuir funções cuja natureza, pelo manejo de armas, torna ainda mais grave o fato de utilizar substância entorpecente.

O relator acolheu o parecer, apresentando jurisprudência sobre julgados em que houve o enquadramento no tipo penal apesar da pequena quantidade de drogas encontrada, independentemente de estar destinada a consumo ou a tráfico.⁵ Quanto à possibilidade de aplicação ou não do princípio da insignificância, o relator acompanhou o parecer do MPF.

O interessante deste caso é que, ainda que o MPF e o relator tenham opinado pela inexistência do referido princípio no ordenamento brasileiro, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se no sentido de que, embora tenha acompanhado o voto do relator, não se comprometia “definitivamente com a inexistência no direito brasileiro do princípio da insignificância”.

Por unanimidade, foi indeferido o pedido de *habeas corpus*.

O HC nº 81.735-1/PR, julgado em 26 de março de 2002, foi relatado pelo Ministro Néri da Silveira, da Segunda Turma. Esse é um caso relevante porque, a decisão de primeiro grau foi no sentido de rejeitar a denúncia penal com base no princípio da insignificância e da proporcionalidade, tendo em vista a pequena quantidade da droga apreendida em poder do paciente. Este foi denunciado em razão da apreensão, em sua bolsa, em dependência submetida à Administração Militar, de 3,4g de maconha, sendo enquadrado no artigo 290, caput, do CPM. Inconformado com a decisão da primeira instância, o Ministério Público Militar (MPM) interpôs recurso ao STM, que decidiu por seu provimento, argumentando que “a pequena quantidade da substância entorpecente apreendida não descaracteriza a configuração do delito imputado em razão do risco e perigo social que a conduta reprovável representa”. O impetrante solicitou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em razão de ser muito pequena a quantidade de substância entorpecente apreendida,

⁵ RHC nº 45.973/GB, Rel. Ministro Amaral Santo, publicado em 08/11/1968; RHC nº 51.235/GB, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin, Primeira Turma, publicado em 14/09/1973; RE 108.697/SP, Rel. Ministro Oscar Correa, Primeira Turma, publicado em 09/10/1987; HC nº 69.806/GO, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 04/06/1993, no qual se estabeleceu que “não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade de tóxico em poder do réu”.

podendo-se aplicar, assim, o princípio da insignificância. Novamente, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do pedido, uma vez que a pequena quantidade de entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse de substância entorpecente.

O HC nº 82.324-6/SP, julgado em 15 de outubro de 2002, relatado pelo Ministro Moreira Alves, da Primeira Turma, é interessante não pelo julgamento em si, mas pelo posicionamento do MPF em relação ao princípio da insignificância. O paciente foi preso por portar 0,6 grama da substância conhecida como *crack*, e, em razão dessa pequena quantidade, argumenta o impetrante que não houve a caracterização do delito previsto no artigo 16⁶ da Lei nº 6368/76. O relator, seguido de modo unânime pelos demais Ministros, argumentou que a pequena quantidade de tóxico em poder do réu não descaracteriza os crimes previstos nos artigos 12⁷ e 16 da referida lei, e citou jurisprudência da Corte no sentido de não se admitir o princípio da insignificância quando se tratar de crime de posse e de uso de entorpecentes.⁸

O parecer do MPF, sem embargo, mantendo o posicionamento já acima descrito, criticou o pressuposto de aplicação do princípio da insignificância, argumentando que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer menção ou previsão sobre a atipicidade de delitos considerados insignificantes. Ademais, por não haver parâmetros ou critérios que definiriam o que deveria ser considerado insignificante, tal classificação dependeria de aspectos essencialmente subjetivos, o que não está em conformidade com o sistema penal nacional, que possui caráter objetivo e impessoal. “Do contrário, estar-se-ia admitindo, em evidente malferimento à Constituição Federal, a introdução ilegal nos meios

⁶ “Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Lei nº 6.369/76, revogada pela Lei nº 11.343, de 2006).

⁷ “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer; fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever; ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Lei nº 6.369/76, revogada pela Lei nº 11.343, de 2006).

⁸ Citou, a respeito, o HC nº 81.734/PR, Rel. Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma publicado em 07/06/2002; o HC nº 68.516/DF, Rel. Ministro Celio Borja, Segunda Turma, publicado em 23/08/1991; o HC nº 69.806/GO, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 04/06/1993; o HC nº 71.638/PR, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, publicado em 29/09/1995; o HC nº 74.661/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 25/04/1997; o RHC nº 51.235/GB, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin, Primeira Turma, publicado em 14/09/1973; o RHC nº 45.973/GB, Rel. Ministro Amaral dos Santos, publicado em 08/11/1968; e o RE 108.697/SP, Rel. Ministro Oscar Correa, Primeira Turma, publicado em 09/10/1987.

forenses de medidas penais não previstas em lei”. Percebe-se, assim, que a discussão apresentada no tópico relativo às críticas à aplicação do princípio da insignificância ainda é atual, não havendo consenso a respeito.

No HC nº 81.641-0/RS, julgado em 04 de fevereiro de 2003, relatado pelo Ministro Sydney Sanches, da Primeira Turma, o impetrante alegou falta de justa causa para a ação penal, diante da atipicidade material da conduta (princípio da insignificância), pois a denúncia que recaía sobre o paciente baseava-se na apreensão de 0,658 grama de maconha. Esse julgado é interessante porque, na ementa, está escrito que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela)”, o que poderia levar a entender que a aplicação do princípio da insignificância não é aceita, em nenhum caso, pelo Supremo Tribunal Federal. A leitura do voto do relator, no entanto, esclarece que o seu posicionamento a favor da recusa do pedido acompanha os mesmos fundamentos da recusa do Superior Tribunal de Justiça, que havia julgado anteriormente *habeas corpus* do mesmo caso.

O relator do Superior Tribunal de Justiça⁹ esclareceu que o delito de posse ilegal de substância entorpecente é delito de perigo presumido ou abstrato, não deve ser levado em conta, para sua caracterização, a quantidade da substância apreendida. O tipo penal esgota-se, simplesmente, com o fato de o indivíduo carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente ilegal.

Acrescenta, ainda, que, embora esta não seja uma questão pacífica, há entendimento firmado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação à pequena quantidade de droga apreendida.¹⁰ Entende-se, assim, que o relator do caso no Supremo Tribunal Federal adota também esse posicionamento, qual seja, o da possibilidade de aplicação do princípio no ordenamento brasileiro, não sendo admissível, sem embargo, a sua incidência sobre casos relacionados a entorpecentes.

O HC nº 83.191-5/DF, julgado em 09 de setembro de 2003, que foi relatado pelo Ministro Nelson Jobim, da Segunda Turma, refere-se

⁹ STJ, HC nº 16.913/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, publicado em 05/11/2001.

¹⁰ No *habeas corpus* julgado pelo STJ, o relator faz referência ao Resp 290.447/MG (rel. Ministro Felix Fischer, publicado em 12/03/2001), que estabelece que “dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio grandes quantidades de tóxico”, referindo-se ao artigo 16, da Lei nº 6368/76. Interessante esse posicionamento que justifica a não-aplicação do princípio da insignificância nos casos de pequena quantidade de substância entorpecente, posicionamento este muito parecido com o do STM no HC nº 83.191-5/DF, conforme apresentado anteriormente.

à prisão de um soldado do Exército que foi condenado com base no artigo 290, caput, do CPM. A defesa solicitou, entre outros pedidos, a aplicação do princípio da insignificância, por ter sido apreendida pouca quantidade de maconha em poder do réu. Este pedido foi negado pelo relator, acompanhado unanimemente em seu voto. O Ministro novamente mencionou o fato de o princípio em questão não ser aplicado em matéria de entorpecentes, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹.

O mais interessante nesse julgado, porém, está no posicionamento do STM, o qual explica que “o princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar uma norma incriminadora”. Ao contrário do que manifestou no HC nº 81.734-3, esse Tribunal não alegou a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância no Direito brasileiro, apenas elucidou que não deve ser utilizado para atingir determinado fim, mostrando uma mudança em relação ao posicionamento anterior. Destaque-se, ainda, o argumento utilizado para a não-aplicação do princípio no caso analisado: “o agente portar pequena quantidade de droga é lógico, dado que, dificilmente, alguém adquire, guarda ou traz consigo, para uso exclusivo, grandes quantidades de tóxico”.

O HC nº 87.319-7/PE, julgado em 07 de novembro de 2006, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, da Primeira Turma, é apenas mais um julgado que confirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O paciente foi preso ao tentar levar para o interior de penitenciária três gramas de cocaína. O impetrante solicitou a absolvição e a declaração de nulidade do ato condenatório com base em duas causas de pedir, das quais uma era o princípio da insignificância. O relator, acompanhado unanimemente, decidiu que “o tráfico, pouco importando a quantidade da droga, é crime que não viabiliza, em si, a observância do princípio [da insignificância]”. Estabeleceu-se, assim, que “o fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa – introdução da droga em penitenciária para venda a detentos”.

No HC nº. 88.820-8/BA, julgado em 05 de dezembro de 2006 e relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, da Primeira Turma, houve a

¹¹ Citou como precedentes o [RHC nº 45.973/GB](#), Rel. Ministro Amaral Santos, publicado em 08/11/1968; o [RHC nº 51.235/GB](#), Rel. Ministro Rodrigues Alckim, Primeira Turma, publicado em 14/09/1973; o [HC nº 68.516/DF](#), Rel. Ministro Célio Borja, Segunda Turma, publicado em 23/08/1991; o [HC nº 81.735/PR](#), Rel. Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, publicado em 17/05/2002.

reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,¹² no sentido de não permitir a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes. O paciente foi preso por portar aproximadamente um grama da substância conhecida como *crack*, que estava acondicionada em seis papelotes. Desperta interesse o relatório do Ministro que, além de afastar a aplicação do princípio em relação ao tráfico (novamente, reconhecendo implicitamente a possibilidade de utilização do referido princípio em outras circunstâncias), tenta, de certa forma, estabelecer parâmetros para tal aplicação ao dizer que, ainda que o princípio incidisse nos casos de tráfico, na situação específica isso não seria possível, uma vez que não considera penalmente insignificante a conduta praticada, tendo em vista a espécie da substância apreendida e a forma como estava acondicionada. O voto do relator foi acompanhado unanimemente.

O julgamento do HC nº 91.759-3/MG, em 09 de outubro de 2007, relatado pelo Ministro Menezes Direito, da Primeira Turma, traz aspectos interessantes relacionados à análise do princípio. O *habeas corpus* foi impetrado pela Defensoria Pública da União, que solicitou, entre outros, a revogação tácita do artigo 290 do CPM, com a consequente anulação do processo, para a aplicação da Lei nº 11.343/06 e a incidência do princípio da insignificância a fim de que a condenação do paciente fosse anulada por falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista que este foi preso em flagrante portando, em dependência militar, somente 0,1 grama de maconha. O voto do relator, acompanhado unanimemente, foi pelo indeferimento do pedido, afirmando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto à impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância nos crimes relacionados a entorpecentes.¹³

Como já pôde ser observado, uma parcela expressiva dos *habeas corpus* analisados refere-se ao porte de drogas por militares, em dependências militares. Poderia, assim, gerar alguma dúvida a respeito de que se a inaplicabilidade do princípio da insignificância estaria restrita

¹² O Ministro citou os seguintes julgados: o HC nº 74.661/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 25/04/1997; o HC nº 81.735/PR, Rel. Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, publicado em 17/05/2002; o HC nº 82.324/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, publicado em 22/11/2002; HC nº 81.641/RS, Rel. Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, publicado em 04/04/2003; o HC nº 68.516/DF, Rel. Ministro Célso Borja, Segunda Turma, publicado em 07/05/1991; HC nº 83.191/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, publicado em 09/09/2003, este último analisado no presente trabalho.

¹³ Citou, como exemplo, o julgamento dos seguintes *habeas corpus*: nº 83.191/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, publicado em 13/05/2004; nº 81/734/PR, Rel. Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, publicado em 07/06/2002; e nº 82.324/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, publicado em 22/11/002, todos os três analisados neste trabalho.

a essas situações específicas, não alcançando os crimes praticados por civis. Essa dúvida é de certa forma, reforçada pelos votos proferidos pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Marco Aurélio de Mello no HC nº 91.759-3/MG. Em seus votos, esclarecem que o princípio da insignificância não deve ser aplicado, porque se está diante de outro bem jurídico tutelado e de diferentes situações e princípios a serem preservados (tais como os princípios da hierarquia e da disciplina). Os Ministros Carlos Brito e Marco Aurélio de Mello justificam seu posicionamento, ainda, pelo fato de os crimes de bagatela terem sido concebidos para atuar, de modo específico, nos delitos contra o patrimônio.

Ainda que a maior parte dos julgados diga respeito a crimes praticados por militares, e apesar da eventual dúvida gerada pelos votos acima mencionados, é possível dizer que o posicionamento da Suprema Corte Federal pode ser estendido para todos os crimes relacionados a entorpecentes, seja porque há exemplos de *habeas corpus* julgados nesse sentido em relação a civis, seja porque o relator Menezes Direito, de modo específico, explicitou tal entendimento, ao manifestar que “**é pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema** no sentido de não ser aplicável esse princípio [da insignificância] aos crimes relacionados a entorpecentes, **seja qual for a qualidade do condenado**” (grifo nosso), dizeres estes que estão na ementa do julgado.

Apenas como informação complementar, em relação à eventual incidência da Lei nº 11.343/06, o voto do relator do HC nº 91.759-3/MG, acompanhado pelo dos demais Ministros, foi pela aplicação do princípio da especialidade, e não da retroatividade da lei penal mais benéfica – ou seja, prevaleceu, nesse julgamento, o entendimento de que o artigo 290 do CPM é o que deve ser aplicado.

O HC nº 92.462-0/RS foi julgado em 23 de outubro de 2007 e relatado pela Ministra Cármen Lúcia, também da Primeira Turma. Foi encontrado no armário do paciente, então soldado do Exército, 2,117 gramas de maconha, o que levou o MPM a oferecer denúncia pela infração do artigo 290, caput, do CPM. A impetrante alegou, entre outros argumentos, a falta de justa causa para a ação penal, em razão da incidência do princípio da insignificância, e solicitou o reconhecimento da aplicação do referido princípio ao caso em questão. A relatora negou o pedido, explicando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “se firmou no sentido de não se aplicar o princípio da insignificância aos delitos de uso ou tráfico de entorpecentes, menos ainda quando se cuidar de subtração” relacionada

ao artigo 290 do COM.¹⁴ Novamente é colocado o posicionamento da impossibilidade de aplicação do princípio nos casos relacionados a entorpecentes, independentemente da qualidade do infrator.

Importante observar que o impetrante requereu o *habeas corpus*, ainda, com base na aplicação da Lei nº 11.343/06, alegando a impossibilidade de punir o usuário com a pena de prisão, argumento afastado pela relatora, que defendeu prevalecer, nesse caso, o critério da especialidade (isto é, incidência da lei militar, específica, ao invés da Lei nº 11.343/06, geral) sobre o da retroatividade da lei penal mais benéfica.

O HC nº 92.961-3/SP, julgado em 11 de dezembro de 2007, relatado pelo Ministro Eros Grau, da Segunda Turma, difere de tudo o que foi visto até agora. O caso é bem similar ao anterior: o paciente foi pego em flagrante fumando cigarro de maconha e portando outros três, dentro de unidade militar, sendo enquadrado no artigo 290, caput, do CPM. A impetrante solicita a anulação da condenação imposta ao paciente, baseando-se no princípio da insignificância e no artigo 28 e incisos¹⁵ da Lei nº 11.343/06, por ser mais benéfica. O coator, o STM, havia negado provimento ao recurso, argumentando não se aplicar o referido princípio no âmbito da Justiça Militar. O relator, porém, opta por conceder o *habeas corpus*, alegando que o princípio da insignificância deve ser aplicado ao caso apresentado. Ele reconhece a jurisprudência do Supremo no sentido contrário, mas defende que o princípio deve incidir tanto em razão da dignidade da pessoa humana, quanto porque existem, na situação concreta, os **requisitos objetivos** de aplicação do princípio, quais sejam, 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. Afirmou, ademais, ao contrário do que havia relatado o Ministro Menezes Direito e a Ministra Cármen Lúcia (HHCC nº 91.759-3

¹⁴ A relatora cita a seguinte jurisprudência para confirmar o seu parecer: HC nº 83.191/DF, Rel. Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, publicado em 13/02/04 (aqui analisado); HC nº 74.661/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 25/04/1997; HC nº 81.641/RS, Rel. Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, publicado em 04/04/2003; HC nº 68.516/DF, Rel. Ministro Célio Borja, Segunda Turma, publicado em 23/08/1991; HC nº 69.806/GO, Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em 04/06/93; RHC nº 45.973/GB, Rel. Ministro Amaral Santos, publicado em 08/11/1968; RHC nº 51.235/GB, Rel. Ministro Rodrigues Aleckmin, Primeira Turma, publicado em 14/09/1973.

¹⁵ “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*” (Lei nº 11.343/06).

e nº 92.462-0), que deve o STM aplicar a Lei nº 11.343, pois o princípio a dignidade humana sobrepõe-se ao da especialidade da lei penal. O seu voto foi acompanhado, unanimemente, pelos Ministros da Segunda Turma.

Esse julgado tem grande importância não somente porque destoa da jurisprudência até então apresentada, mas, também, porque reconhece explicitamente a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, estabelece critérios objetivos que permitiriam tal aplicação e, por fim, baseia-se neles para, pela primeira vez, fazer o princípio em questão incidir sobre matéria relacionada à pouca quantidade de entorpecentes.

4 Partindo para a análise

4.1 O que julgou o Supremo Tribunal Federal

Como pôde ser observado, dos dez *habeas corpus* propostos ao Supremo Tribunal Federal com base no princípio da insignificância em relação ao uso ou tráfico de pequena quantidade de substância entorpecente, somente um foi concedido – e justamente o que acolheu a tese do referido princípio e considerou pertinente a sua aplicação no caso concreto.

Até o HC nº 92.961-3/SP, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era clara: o princípio da insignificância não se aplicava aos crimes relacionados a entorpecentes, seja praticado por militar, seja por civil. Se houve algumas dúvidas a esse respeito, cabe observar o HC nº 91.759-3/MG, cuja ementa esclarece ser pacífica a jurisprudência nesse sentido, independentemente de quem seja o réu, e até mesmo o julgado destoante reconhece a existência desses precedentes.

A Lei nº 11.343/06, porém, mudou o entendimento a respeito do tratamento a quem é considerado somente usuário de tóxicos, ou seja, quando o porte da droga se destina a uso pessoal. Somente o tráfico deve ser punido com prisão. Tanto antes quanto depois de a lei entrar em vigor foram julgados cinco *habeas corpus*, dos quais três estavam relacionados a militares e dois a civis. É interessante observar que os dois *habeas corpus* dos crimes praticados por civis, antes da lei, foram denegados com base apenas em estarem os réus portando drogas, enquanto os que foram indeferidos posteriormente à lei tiveram fatores agravantes que garantiram a permanência dos pacientes na prisão. É importante ressaltar que em nenhum dos dois últimos *habeas corpus* o impetrante solicitou que se incidisse a Lei nº 11.343/06, talvez pelo fato de ela ser ainda muito recente quando os pedidos foram apresentados à Corte. Mas, de qualquer

forma, por coincidência ou por eventual ação consciente dos Ministros, os fatores agravantes acima referidos foram a tentativa de envio da droga para dentro de uma penitenciária (HC nº 87.319-7/PE) e o fato de a substância estar sendo portada em diferentes papelotes (HC nº 88.820-8/BA), mostrando que a droga que levavam os réus não se destinava a uso pessoal, mas sim ao tráfico.

A importância da vinculação da análise dos *habeas corpus* à Lei nº 11.343/06 está no fato de que, a partir de agora, não serão mais privados da liberdade os usuários de drogas, pelo menos no âmbito civil, ao contrário do que ocorreu no caso dos HHCC nº 81.641-0 e nº 82.324-6. No âmbito militar, porém, ainda existem dúvidas. Após a vigência da lei, houve o julgamento de três *habeas corpus* relacionados a porte de drogas por soldados, em dependências militares, sendo que em todos eles houve a solicitação de que se aplicasse a lei de 2006 em detrimento do CPM, suscitando o conflito entre o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e o da especificidade. Como pôde ser observado, em dois deles (HHCC nº 91.759-3 e nº 92.462-0) prevaleceu o da especificidade, sendo o HC nº 92.961-3 uma quebra de paradigma também nesse sentido, ao optar pela prevalência da Lei nº 11.343/06. A questão sobre qual princípio deve prevalecer, no caso de crimes desse tipo cometidos por militares, será provavelmente, um assunto ainda muito discutido, e não será mais aqui analisado, por não ser o objeto de estudos desse trabalho.

O que queremos ressaltar aqui é a atuação que teve o Supremo Tribunal Federal até a promulgação da Lei nº 11.343/06. Esta lei é um marco referencial porque, a partir dela, o Tribunal poderá aceitar *habeas corpus* relacionados a crimes de entorpecentes praticados mesmo antes de sua entrada em vigor, pela retroação da lei penal mais benéfica, desde que entendam não se tratar de tráfico, e será sempre relacionado a pequenas quantidades da substância (afinal, quantidades maiores sempre fazem nascer a dúvida sobre se o destino da droga é, de fato, o consumo pessoal ou o tráfico). Antes da lei, no entanto, tal conduta era penalizada com privação da liberdade, e a jurisprudência da Corte foi no sentido de, embora reconhecer, na maioria dos casos, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no ordenamento nacional, não aceitar a sua incidência nos crimes que diziam respeito a entorpecentes, ainda que fosse o caso de pequena quantidade.

Novamente, o único passo fora da cadência foi o HC nº 92.961-3, uma vez que, independentemente da aplicação ou não da Lei nº 11.343/06, considerou a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância,

porque o ato de fumar um cigarro de maconha e portar outros três foi considerado de ofensividade mínima e ação sem periculosidade social, com reduzido grau de reprovabilidade e que ensejou lesão jurídica inexpressiva. Em outras palavras, aceitou a incidência do referido princípio no caso de porte de pequena quantidade de tóxicos.

4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal frente à realidade brasileira

Conforme foi dito na introdução, o Brasil enfrenta, atualmente, um grave problema relacionado ao tráfico de entorpecentes. A Lei nº 11.343/06, ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), foi de certa forma, uma resposta à demanda da sociedade em relação às difíceis situações que esta vem enfrentando. A questão que se coloca, porém, é se essa forma de atuação (criminalização dos traficantes e tratamento diferenciado aos que são considerados somente usuários) é a melhor para o combate às drogas.

Uma regra básica e simples da economia é a da oferta e demanda: só existe oferta se houver demanda que a justifique. A tendência atual é a de tratar o usuário de drogas como uma vítima, um viciado que precisa de apoio social para libertar-se de seu vício e reintegrar-se à sociedade. Como disse Eros Grau em seu voto no HC nº 92.961-3, a lei do Sisnad demonstra a “preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas”. Em geral, no entanto, quando se analisam questões relativas aos usuários, que são colocados apenas como alguém que necessita de ajuda, não se considera um fato simples, mas extremamente relevante para o estudo do problema, que é, precisamente, o de a existência do traficante só se justificar porque, para enriquecê-lo, existe o elo no final da cadeia: aquele mesmo usuário visto como vítima.

De várias décadas para cá, é muito difícil encontrar alguém que desconheça o malefício trazido pelo uso de drogas. Há, eventualmente, aqueles que não têm acesso à informação, mas a maioria da população brasileira, atualmente, sabe que usar drogas traz prejuízos à saúde, é prática ilícita e, sobretudo, alimenta o tráfico, grande mazela social, por ser responsável pela violência que é hoje considerada um dos principais problemas enfrentados pelo país. Acontece, porém, que a parcela significativa daqueles que consomem a droga vive longe de suas consequências: quem a compra muitas vezes pertence a classes médias e altas, tendo contato com traficantes apenas no momento de adquirir o

entorpecente e vive longe (ou pode mudar-se para longe) de guerras e lutas relacionadas a combates entre as diferentes facções do tráfico. A violência gerada por esse comércio é sentida por aqueles que não têm como dela fugir. Por não estar inserida nas consequências geradas por seus atos, grande parte dos consumidores não se sente responsável por aquilo que, em verdade, causam, e menos ainda sente-se estimulada a lutar contra tal ciclo de violência, uma vez que dele pode fugir e garantir, ao mesmo tempo, que seu vício permaneça alimentado.

O usuário de drogas não é uma vítima. Na verdade, pode até tornar-se uma ao viciar-se e não conseguir abandonar o vício. Mas, antes de vítima, é criminoso, por ser o principal responsável pelo tráfico, porquanto este só existe para suprir àquele, às suas vontades ou necessidades. Obviamente, políticas públicas relacionadas às drogas são necessárias e viciados têm que ser tratados, mas isso não os isenta dos crimes que praticaram – crimes porque, além daquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06,¹⁶ praticaram também o delito de estimular o tráfico e financiar a violência. Ainda que ao consumo de drogas não mais seja cominada a pena privativa de liberdade, essa é uma ação que afronta a sociedade e lhe causa problemas enormes, de tal modo que se poderia afirmar ter havido retrocesso ao se proibir a prisão do usuário ou outro tipo de penalização mais séria a ele relacionada. Não se defende, aqui, que o tráfico não seja abominável, muito pelo contrário: essa prática tem que ser combatida, pois também é crime e responsável por vários dos problemas sociais, os quais vão além da violência. Mas isso não isenta de responsabilidade os usuários, que garantem, em última instância, a existência do tráfico.

Por todos esses motivos é que se acredita estar correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal adotado até o HC nº 92.961-3. Até a Lei nº 11.343/06, o porte e o consumo de drogas eram considerados crime, penalizado com privação da liberdade. Ainda que tais práticas dissessem respeito a pequenas quantidades, o Supremo Tribunal Federal desconsiderava a aplicação do princípio da insignificância, por entender

¹⁶ “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.”*

que o tipo dizia respeito às ações descritas, independentemente da quantidade apreendida. É provável que a decisão pela não-incidência do princípio em nada estivesse relacionada com as reflexões que aqui são agora apresentadas. Mas é importante deixar claro que, mesmo de modo inconsciente, o Supremo Tribunal Federal prestava um grande serviço à sociedade brasileira ao mostrar que o usuário de drogas é um criminoso, que sua conduta é verdadeiramente reprovável, não existindo qualquer atenuante que sobre ela pudesse valer.

É importante ressaltar o posicionamento de alguns estudiosos do princípio da insignificância. Rebêlo (2000), por exemplo, defende que o referido princípio não incide apenas sobre delitos materiais ou de resultado, mas também sobre delitos formais ou de mera atividade. Com os critérios enunciados, não há qualquer obstáculo dogmático para reconhecê-lo em relação ao porte de ínfima quantidade de maconha ou outro crime de perigo.

É importante observar, contudo, que não se questiona, nesse trabalho, a possibilidade abstrata de aplicação ou não do princípio ao porte de entorpecentes, como menciona o citado autor, ao referir-se a questões dogmáticas relacionadas à utilização do princípio. O que se pretende apresentar, aqui, é a análise do caso concreto, isto é, a realidade brasileira que enfrenta problemas sérios relacionados às drogas. Desse modo, ainda que teoricamente o princípio pudesse ser aplicado aos casos aqui apresentados, acredita-se que agiu com acerto o Supremo Tribunal Federal ao negar os *habeas corpus* solicitados, porque o contexto em que atua a Corte exige dela posicionamento mais firme em relação a uma das principais causas da violência existente no país.

Espera-se que este continue sendo o posicionamento do Tribunal em relação ao tráfico de entorpecentes, mesmo quando envolva pequenas quantidades. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal continue negando *habeas corpus* baseados no princípio da insignificância em relação a pequenas quantidades de drogas. Não mais serão presos os usuários, mas que os traficantes sejam firmemente penalizados. Afinal, são ações desse tipo, juntamente com políticas públicas voltadas para o combate ao tráfico – mas nunca a complacência em relação a usuários –, que podem contribuir para que a violência deixe de ser um sério problema enfrentado pelo Brasil.

5 Conclusão

Foram analisados, neste trabalho, dez julgados de *habeas corpus* fundamentados no princípio da insignificância, pelo fato de o crime estar relacionado ao consumo ou tráfico de pequenas quantidades de substâncias entorpecentes. Em nove deles, houve a negação do pedido e a consolidação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da impossibilidade de aplicação do princípio nos crimes relacionados a entorpecentes, e somente um entendeu ser pertinente à incidência do princípio nesses casos.

Possivelmente, não haverá mais pedidos semelhantes em relação ao uso de drogas, em razão da Lei nº 11.343/06, que veda a prisão de usuários. Provavelmente, tais pedidos agora serão encaminhados quando o caso situar-se na tênue linha entre uso e tráfico de tóxicos, situações em que os impetrantes solicitarão o reconhecimento do paciente como usuário apenas e não como traficante. Espera-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja firme e o menos complacente possível, pois já é grave a situação em que o usuário sofre somente penas leves, apesar de ser criminoso financiador do tráfico.

O Direito é uma ciência valorativa, na medida em que hierarquiza as suas normas e o Direito Penal é o responsável pela tutela dos valores considerados mais valiosos para uma determinada sociedade, em determinado momento. A não-aplicação do princípio da insignificância aos casos de uso e tráfico de entorpecentes pode ser considerada como uma forma de atuação do Judiciário para enfrentar as consequências relacionadas à rede que envolve o uso e o tráfico dessas substâncias. A negação de *habeas corpus* nesses casos é fundamental para que os usuários percebam que a sua conduta não é insignificante, pois faz parte de uma cadeia maior, cuja força desafia a atuação do poder público e prejudica seriamente toda a sociedade brasileira.

EL PRINCIPIO DE LA INSIGNIFICANCIA Y LOS NARCOTICOS: LA ACTUACIÓN DE LA SUPREMA CORTE FEDERAL EM LA SOCIEDAD BRASILEÑA

Resumen: En el contexto de violencia relacionado al tráfico e uso de drogas en la sociedad brasileña, este artículo intenta analizar la jurisprudencia del

Supremo Tribunal Federal con relación a la aplicación de lo principio de la insignificancia a los casos de uso y tráfico de narcóticos con el objetivo de contestar a la pregunta: cuál ha sido, en los últimos años, la posición del Supremo Tribunal Federal en las situaciones que envuelven el porte de pequeñas cantidades de drogas, cuando sería posible la aplicación de lo principio de la insignificancia? Para eso, diez documentos de habeas corpus sobre el porte de pequeñas cantidades de narcóticos juzgados entre 26 de marzo de 2002 e 11 de diciembre de 2007 fueron analizados, siempre con el objetivo de conocer la posición del Poder Judicial brasileño a respecto de uno de los más graves problemas enfrentados por la sociedad.

Palabras clave: Habeas corpus. Principio de la insignificancia. Suprema Corte Brasileña. Drogas. Tráfico de drogas. Violencia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 81.734-3*. Paraná: Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma. DJ de 26 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 81.735-1*, Paraná. Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma. DJ de 26 de março de 2002. Disponível em <<http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 82.324-6*. São Paulo: Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma. DJ de 15 de outubro de 2002. Disponível em <<http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 04 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 81.641-0*. Rio Grande do Sul: Relator Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma. DJ de 04 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.SupremoTribunalFederal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: em 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 83.191-5*. Distrito Federal: Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma. DJ de

09 de setembro de 2003. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: em 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 87.319-7, Pernambuco. Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma. DJ de 07 de novembro de 2006. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 88.820-8, Bahia. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. DJ de 05 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91.759-3, Minas Gerais. Relator Ministro Menezes Direito, Primeira Turma. DJ de 09 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 92.462-0, Rio Grande do Sul. Relator Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma. DJ de 23 de outubro de 2007. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 92.961-3, São Paulo. Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma. DJ de 11 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www.Supremo Tribunal Federal.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte geral**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.

MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. **Direito Penal em Revista**. Ano 1, nº 4, set/dez 1999. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/Judice/jud4/>>

Default.htm> Acesso em: 07 jul. 2008.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: Interpretação jurisprudencial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Ivan Luz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** Curitiba: Juruá, 2004.

Recebido: fevereiro/2010.

Aprovado: outubro/2010

