

A ATIPICIDADE MATERIAL DO FATO CORRESPONDENTE AO TRÁFICO DE DROGAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

*THE MATERIAL ATYPICITY OF THE FACT
CORRESPONDING TO DRUG TRAFFICKING IN FRONT
OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE*

*Airto Chaves Junior*¹
UNIVALI

*Samara Sandra Tamanini*²
UNIVALI

Resumo

Pela via do **método** dedutivo subsidiado pela pesquisa bibliográfica, a presente pesquisa tem por **objeto** o estudo do Princípio da Insignificância ao fato que corresponde formalmente ao tipo penal do tráfico de drogas na modalidade “vender”. **Objetiva-se** analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material da conduta do agente que comercializa ínfima quantidade de drogas, tendo em vista a ausência de perigo de lesão grave à Saúde Pública. Assim, **questiona-se**: diante do Princípio da Intervenção Mínima e do bem jurídico declaradamente tutelado pela norma que trata da matéria (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*), é possível afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantidade de drogas? **Justifica-se** a pesquisa frente ao descompasso entre a orientação dos Tribunais Superiores do Brasil (tipicidade penal da conduta independentemente da quantidade comercializada) e os fundamentos teóricos do Princípio da Intervenção Mínima, a vista da ofensividade ao Bem Jurídico que justifica o processo de incriminação. Com o

¹ Doutor em Ciência Jurídica (Univali); Doutor em Direito (Universidade de Alicante, Espanha); Professor do Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Mestrado e Doutorado); Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação da mesma Universidade. Endereço eletrônico: oduno@hotmail.com

² Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista do Programa de Bolsas de Pesquisa do Artigo 170 da Constituição Estadual – UNIEDU. **Endereço eletrônico: samaratamani@hotmail.com**

encerramento do presente trabalho, **conclui-se** que é possível afastar a tipicidade material (e consequentemente a tipicidade penal) do comportamento do agente que comercializa inexpressiva quantidade de droga, tendo em vista que o perigo de lesão (ou a possibilidade de lesão) à Saúde Pública admite graduação, a qual deve ser observada no caso concreto. E essa análise do conteúdo material do delito é necessária em todos os tipos de injusto, inclusive naqueles de perigo abstrato, como é o caso do crime de tráfico de drogas.

Palavras-chave

Teoria do Bem Jurídico. Princípio da Intervenção Mínima. Tráfico de Drogas. Crimes de perigo abstrato. Tipicidade Material.

Abstract

Through the deductive method subsidized by the bibliographic research, the present research has as its object the study of the Principle of Insignificance to the fact that formally corresponds to the criminal type of drug trafficking in the “selling” modality. The objective is to analyze whether it is appropriate, politically and criminally, to remove the material nature of the conduct of the agent who trades a small amount of drugs, in view of the absence of serious injury to Public Health. Thus, it is questioned: given the Principle of Minimum Intervention and the legal good declared to be protected by the norm that deals with the matter (Law 11.343 / 2006, art. 33, caput), it is possible to remove the material characteristic of the conduct of the agent who sells tiny amount of drugs? The research is justified in view of the mismatch between the orientation of the Superior Courts of Brazil (penal nature of the conduct regardless of the amount sold) and the theoretical foundations of the Principle of Minimum Intervention, in view of the offense to the Legal Property that justifies the incrimination process. With the end of the present work, it is concluded that it is possible to remove the material typicality (and consequently the criminal typicality) from the behavior of the agent that commercializes an insignificant amount of drug, considering that the danger of injury (or the possibility of injury) Public Health admits graduation, which must be observed in the specific case. And this analysis of the material content of the crime is necessary in all types of unjust, including those of abstract danger, such as the crime of drug trafficking.

Keywords

Legal Good Theory. Principle of Minimum Intervention. Drug trafficking. Abstract danger crimes. Typicality of the material.

INTRODUÇÃO

A pesquisa intitulada “a atipicidade material do fato correspondente ao tráfico de drogas frente ao Princípio da Insignificância” tem por objeto o estudo do Princípio da Insignificância ao

fato que corresponde formalmente ao tipo penal do tráfico de drogas na modalidade “vender”.

Objetiva-se analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material da conduta do agente que comercializa ínfima quantia de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar, tendo em vista a ausência de perigo (ou impossibilidade) de lesão à Saúde Pública, bem jurídico reconhecidamente protegido pela Lei 11.343/2006.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com os critérios de legitimação da intervenção penal a partir da função limitadora do bem jurídico. Neste ponto, procurar-se-á conectar o bem jurídico protegido formalmente pela norma às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (critério teleológico-material) com as finalidades consagradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (teses constitucionalistas) para: a) dimensionar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima (bem jurídico limitador à legislação penal); e, b) estabelecer critérios a partir dos quais se possa determinar corretamente o merecimento de pena.

Na sequência, realizar-se-á um estudo teórico do modelo de criminalização penal fundado em crimes de perigo concreto e abstrato, a fim de compreendê-los em estrutura e maneira de afetação ao bem jurídico penalmente tutelado.

Por fim, pretender-se-á realizar uma análise crítica da atual orientação sedimentada nos Tribunais Superiores Brasileiros, estabelecida no sentido de que toda e qualquer conduta que se amolde formalmente ao injusto penal do artigo 33 da Lei de Drogas é passível de punição. Aqui, serão aportados precedentes para que se verifique a forma em que a matéria é tratada pelos Tribunais Superiores (STJ e STF) do Brasil.

A pesquisa é encerrada com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados acerca do objetivo geral e do questionamento proposto.

Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método dedutivo, o qual fora subsidiado por pesquisa bibliográfica.

1. O BEM JURÍDICO PENAL

A construção de um conceito de “Bem Jurídico”³ inicia em meados do século XIX⁴. Foram muitas as concepções construídas com o intuito de definir o que se entende sobre o tema. Conforme Juarez Tavares⁵, há quatro correntes conceituais, a saber: positivista, neokantiana, ontológica e funcionalista.

³ Conforme Luís Greco, “no *Brasil*, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utiliza as palavras “bem jurídico”, preferindo por vezes o termo “objeto” ou “objetividade jurídica”. Como essa diferença é apenas terminológica, pode-se dizer que ela já conhecia o conceito de bem jurídico, mas em sua dimensão exclusivamente dogmática. Ou seja, a nossa doutrina majoritária, acostumada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou político-criminal à ideia. Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz ao legislador. Segundo vejo, pioneiro aqui foi Juarez Tavares”. Conforme: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 78.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁵ Conforme o autor, a concepção positivista de bem jurídico possui como ideia principal que “toda norma penal incriminadora deve possuir um antecedente causal”. A noção de bem jurídico varia conforme o positivismo jurídico ou sociológico. Segundo o positivismo jurídico, “somente a lei prevê os bens jurídicos, pois estes partem da vontade do Estado”. De outro lado, pelo positivismo sociológico, bem jurídico é um interesse juridicamente protegido, tal como a vida, patrimônio, integridade, honra, etc. No que se refere à concepção neokantiana, substitui-se a noção de “bem” por um “hipotético valor cultural” ligado à interpretação da norma, isto é, deduzido da *ratio legis*. Essa proposta coincide com o positivismo jurídico, pois o bem jurídico é limitado a identificar aquilo que o legislador protege, sem qualquer questionamento sobre a sua legitimidade. Na sequência, a concepção ontológica, defendida por Welzel, pretende que o bem jurídico é aquele que protege a norma, semelhante à concepção anterior, contudo, diferenciando-o pelo grau de preferência, ao caracterizá-lo como portador de valores ético-sociais. Finalmente a concepção funcionalista de bem jurídico, a qual pode ser organizada em três grupos. O primeiro deles é o “estrutural”, cuja norma penal serve de instrumento de controle social, assegura e legitima o autocontrole do poder político, porém

Pela análise de Juarez Tavares⁶, a evolução histórica do conceito de Bem Jurídico, do positivismo ao funcionalismo, demonstra a dependência de uma eleição política acerca do que se pretende proteger, porém, inicialmente reflete naquilo que se propõe a formular como propósito do Direito Penal.

O questionamento sobre a missão do Direito penal é um tema de discussões ancestrais. Ao longo do tempo, restaram consolidadas duas vertentes principais: proteger bens jurídicos ou assegurar a vigência da norma. Todavia, o posicionamento doutrinário majoritário admite a primeira vertente, ou seja, que o Direito penal é um instrumento protetor dos bens jurídicos⁷.

mantendo-se um “Estado de estabilidade”, que corresponde aos fundamentos da convivência social ou da organização do sistema penal. O segundo grupo é denominado de “modelo funcional próprio” e corresponde as propostas de Jakobs, o qual defende que “a norma penal somente interessa para assegurar as expectativas de uma conduta correta” dentro de um círculo tautológico. Para ele, o bem jurídico serve para validar as normas, ao invés de interpretá-lo como um interesse ou pressuposto existencial. Por último, o terceiro grupo refere-se ao “modelo funcional impróprio” que, em conformidade com Claus Roxin, revigora um conceito de Bem Jurídico que limita o *ius puniendi* a partir de uma política criminal fundada na Constituição Federal. Ver: TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho penal**. Traducción de Monica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 23-37.

⁶ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho penal**. Traducción de Monica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 15-16. Embora não fique claro o que venha a ser Bem Jurídico, ao menos pode ser estabelecido aquilo que, definitivamente, ele não é: um interesse juridicamente protegido; o representante de uma sociedade ética idealizada; uma relação sistêmica ou uma função integrada ao fim de proteção da norma penal. Conforme: TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho penal**. Traducción de Monica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 39.

⁷ Tem-se como partidários dessa vertente, dentre outros: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012, p. 5; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Montevideo, Editora B de F Ltda., 2001, p. 90.

Trata-se de uma concepção do funcionalismo penal teológico, valorativo ou moderado que surgiu em 1970, com a obra precursora intitulada “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal” de autoria do penalista alemão Claus Roxin⁸. Neste escrito, Roxin propõe analisar a teoria do delito sob um prisma Político Criminal, ou seja, em conformidade com os valores do Estado social e democrático de Direito.

O Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, proposto por Claus Roxin⁹, implica em um conceito de Bem Jurídico crítico com a legislação, “na medida que pretende demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”. Neste ínterim, Bem Jurídico pode ser compreendido como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

No dizer de Juarez Cirino dos Santos¹⁰, o bem jurídico, para determinar a criminalização, deve partir do “ponto de vista *qualitativo*”, de modo a verificar a “natureza do bem jurídico lesionado”, e do “ponto de vista *quantitativo*”, que “tem por objeto a extensão” (grau de relevância) da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico penal.

Vê-se, então, que a criminalização é limitada em dois níveis. No primeiro nível (criminalização primária), exercida pelo legislador, só será legítima a proibição de determinados comportamentos quando estes representarem conteúdo lesivo aos bens jurí-

⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 82.

⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 18-20.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012, p. 26.

dicos penalmente tutelados¹¹. Daí as teses constitucionalistas, as quais inserem “o bem jurídico como o esforço na proibição constitucional do excesso¹²” e a Constituição como um “limite negativo de valoração¹³”.¹⁴

Já no segundo nível (criminalização secundária), exige-se do intérprete da lei um procedimento mental denominado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁵ de “*juízo de tipicidade*”, que significa uma valoração do comportamento, formalmente adequado ao tipo penal, no âmbito da tipicidade material. Em outras palavras, é necessário que a conduta tenha violado gravemente o bem jurídico penalmente tutelado (critério de lesividade).

Contudo, afirmar que a intervenção penal tem como pressuposto a ofensa ao bem jurídico não é suficiente, pois estaria admitindo a punição de toda e qualquer conduta sob esse pretexto, revelando que o “bem jurídico é sempre um critério de oportunidade incriminadora¹⁶”. Nesse sentido, parece imprescindível

¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal**: Introducción, Arganda Del Rey, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 388.

¹² HASSEMER, Winfried. “Bienes jurídicos en el derecho penal”. Tradução de Patricia S. Ziffer. In: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre la justicia penal**: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 70.

¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017, p. 54.

¹⁴ Convém registrar que os “bens jurídicos” não devem ser confundidos com “direitos fundamentais” eventualmente previstos na Constituição Federal, pois nem todos esses direitos se convertem em bens jurídicos penalmente tutelados. Conforme: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal**: Introducción, Arganda Del Rey, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 371.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 385.

¹⁶ PEREIRA, Maria Margarida Silva, **Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos**, Portugal, Coimbra Editora, 2003, p. 309.

argumentar outros limites à intervenção penal, mais inerentes ao conteúdo e extensão da norma¹⁷.

Dentre essas limitações, estipula-se que a norma penal, assim como as demais normas jurídicas, possui uma função eminentemente protetora. A diferença, porém, encontra-se na gravidade das medidas empregadas na tutela penal (pena ou medida de segurança), de modo que será possível intervir somente nos casos de ataques mais graves aos bens jurídicos penais (critério de fragmentariedade)¹⁸.

Ademais, essa função de proteção exercida pelo Direito penal corresponde somente a uma parte, e certamente a última, intervindo quando fracassarem todas as outras barreiras que concorrem junto dele para a proteção de bens jurídicos¹⁹. Por isso, a intervenção penal é a *ultima ratio* (critério de subsidiariedade)²⁰.

Ao compreender esses critérios da lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade, é possível remetê-los como desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, já que constituem um filtro político-criminal das condutas que justificam a intervenção mínima do Direito penal.

Justifica-se a intervenção penal porque toda incriminação interfere na liberdade do indivíduo. Assim, “não só a pena, mas também o delito, devem encontrar fundamento numa concepção política democrática, que se converte em um suporte valorativo dos pilares sobre o qual gravita todo o sistema teleológico do Direito penal²¹”.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal**: Introducción, Arganda Del Rey, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 358.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Montevideo, Editora B de F Ltda., 2001, p. 90.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Montevideo, Editora B de F Ltda., 2001, p. 108.

²⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal**: Introducción, Arganda Del Rey, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 383.

²¹ PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1994, p. 31.

Porém, a ideia de proteção de bens jurídicos pela via do Direito Penal necessita ser enfrentada, pois, conforme anota Paulo César Busato²², o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica de Bens Jurídicos, já que só será legítimo intervir *ex post factum*. Nesse sentido, a missão do Direito penal é a realização do “controle do intolerável”, identificado pela existência “de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade”, sendo esta a justificativa da imposição de uma norma jurídico-penal.

Sendo assim, ao invés de tratar o Bem Jurídico Penal como objeto de proteção em um dado conceito, melhor seria tê-lo como encargo argumentativo necessário a partir do qual, “[...] legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena prevista no tipo²³”.

2. OS CRIMES DE PERIGO CONCRETO E ABSTRATO

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁴, a afetação do bem jurídico pode ocorrer pelo dano ou lesão e pelo perigo.

²² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017, p. 15-17.

²³ CHAVES JUNIOR, Airto. “O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores”. **Revista Católica Law Review**, Vol. III, Nº 3, nov. 2019, p. 18.

²⁴ Conforme os autores, embora o perigo concreto seja entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade, “na realidade, não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito –, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova, pois o perigo é presumido com a realização da conduta”. Conforme: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasi-**

Para a consumação nos crimes de dano, exige-se lesão ao bem jurídico. Esse resultado material determinará a ocorrência de um injusto típico²⁵, como acontece, por exemplo, nos crimes de homicídio, lesão corporal, dano, etc.

Em atenção aos tipos de perigo, estes são divididos em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Evidentemente, tais delitos antecedem a ocorrência do dano, sendo o perigo determinado pela probabilidade de sua ocorrência. Aqui, a intenção do legislador na criminalização primária é, justamente, evitar a materialização da ofensa ao bem jurídico. Cuida-se, portanto, de uma atuação em escala preventiva. Assim, “o núcleo essencial da ideia de perigo radica na ideia de previsibilidade do dano como consequência necessária²⁶”.

Basta “a criação ou incremento de um perigo proibido e não insignificante de ocorrência do resultado danoso para o bem jurídico. Portanto, o que diferencia os crimes de dano dos crimes de perigo é a intensidade do ataque ao bem jurídico²⁷”.

Perigo concreto “é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido²⁸”. Nesse sentido, faz-se com que “a ausência de lesão do bem jurídico pareça meramente acidental, como o perigo de contágio venéreo (art. 130),

leiro: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 483-484.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

²⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. v. 1. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

²⁷ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 183.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

o perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), o incêndio (art. 250), a explosão (art. 251) etc²⁹”.

No perigo abstrato, os tipos penais “prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita”, não sendo necessário a ocorrência de lesão ou perigo concreto ao bem jurídico penal³⁰.

Uma característica bastante latente desses crimes de perigo é a expansão dos processos de incriminação, especialmente quando chamados a tutelar bens jurídicos difusos ou coletivos. Conforme Winfried Hassemer³¹, essa categorização reflete um “Direito de Prevenção de Perigos”, cujo objetivo é delineado no “estabelecimento e manutenção da segurança” e “a forma como essa evolução converge para a concepção de um “Direito Penal do inimigo”, contrapondo, ao clássico “Direito Penal do cidadão”, uma nova ordem de reação jurídico-penal em relação ao crime, na qual se deixa de garantir aos “inimigos” de nossa ordem jurídica o conteúdo total de dignidade humana e personalidade, o que deverá

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 108.

³⁰ Além do tráfico de drogas, “é o que ocorre, por exemplo, no delito de porte irregular de arma de fogo (Lei 10.826/2003, art. 12: *Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa*), em alguns crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/1998, art. 29: *Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*”, etc. Conforme: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em 26 maio 2020.

³¹ WINFRIED, Hassemer. “Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança”. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. **Revista Direito Público**, Doutrina Estrangeira, Vol. 3, Nº 14, out-dez 2006, p. 73 e 79. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1411/877>. Acesso em 30 mar. 2020.

justificar também a demolição das barreiras à intervenção jurídico penal. Por consequência, comportamentos "sem vítimas ou com vítimas difusas", tal como a coletividade, reduzem os pressupostos da punibilidade, que passa a depender somente da comprovação da prática de uma conduta perigosa, "característico do Direito penal moderno, em que se substituiu o dano pelo perigo de dano, os delitos de resultado pelos delitos de perigo abstrato e os bens jurídicos individuais pelos bens jurídicos universais"³².

Assim, já que "somente uma concreta dimensão a respeito da liberdade individual em face do prejuízo à saúde individual pode levar a conclusões corretas a respeito do que se deve efetivamente castigar"³³, defende-se, a partir de Winfried Hassemer³⁴, que mesmo os bens jurídicos coletivos devem demonstrar referência a indivíduos determinados ou determináveis. Ou seja, um olhar personalista do bem jurídico é essencial para determinar uma política criminal voltada à proteção de interesses humanos relevantes, que justifiquem a intervenção penal e, em contrapartida, evitem a inserção de bens jurídicos vagos e indeterminados no contexto da norma penal.

Conforme Tiago Joffily³⁵, é a distinção entre os conceitos de perigo e periculosidade que possibilita compreender "um injusto fundado exclusivamente no desvalor da ação" sem limitá-lo à mera desobediência. O autor anota que o "termo perigo está referido às consequências causais de uma ação, que importam numa transformação do mundo próxima à lesão de algum bem jurídico específico" (crime de perigo concreto). Por outro lado, "o

³² WINFRIED, Hassemer; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant to Blanch, 1989, p. 31.

³³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017, p. 355.

³⁴ WINFRIED, Hassemer. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 207.

³⁵ JOFFILY, Tiago. **Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade**. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 183.

termo periculosidade refere-se à qualidade de determinadas ações que se mostram aptas a produzir transformações perigosas no mundo externo, mas que com estas não se confundem” (crime de perigo abstrato). A partir disso, vê-se que a periculosidade e o perigo possuem umnexo de causalidade, na medida que “todo perigo pressupõe a prática anterior de uma conduta dotada de periculosidade”, muito embora não seja viável um raciocínio inverso. Então é por isso que “nos delitos de perigo abstrato, prescindese do resultado de perigo, mas não da periculosidade da conduta”.

Anota-se que esses tipos penais de perigo têm desencadeado interpretações problemáticas no Brasil. A própria denominação de crime de perigo abstrato ou *presumido*, utilizada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, demonstra o distanciamento de uma concepção teleológica-valorativa nesses casos. Não parece correto utilizar do referido termo, pois inexisteu juízo de presunção, ao menos absoluto, em tais delitos, embora essa constatação ainda tenha que ser enfrentada, sobretudo, nos Tribunais Superiores. Pode-se admitir uma presunção relativa, a qual sempre deverá ser conferida pelo intérprete da lei quando chamado a julgar determinado caso concreto que se amolde a algum tipo penal assim classificado.

Não há lugar para presunções no Direito penal, aliás, parece pouco racional admitir a intervenção estatal na liberdade das pessoas a partir disso. Deste modo, vê-se a relevância de compreender que crime de perigo abstrato não pode ser interpretado “em termos meramente formais”, pois isto implicaria na dissolução do âmbito da conduta punível, existente em qualquer fato típico. Portanto, faz-se necessário uma “recuperação hermenêutica do conteúdo de ofensividade material dessa modalidade típica”³⁶ porque até mesmo nesses delitos existe um

³⁶ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 191.

conteúdo, consubstanciado na probabilidade do risco a partir da periculosidade da conduta do agente, a ser observado.

3. O CONTEÚDO MATERIAL NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

É causa necessária, embora não seja suficiente, para a existência de uma conduta típica, que o bem jurídico protegido pelo tipo penal tenha sido afetado ou colocado em situação de perigo, ainda que abstrato. Afinal, são esses tipos penais “particulares manifestações de tutela jurídica desses bens”. Por isso, a ofensa (lesão e perigo concreto ou abstrato) de alguma gravidade ao bem jurídico conferirá a possibilidade de uma intervenção penal legítima, enquanto o bem jurídico propõe sentido teleológico à lei penal³⁷.

De seu turno, “a tipicidade é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal”. Contudo, somente após o juízo de tipicidade, positivo ou negativo, e a delimitação do âmbito do punível (aferição material) pelo intérprete da lei, é que se revelará se a conduta é penalmente típica (quando preenchidos os aspectos formal e material), sendo aí estabelecidas “as fronteiras e os contornos da intervenção penal³⁸”.

Contudo, no Brasil, geralmente verifica-se a tipicidade das condutas relacionadas aos crimes de perigo abstrato somente em razão da adequação à descrição da ação prevista na norma.³⁹

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 398 e 484.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro** [livro digital]: parte geral, volume 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99912965/v2>. Acesso em 17 jun. 2020.

³⁹ Neste sentido, colhe-se da obra de Fernando Capez: “para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja

Nesse sentido, bastaria que o comércio de drogas se adequasse formalmente a descrição de quaisquer dos múltiplos verbos compreendidos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006⁴⁰ que se tivesse configurada a infração penal. Essa, porém, é uma leitura bastante deficiente dessa construção normativa.

No delito de tráfico de drogas, típico crime de perigo abstrato, não há lesão real ou perigo concreto ao bem jurídico e é

subsumida em um dos verbos previstos. Trata-se, portanto, de infrações de mera conduta, nas quais a configuração ou caracterização da figura típica decorre da mera realização do fato, independentemente de este ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses da sociedade. Por essa razão, pouco importa a quantidade da droga, pois se esta contiver o princípio ativo (capacidade para causar dependência física ou psíquica), estará configurada a infração. Qualquer que seja o montante de droga, haverá sempre um perigo social”. Ver: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. v. 4. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 632. Seguindo esse mesmo desvirtuamento teleológico-valorativo nos crimes de perigo abstrato, anota-se: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador, JusPODIVM, 2016, p. 744; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 2010, p. 355.

⁴⁰ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Conforme: BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

nesse campo nebuloso que ignora-se a tipicidade material. Porém, são nesses tipos penais (de perigo abstrato) que a conduta deve representar “alto potencial de perigo⁴¹”, como se fosse “uma afetação *sui generis* (ou indireta) do bem jurídico, que obriga seus titulares a se espremerem ao redor do raio de perigo inaugurado pelo autor do delito⁴²”.

Não se exclui os casos, como na venda de ínfima quantidade de droga, que a conduta do agente seja inofensiva ao bem jurídico penal. Por consequência da insignificante quantidade de droga comercializada, por exemplo, a conclusão pela atipicidade material da conduta é medida impositiva, pois a probabilidade de afetação do declarado bem jurídico coletivo é muito pequena para demandar a atuação fragmentária e subsidiária do Direito penal.

O fato de não se exigir efetiva lesão ao bem jurídico que se declara tutelar não compreende (e nem permite) a interpretação que se deve ignorar qualquer possibilidade de lesão a esse bem.

Reconhecendo-se que há um bem jurídico tutelado pela norma e, ainda, que a lesão a esse bem pode ser objeto de graduação, deve-se, no caso concreto, verificar em qual dessas dimensões está compreendida a ação: lesão (ou perigo de lesão) de **grande gravidade, média gravidade, pequena gravidade** ou, por fim, **sem possibilidade de lesão**. Não se desconhece que a lesão efetiva ao bem é prescindível. Porém, a intensidade do perigo (no âmbito abstrato) é verificada a partir da ação perpetrada pelo sujeito, a qual pode ser identificada a partir da resposta à seguinte pergunta: o comportamento do agente oferece um perigo ao bem jurídico que se pretende proteger por essa norma? A indagação auxilia, no caso

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. Coleção Reflexões Jurídicas. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 82.

⁴² JOFFILY, Tiago. **Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal**: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 209.

concreto, que se identifiquem comportamentos que, embora formalmente encontrem tipicidade, não tem qualquer relevância penal a vista da atipicidade material.

Veja-se que a pena, que é consequência da atribuição de responsabilidade penal por parte do Estado a alguém, deve sempre ser dosada a partir desses critérios. No Direito Penal brasileiro, por exemplo, existem as penas de morte (somente para os crimes militares próprios em tempo de guerra), de privação de liberdade, de restrição de direitos e de multa. O fato é que, quaisquer destas penas atingem os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Se pelo crime de homicídio (CP, art. 121) incrimina-se a produção da morte de alguém, pela pena de morte também se mata alguém; se pelo crime de sequestro (CP, art. 148) incrimina-se a violação da liberdade de locomoção de uma pessoa, pela pena privativa de liberdade se viola esta mesma liberdade; se pelo crime de furto (CP, art. 155) incrimina-se a violação do patrimônio de alguém, pela pena de multa também se viola o patrimônio de uma pessoa. Se é a pena, também, uma forma de gerar um dano⁴³, devem as suas finalidades e efeitos colaterais da punição se relacionarem a sua própria legitimidade político-criminal. Por isso, sempre que há possibilidade de graduação do perigo a que é exposto o bem jurídico a partir da conduta do agente, tem-se como imprescindível essa análise.

Ainda, a dosagem da intensidade da pena partirá da ofensa e gravidade do ataque ao bem jurídico, para que haja uma atuação repressora proporcional à conduta do agente. Assim, “quanto mais próxima a lesão, mais intensa será a pena”, inclusive “o grau de intolerabilidade da conduta está ligado ao nível de periculosidade aceito pela sociedade, ou pelo discurso social preponderante em determinado momento histórico”. Então, o risco de dano

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. “Significado Político-Constitucional do Direito Penal”. **Revista Justiça e Sistema Criminal** – Revista produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, Vol. 3. Nº 4, Curitiba, FAE Centro Universitário, jan-jun 2011, p. 81.

“sob uma perspectiva *ex ante* ou abstrata” deve ser ponderado no âmbito da tipicidade material porque é ali onde se determinará a viabilidade da intervenção estatal e a intensidade dessa medida na liberdade do indivíduo⁴⁴.

À vista disso, cumpre ressaltar que o perigo de lesão dos crimes de perigo abstrato deve estar fundamentado no tipo penal e no caso concreto, a partir do estabelecimento do bem jurídico penalmente tutelado e da potencialidade lesiva da conduta sob análise. Então se o legislador pretende admiti-los, “é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o *âmbito da conduta punível*”, a fim de demonstrar, pelo menos, “a *idoneidade* da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico⁴⁵”.

Essa ênfase da qualidade e do conteúdo da ação punível (conceito material de crime) busca desmascarar punições meramente arbitrárias, geralmente de cunho ético-social, sem vinculação alguma aos interesses realmente merecedores de tutela penal e atendendo somente ao que define a lei (conceito formal de crime). Não for assim, crime pode ser qualquer ação tipificada na forma de lei penal.

Demonstrada a relevância do intérprete da lei fazer um juízo valorativo sobre a tipicidade material, a excluir aquelas condutas que não atingiram de maneira relevante o bem jurídico penal, verifica-se que o “desvalor do resultado é introjetado nos crimes de perigo abstrato” a partir de dois critérios: “1) a idoneidade da conduta para causar dano ao bem jurídico, apurada com base em

⁴⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em 26 maio 2020.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

um juízo *ex ante* de base total; e 2) a não insignificância dessa possibilidade de dano ao bem jurídico⁴⁶”.

Logo, nos crimes de perigo abstrato, o risco potencial de perigo de lesão ao bem jurídico é uma característica indispensável, já que ele irá definir uma conduta como penalmente relevante, conferindo, ainda, “racionalidade à política criminal” e impedindo a “utilização arbitrária de mecanismos de repressão como método simbólico de pacificação social⁴⁷”.

Portanto, condutas formalmente típicas e materialmente atípicas devem ser excluídas do âmbito de tutela a ser realizada pelo Direito penal.

4. A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA DE TRÁFICO DE DROGAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL

No Brasil, o princípio da intervenção mínima é tratado como princípio da insignificância ou bagatela, nomenclatura que foi utilizada por Claus Roxin⁴⁸ na obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal*. Porém, a terminologia não parece apropriada para de-

⁴⁶ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 2016. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 197.

⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em 26 maio 2020.

⁴⁸ Conforme o autor, não se criminaliza violações irrelevantes ao Bem Jurídico Penal, “já que é exigido uma ‘violência’, a qual não se compreende como uma agressão mínima, senão a de certa intensidade, semelhante à ameaça, que deve ser ‘sensível’ para ingressar no marco da criminalidade”. Ver: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

monstrar o sentido e orientação do referido princípio, que, aliás, “ocupa o foro central de filtragem político criminal⁴⁹”.

Registra-se, consoante Cezar Roberto Bitencourt⁵⁰, que a insignificância “se refere à gravidade, extensão ou intensividade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância”. Por isso, deve ser avaliada a desproporcionalidade da ofensa com a gravidade da sanção cominada (pena) a fim de alcançar “a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato”.

Sucedem que não raro é possível observar precedentes dos Tribunais Superiores brasileiros pugnano pela tipicidade da conduta de vender ínfima quantia de drogas. Exemplo disso pode ser extraído do Habeas Corpus 11.695/RJ⁵¹ do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, em que fora considerada típica a ação perpetrada a partir de 0,25 decigramas de cocaína. Assim também no Habeas Corpus 156.543/RJ⁵², diante de 0,50 decigramas de cocaína, Habeas Corpus 155.391/ES⁵³ em razão de 0,20 decigramas de crack e no Habeas Corpus 141.500/SP⁵⁴, do Supremo Tribunal Federal e sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, pelo agente vender 0,33 decigramas de cocaína e trazer consigo 0,57 decigramas de maconha.

Argumenta-se, para tanto, que não se afasta a tipicidade material da conduta ao delito de tráfico de drogas por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante, para esse

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017, p. 61.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁵¹ **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

⁵² **STJ**, HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011.

⁵³ **STJ**, HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010.

⁵⁴ **STF**, HC 141.500/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 13/11/2018, DJe 22/11/2018.

específico fim, a quantidade de droga empregada para a prática do núcleo “vender”.⁵⁵

Não bastasse isso, os julgados demonstram mera discricionariedade dos intérpretes da lei em punir toda e qualquer conduta relacionada às drogas, revelando estranha transformação do Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos em um Princípio de Total Proteção dos Bens Jurídicos⁵⁶.

No Habeas Corpus 11.695/RJ⁵⁷, por exemplo, consta que não se deve prejudicar a tipicidade do delito, que estaria

⁵⁵ Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores, verifica-se o quanto é aceita e replicada a seguinte orientação: “não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo totalmente irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente”. Conforme: **STJ**, HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010. No mesmo sentido: **STJ**, HC 463.656/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018; **STJ**, HC 240.258/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 06/08/2013, DJe 13/08/2013; **STJ**, HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011; **STJ**, HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010; **STF**, HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006; **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000; **STJ**, AgRg no HC 567.737/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 28/04/2020, DJe 04/05/2020; **STF**, HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007; **STF**, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.

⁵⁶ CHAVES JUNIOR, Aírto. “O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores”. **Revista Católica Law Review**, Vol. III, Nº 3, nov. 2019, p. 35.

⁵⁷ **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

vinculada à potencialidade da droga, ao risco social e à saúde pública, e não à lesividade comprovada em cada caso concreto, tampouco seria possível reconhecer que a venda de ínfima quantia de drogas é uma conduta penalmente irrelevante, pois acarretaria descriminalização, o que é inviável, já que há o interesse público na repressão do delito de tráfico de drogas.

Apesar dos argumentos recheados de “boas intenções”, tem-se ali, ao menos, uma conduta materialmente atípica, pois ao dispor de apenas 0,25 decigramas de droga, jamais seria possível que ele provocasse qualquer perigo de lesão relevante à Saúde Pública (bem jurídico coletivo declaradamente tutelado no crime de tráfico de drogas).

Em suma, a interpretação teleológica dos crimes de perigo abstrato permite que, mesmo em se tratando da descrição de mera conduta (ou simples atividade), a idoneidade do objeto seja conferida pelo intérprete da lei, pois, do contrário, sustentar-se-iam incriminações de comportamentos flagrantemente inócuos.

Desse panorama, já se pode extrair uma resposta bastante sustentável para o questionamento feito nas linhas anteriores: se o comportamento do agente não é capaz de provocar lesão grave ao bem jurídico declaradamente tutelado pela norma (é insignificante materialmente), não se verifica qualquer desvalor na ação, tendo-se por atípica a referida conduta. Dito de outro modo, verificado que a quantidade do objeto material (droga) é insuficiente para provocar lesão ou risco de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, a solução jurídica mais adequada é não conferir tipicidade penal aqui. E a atipicidade penal, nesse caso, decorre justamente da **pequena probabilidade** de lesão ou perigo concreto à Saúde Pública. A “periculosidade *ex ante* é fundamento basilar de qualquer conduta que mereça a atenção penal”. Assim, mesmo nos crimes de perigo abstrato, o comportamento deve conter potencial idôneo de risco ao bem jurídico para configurar o injusto típico⁵⁸.

⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São

Portanto, para o crime de tráfico de drogas, assim como para todos os tipos penais para os quais o comportamento admite graduação de lesão ao bem jurídico (para mais ou para menos), deve-se avaliar o conteúdo material do crime. Comportamentos que geram impossibilidade material de ofensa não podem determinar responsabilidade penal, inclusive para os crimes de perigo, pois “o conceito de perigo é essencialmente graduável⁵⁹”.

Por outro lado, da análise do Habeas Corpus 11.695/RJ⁶⁰, verifica-se que há uma pretensão dos Tribunais Superiores a justificar a penalização da venda de ínfima quantia de drogas em razão da inviabilidade da descriminalização da conduta e de um suposto interesse público na repressão do delito. Neste caso, porém, ignora-se os critérios político-criminais oriundos da mínima intervenção penal, quais sejam: fragmentariedade e a subsidiariedade.

Isso porque se refuta a análise do caso concreto, sem qualquer preocupação em verificar se o agente incorreu materialmente na prática do delito. E essa postura renuncia a possibilidade de se analisar se “o caso reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade” e “que esse ataque seja grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação”. Consequentemente, também ignora-se a gravidade da lesão (ou, perigo da), diagnosticada na tolerabilidade social da violação ao bem jurídico, o grau de intensidade da ofensa para a vítima e se o emprego do Direito penal não é meramente simbólico⁶¹. Também, o princípio da lesivida-

Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em 26 maio 2020.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. v. 2, 1. Rio de Janeiro, Revan, 2010, p. 230.

⁶⁰ **STJ**, HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

⁶¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas, 2017, p. 64.

de é completamente banalizado, pois há atuação estatal sobre condutas inócuas, que pouco ou nada afetam o bem jurídico tutelado pela norma⁶².

Ainda, vale consignar que não se deve confundir os institutos da descriminalização e da “despenalização progressiva⁶³”, pois os argumentos aqui delineados não têm a pretensão de sustentar a ausência de intervenção penal em matéria de drogas, mas recordar que essa intervenção deve ser *mínima*, justificada nos casos da mais alta relevância e excepcionalidade.

Então, sustentar que “a quantidade de droga comercializada” (ou apreendida) é irrelevante para a configuração do tráfico de drogas diante da expectativa social na atuação repressiva estatal, por óbvio, não encontra amparo nos postulados do Princípio da Intervenção Mínima. Pelo contrário, há deliberado propósito em articular um Direito Penal Máximo em matéria de drogas sob o vago argumento de necessidade de castigo.

Nesse sentido e ao contrário do entendimento há tempo consolidado no âmbito jurisprudencial, destaca-se o Habeas Corpus 127.573/SP⁶⁴ do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria

⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em 26 maio 2020.

⁶³ PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1994, p. 152.

⁶⁴ Neste caso, o arremate do raciocínio do Ministro Relator Gilmar Mendes foi de que “não existem óbices para que se aplique o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta da paciente é tão irrisória, que fica descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada

do Ministro Gilmar Mendes, em que fora reconhecida, por maioria, a atipicidade material da conduta da paciente, condenada a pena 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por vender 1 grama de maconha (Art. 33 da Lei n. 11.343/06). No recente precedente, consta que não há “impossibilidade dogmática” da aplicação do princípio da insignificância ao referido delito, de maneira que a “equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se releva exatamente precisa em sua essência”. Bem por isso, visto que nos crimes de perigo abstrato trabalha-se com um “juízo de possibilidade, ou de probabilidade” de ofensa ao bem jurídico, e não uma presunção *juris et de jure*, sempre que não houver, no caso concreto, “clara comprovação da possibilidade de risco de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado, estaremos diante de um comportamento atípico do ponto de vista material”.

Assim, já que inexistente impedimento pautado na dogmática jurídica para não se reconhecer a atipicidade material nos casos de venda de pequena quantidade de droga, o desalinhamento jurisprudencial em torno da mínima intervenção penal, articulado no STJ e STF (que já nivelaram condenações bem abaixo de 1 grama de droga), decorre de uma “[...] judicatura que não se legitima discursivamente, mas que age despoticamente” e declina qualquer “capacidade analítica dogmática”⁶⁵.

a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, a pesar da subsunção desta ao tipo formal. Ante o exposto, nos termos do art. 192 do RISTF, **concedo a ordem para considerar a atipicidade material da conduta**”. Ver: STF, HC 127.573, rel. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 11/11/2019, DJe 25/11/2019.

⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. Coleção Reflexões Jurídicas. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 92.

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

Ainda sobre essa possibilidade, anota-se os quatro vetores fixados no Habeas Corpus 84.412-0/SP⁶⁶ pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, para aplicação do princípio da insignificância no Brasil, a saber: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica. Apesar de serem requisitos “tautológicos⁶⁷”, todos eles podem ser preenchidos quando o agente, por exemplo, comercializa 0,02 centigramas de maconha⁶⁸. Observa-se, nesse caso, que

⁶⁶ STF, HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso Mello, 2ª T., j. 19/10/2004, DJe 19/11/2004.

⁶⁷ Para Paulo Queiroz, “[...] se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprodução; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo”. Ver: QUEIROZ, Paulo. **Direito penal:** parte geral. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 53.

⁶⁸ No Habeas Corpus 195.985/MG, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro, fora mantida a condenação do paciente à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo 12 c/c o artigo 18, inciso IV, ambos da Lei n. 6.368/76 (Lei de Entorpecentes). Nesse caso, a defesa requereu a aplicação do princípio da insignificância alegando, para tanto, que a conduta do paciente não comportou lesividade, por se tratar de apenas 0,02 centigramas de maconha apreendida. A sexta Turma, porém, por unanimidade, acompanhou o voto do Min. Relator Nefi Cordeiro e não conheceu o Habeas Corpus, ao argumento de que o entendimento firmado naquele Tribunal e do STF seria pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, “pois trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante”. Apesar do alegado, em momento algum foram prestados maiores esclarecimentos acerca do suposto “risco social relevante”, ao que tudo indica, causado mesmo diante da irrisória quantidade de

o próprio risco potencial da conduta ao bem jurídico é mínimo, havendo pequena probabilidade da saúde pública ser colocada em situação de perigo concreto ou sofrer alguma lesão. Sendo assim, nada supera o fato de que é uma conduta materialmente atípica em razão da inexistência de relevância material, exatamente como se decidiu no Habeas Corpus 127.573/SP diante de quantidade muito superior de droga comercializada.

Evidentemente, não parece razoável que os Tribunais Superiores continuem ignorando a viabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, quando consubstanciado na venda de ínfima quantidade de droga, pois tanto o risco potencial quanto a possível lesão podem ser insignificantes e, ambos os casos, não têm lugar no Direito penal mínimo⁶⁹. Dito isso, “é realmente preciso ir além de um certo automatismo judicial, que, alheio à realidade, à gravidade do fato, à intensidade da lesão, se perde e se desacredita na persecução de condutas de mínima ou nenhuma importância social⁷⁰”.

droga apreendida (conduta manifestamente atípica). Ver: **STJ**, HC 195.985/MG, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 09/06/2015, DJe 18/06/2015.

⁶⁹ “Assim, duas serão as possibilidades de insignificância absoluta quando se trata de crime de perigo abstrato, ocasionando-se a exclusão da tipicidade da conduta: o próprio risco gerado é de tal forma diminuto que se torna praticamente impossível a hipótese de concretização deste risco e conseqüente lesão ao bem jurídico; o risco não é insignificante, mas a lesão que poderia dele resultar seria absolutamente insignificante. Nessas duas hipóteses (risco insignificante e possível lesão insignificante), ainda que a conduta seja formalmente típica, é de tal forma insignificante que não pode ser considerada materialmente típica”. Ver: CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 113.

⁷⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 51.

Ademais, uma política criminal orquestrada na intervenção mínima orienta que o Direito penal atue: a) se existir uma ofensa ao bem jurídico penal; b) se essa ofensa for grave quantitativa e qualitativamente; c) e, por último, que este seja o último recurso de intervenção do Estado diante do caso concreto.

Assim, a insignificância do fato não pode ser suprida por uma suposta consciência social punitiva. Afinal, “[...] não se mostra razoável que a opinião pública, de linguagem voluntarista e largamente manipulada pelos meios de comunicação de massa seja o termômetro quando se trata de criminalização de comportamentos [...]”⁷¹.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt⁷² pontua a resistência da aplicação do princípio da insignificância para esses crimes “em razão da natureza ou importância do bem jurídico tutelado”. Ocorre que não se trata de discutir a importância social do bem jurídico penal (tal como uma *sociedade livre de drogas*), tampouco a necessidade de proteção jurídica eficaz (mesmo porque a tutela realizada pelo Direito penal, conforme já se verificou, é naturalmente retardatária), mas destacar que por esta via interpretativa estão fabricando punições que, a rigor, não deveriam ocorrer.

Exemplo pode ser extraído do teor do julgamento do Habeas Corpus 318.936/SP⁷³ do Superior Tribunal de Justiça. No

⁷¹ CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras, Florianópolis, Tirant to Blanch, 2018, p. 118.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020, n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷³ “CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2. O reconhecimento da atipicidade da conduta delitiva com fundamento no princípio da insignificância não é admissível em relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo abstrato, no qual os objetos jurídicos tutelados são a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante a quantidade da droga apreendida. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido”. Ver: **STJ**, HC 318.936/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 27/10/2015, DJe 09/11/2015.

precedente, decidiu-se pela inaplicabilidade do Princípio da Insignificância em razão dos bens jurídicos penalmente tutelados “segurança pública”⁷⁴ e a “paz social”. Aqui, o objeto de proteção no âmbito da norma é deturpado para que se alargue as possibilidades do processo de incriminação, pois se ignora por completo o bem jurídico penalmente (e declaradamente) tutelado pela norma (Saúde Pública) ao espaço em que se registram (incluem) outros dois (*segurança pública* e *paz pública*).

Esse desvirtuamento de bens jurídicos como alvo de proteção da Lei de Drogas é bastante desapropriado. Desde o início da criminalização das drogas no Brasil, a saúde pública é o bem jurídico penalmente tutelado⁷⁵, não tendo o tráfico de drogas a pretensão de defender esses outros bens jurídicos inovadores ventilados no referido precedente. O discurso firmado no campo doutrinário e adotado majoritariamente pelos Tribunais Superiores no Brasil é que tal delito representa uma probabilidade de dano à saúde de um número indeterminado de pessoas⁷⁶ em razão da circulação do objeto material droga na sociedade.

A atribuição de bens jurídicos é papel exclusivo do legislador penal quando da criminalização (primária) de

⁷⁴ Nesse cenário, o mais curioso é que, embora se discorra que o crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato, sendo o perigo de lesão presumido, não possibilitando afastar a tipicidade material da conduta, se tratando de outros delitos, como nos crimes de posse e porte de munições de uso permitido, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido essa possibilidade, diante da inexpressividade da lesão provocada à segurança pública (bem jurídico já utilizado como justificativa para não aplicação da insignificância no crime tráfico de drogas). Exemplos: **STF**, HC 133.984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 17/05/2016, DJe 01/06/2016; **STJ**, AgRg no HC 499.601/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019; **STJ**, AgRg no HC 496.066/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 11/04/2019, DJe 26/04/2019; **STF**, HC 132.876/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 16/05/2017, DJe 01/06/2017.

⁷⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. 1. Reimp. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017, p. 433.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 2010, p. 356.

comportamentos, e não no momento da aplicação da lei (secundária). Ou seja, se o bem jurídico fosse algo a ser diagnosticado pelo aplicador da lei, o Direito Penal perderia a sua razão de ser, pois o processo de criação dos tipos restaria flagrantemente desvinculado a qualquer objeto de proteção, possibilitando, nesses casos, a escolha de bens jurídicos *a la carte* pelos intérpretes da lei.

Neste ponto, é o legislador que, num primeiro momento, precisa encontrar critérios de garantia individual diante da criação do tipo: implementar determinado comportamento na forma de lei penal sob a ameaça de uma pena para que se lance proteção ao apontado bem jurídico. Só depois disso, os intérpretes da norma irão se preocupar com justificativas de incriminação com as práticas das ações que, em tese, amoldam-se tipicamente (formal e materialmente) aquele dispositivo.

Sabe-se que a incriminação das diversas modalidades que podem consubstanciar-se no tráfico de drogas tem como alvo de proteção a Saúde Pública. Reconhece-se, ainda, que várias das ações estampadas nos processos que chegam aos tribunais não noticiam condutas penalmente relevantes ao bem jurídico penal. Diante disso, ao invés de se afastar a responsabilização do agente, substitui-se o bem que se declara proteger por qualquer outro que melhor se amolda à pretensão condenatória, quase que sempre, bens vazios de conteúdo.

Essa patente desorientação em torno da tipicidade penal cria uma verdadeira “jurisprudência de conceitos⁷⁷” que acaba por autorizar a criminalização de absolutamente qualquer coisa. Por tais constatações, é possível diagnosticar que a orientação articulada pelos Tribunais Superiores, de que não se aplica, em absoluto, o princípio da insignificância aos crimes de tráfico de drogas, revela a adoção de um Direito Penal *prima ratio*, pois o injusto penal não é a

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 399.

causa provável de um dano, mas uma atividade qualquer que o legislador criminalizou⁷⁸.

CONCLUSÃO

A pesquisa que se finaliza foi desenvolvida com o objetivo de analisar se seria adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material da conduta do agente que comercializa ínfima quantia de drogas, tendo em vista a flagrante ausência do perigo de lesão à Saúde Pública. Assim, a proposta foi responder o seguinte questionamento: diante do Princípio da Intervenção Mínima e do bem jurídico declaradamente tutelado pela norma que trata da matéria (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*), é possível afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantidade de drogas?

No início do trabalho, abordou-se o bem jurídico como objeto de proteção da norma a partir do funcionalismo penal teleológico-valorativo de Claus Roxin. Nesta concepção teórica, o Direito penal é um instrumento protetor de bens jurídicos. Na sequência, o bem jurídico foi posto como um critério negativo no processo de criminalização, de modo que a tipicidade penal exige uma ofensa (ou perigo de ofensa) de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Nesta primeira parte do trabalho também foram expostos os postulados do Princípio da Intervenção Mínima, a saber: lesividade, fragmentariedade e a subsidiariedade, os quais estabelecem um filtro político-criminal da intervenção do Direito penal, na medida em que houver ofensa grave ao bem jurídico penalmente tutelado e que não possa ser trabalhada por outro instrumento de controle social, senão na esfera penal.

⁷⁸ WINFRIED, Hassemer. “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en *varios autores*. **Pena y Estado**, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

No segundo momento, anota-se que os crimes de perigo abstrato, tal como o tráfico de drogas, também comportam um conteúdo material no âmbito da ação punível. Significa dizer que mesmo não sendo exigido lesão real ou perigo concreto de lesão, a conduta deve representar potencial risco de lesão à saúde pública no âmbito da tipicidade material.

Vê-se que essa análise da conduta é indispensável para a caracterização do delito, independentemente do núcleo do tipo e do modo que o bem jurídico deva ser afetado (por dano, perigo concreto ou abstrato), sem o que fica esvaziado o conteúdo e a finalidade da punição, esta última recaindo sobre meros atos de desobediência e condutas absolutamente inócuas.

Ademais, foi possível observar que grande parte dos delitos tem como graduável a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, casos em que se faz necessário avaliar a dimensão em que está compreendida a ação formalmente adequada ao tipo. Caso a ação seja considerada inofensiva ao bem jurídico (de lesão improvável ou impossível), não há possibilidade de se reconhecer relevância material na conduta, hipótese em que se deve excluir a tipicidade penal.

Assim, não é suscetível de incriminação qualquer conduta que se amolde apenas formalmente ao tipo penal. Ao verificar que a venda de ínfima quantia de drogas não coloca a saúde pública em potencial situação de perigo (e sendo esta a finalidade da norma – prevenir a lesão ou o perigo concreto), inexistente amparo para a incidência do Direito Penal, senão como uma medida autoritária e carente de racionalização dos critérios da intervenção mínima.

Concluída a pesquisa, tem-se como resposta ao questionamento proposto o seguinte: é **possível** afastar a tipicidade material (e consequentemente a tipicidade penal) do comportamento do agente que comercializa inexpressiva quantidade de droga, tendo em vista a ausência do perigo de lesão à Saúde Pública.

Por fim, anota-se que o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores Brasileiros estampado nesta pesquisa demonstra a adoção de um Direito Penal *prima ratio*. Primeiro porque

os argumentos para se justificar a incriminação da venda de ínfima quantidade de drogas são absolutamente vazios de conteúdo: “porque se trata de crime de perigo abstrato”. Depois, porque, verificada a impossibilidade de lesão à Saúde Pública, esses Tribunais subvertem o bem jurídico traçando objetos de proteção especialmente divorciados daqueles a que o legislador conferiu proteção.

A partir dessa orientação, comportamentos materialmente insignificantes ou impossíveis de gerar qualquer afetação ao bem jurídico ganham relevância penal num trágico universo de lógica burocrática. Porém, a teoria do delito deve ser interpretada sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a partir da política criminal. Faz-se necessário, então, que esses critérios da intervenção mínima e de matriz político criminal sejam observados.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual**: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 2016. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** [livro digital]: parte geral (arts. 1º a 120), Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2020. Disponível em:
<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro digital]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em:
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99887859/v4>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRANDÃO, Cláudio. “Significado Político-Constitucional do Direito Penal”. **Revista Justiça e Sistema Criminal** – Revista produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, Vol. 3. N° 4, Curitiba, FAE Centro Universitário, jan-jun 2011.

_____. **Teoria jurídica do crime**, Vol. 1, Coleção Ciência Criminal Contemporânea, São Paulo, Atlas, 2015.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**, Vol.1, São Paulo, Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, Vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2017.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos.** 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**, Florianópolis, Tirant to Blanch, 2018.

_____. “O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores”. **Revista Católica Law Review**, Vol. III, Nº 3, nov. 2019.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: Introducción**, Arganda Del Rey, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**, Tradução de Regina Greve, Belo Horizonte, DelRey, 2007.

_____. “Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança”. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. **Revista Direito Público**, Doutrina Estrangeira, Vol. 3, Nº 14, out-dez 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1411/877>. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. “Bienes jurídicos en el derecho penal”. Tradução de Patricia S. Ziffer. In: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre la justicia penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier**, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

_____. “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en *varios autores*. **Pena y Estado**, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**, Valencia, Tirant to Blanch, 1989.

JOFFILY, Tiago. **Desvalor da ação e desvalor do resultado como fundamentos do injusto penal**: uma revisão a partir do modelo habermasiano de sociedade. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único, Salvador, JusPODIVM, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Montevideo, Editora B de F Ltda., 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos**, Portugal, Coimbra Editora, 2003.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho**, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1994.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro** [livro digital]: parte geral, volume 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99912965/v2>. Acesso em 17 jun. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.
_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral, Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional, Coordenação e tradução de Adriano Teixeira, Coleção Reflexões Jurídicas, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

STF, HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.
_____. HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso Mello, 2ª T., j. 19/10/2004, DJe 19/11/2004.
_____. HC 88.820-8/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 05/12/2006, DJe 19/12/2006.
_____. HC 91.759-3/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª T., j. 09/10/2007, DJe 30/11/2007.
_____. HC 133.984/MG rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 17/05/2016, DJe 01/06/2016.
_____. HC 132.876/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 16/05/2017, DJe 01/06/2017.
_____. HC 141.500/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 13/11/2018, DJe 22/11/2018.
_____. HC 127.573, rel. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 11/11/2019, DJe 25/11/2019.

STJ, AgRg no HC 499.601/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019.
_____. AgRg no HC 496.066/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 11/04/2019, DJe 26/04/2019.
_____. HC 195.985/MG, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 09/06/2015, DJe 18/06/2015.
_____. AgRg no HC 567.737/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 28/04/2020, DJe 04/05/2020.
_____. HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18/11/2010, DJe 06/12/2010.

_____. HC 11.695/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 09/05/2000, DJe 29/05/2000.

_____. HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010.

_____. HC 156.543/RJ, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011.

_____. HC 240.258/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 06/08/2013, DJe 13/08/2013.

_____. HC 318.936/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 27/10/2015, DJe 09/11/2015.

_____. HC 463.656/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 04/10/2018, DJe 24/10/2018.

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

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Vol. 2, Rio de Janeiro, Revan, 2010.