

# AVALIAÇÃO CRÍTICA DA NEGAÇÃO DA ANÁLISE DO CONTEÚDO MATERIAL DO TIPO PENAL CORRESPONDENTE AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

**Samara Sandra Tamanini<sup>1</sup>**

**Airto Chaves Junior<sup>2</sup>**

## RESUMO

Pela via do método dedutivo, subsidiado pela pesquisa bibliográfica, a presente pesquisa tem por objeto o estudo do Princípio da Intervenção Mínima ao crime de tráfico de drogas, na modalidade vender. Objetiva-se analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantia de drogas, tendo em vista a ausência de lesão e perigo de lesão ao bem jurídico declaradamente tutelado, qual seja, a saúde pública. Assim, questiona-se: diante do Princípio da Intervenção Mínima e do bem jurídico penalmente protegido pela norma que trata da matéria, é possível afastar a tipicidade material da conduta do agente que vende ínfima quantia de drogas? Justifica-se a pesquisa ante o descompasso entre a orientação dos

---

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).  
E-mail: samaratamanini@hotmail.com

2 Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor do curso de pós-graduação em Direito da UNIVALI, da ESMESC e da EMPSC.  
E-mail: airto@chavesjrcriminal.com.br

Tribunais Superiores do Brasil (tipicidade penal da conduta independentemente da quantia comercializada) e os fundamentos teóricos do Princípio da Intervenção Mínima (exigência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico para que seja legítima a intervenção penal).

**Palavras-chave:** Crime de Tráfico de Drogas. Princípio da Intervenção Mínima. Teoria do bem jurídico. Tipicidade Material.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa intitulada “avaliação crítica da negação da análise do conteúdo material do tipo penal correspondente ao tráfico de drogas no Brasil” tem por objeto o estudo da aplicação do Princípio da Intervenção Mínima à conduta adequada formalmente ao crime de tráfico de drogas.

Objetiva-se analisar se é adequado, político-criminalmente, afastar a tipicidade material do comportamento do agente que vende ínfima quantidade de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tendo em vista a ausência de lesão, ou mesmo, perigo de lesão, ao bem jurídico declaradamente tutelado, qual seja, a saúde pública.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com o estudo legal e doutrinário do crime de tráfico de drogas no que toca ao núcleo vender, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Na sequência, tratar-se-á dos critérios de legitimação da intervenção penal a partir da função limitadora do bem jurídico. Nesse 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 da legislação penal); e b) estabelecer critérios a partir dos quais se possa determinar corretamente o merecimento de pena.

Por fim, pretender-se-á realizar uma análise crítica da atual orientação sedimentada nos Tribunais Superiores, 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.

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

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

## **2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE “VENDER”**

Dispõe o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 que vender drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sujeita o indivíduo à pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de multa (BRASIL, 2006).

Para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 738), o núcleo do tipo “vender” significa alienar a droga mediante o recebimento de uma contraprestação de valor econômico.

Todavia, faz-se necessário esclarecer que a referida conduta é complementada pelo “ainda que gratuitamente” no tipo penal, resultando na consumação do crime mesmo que não haja cobrança de valores, intuito de obtenção de lucro pelo indivíduo ou até efetiva entrega da droga a terceiro (LIMA, 2016, p. 739).

A expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, prevista no final do art. 33 da Lei de Drogas, no que lhe concerne, “constitui fator vinculado à ilicitude,

porém inserido no tipo incriminador torna-se elemento deste e, uma vez que não seja preenchido, transforma o ato em atípico” (NUCCI, 2010, p. 358).

O objeto material do tráfico, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único c/c o artigo 66, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, são as drogas, isto é, substâncias ou produtos capazes de causar dependência, tais como as “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998” (BRASIL, 2006).

A saúde pública é declarada como o bem jurídico supraindividual e de tutela imediata tutelado pela Lei de Drogas (NUCCI, 2010, p. 356).

O dolo, enquanto elemento subjetivo do tipo, é verificado quando o agente, com consciência e vontade, pratica o núcleo “vender”, ciente de que explora droga sem autorização ou determinação legal ou regulamentar (LIMA, 2016, p. 743).

Além disso, o crime de tráfico de drogas é classificado como um “tipo de perigo abstrato”, que nada mais é, segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2019, p. 87), que uma “técnica utilizada pelo legislador para criminalizar comportamentos sem exigir um resultado lesivo concreto”. Assim, o crime se consuma com a mera conduta, “independentemente da existência de um dano dela decorrente”.

A abstração do perigo é entendida como uma presunção da probabilidade do dano por parte do legislador na construção do tipo. Então, seguindo essa lógica, independentemente da quantidade da droga vendida, a tipicidade penal sempre subsistirá.<sup>2</sup>

Ocorre, no entanto, que paira o questionamento se a ínfima quantia de drogas vendida realmente seria apta a provocar uma situação de perigo de lesão à saúde pública.

À vista disso, na sequência, iniciar-se-á a desconstrução dessa presunção de perigo de lesão a toda e qualquer conduta, analisando,

---

2 Neste sentido, colhe-se da obra de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 736):

especificamente, a tipicidade penal da venda de ínfima quantia de droga. Para isso, no próximo tópico, serão apresentados os critérios de legitimação da intervenção penal a partir da função limitadora do bem jurídico.

### 3. O BEM JURÍDICO PENAL

A construção de um conceito de bem jurídico<sup>3</sup> se inicia no século XIX (BITENCOURT, 2018, p. 57, v. 1). Foram muitas as concepções construídas com o intuito de definir o que se entende sobre o tema. Conforme Juarez Tavares (2004, p. 23-37), há quatro correntes conceituais, a saber: positivista, neokantiana, ontológica e funcionalista.<sup>4</sup>

Pela análise de Juarez Tavares (2004, p. 15-16), a evolução histórica do conceito de bem jurídico, do positivismo ao funcionalismo,

---

“Por mais que alguém seja flagrado entregando ínfima quantidade de droga a terceiro para fins de consumo, como se trata de crime de perigo abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado para o combate à divulgação e propagação do uso de drogas. Afinal, cuida-se, o tráfico de drogas, de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou”. No mesmo sentido (NUCCI, 2010, p. 355).

3 Conforme Luís Greco (2004, p. 90-91, v. 49), no Brasil, a doutrina tradicional conhece o conceito de Bem jurídico dogmático, ou seja, não se costuma reconhecer qualquer função crítica, limitadora, político-criminal a ideia. Somente em investigações mais recentes, como pelo penalista Juarez Tavares, é que se começou a desenvolver um conceito de Bem jurídico como diretriz ao legislador.

4 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.

demonstra a dependência de uma eleição política acerca do que se pretende proteger, porém, inicialmente reflete aquilo que se propõe a formular como propósito do Direito Penal.<sup>5</sup>

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

---

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 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 às 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.

5 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 (TAVARES, 2004, p. 39).

dos bens jurídicos (SANTOS, 2012, p. 5; BITENCOURT, 2018, p. 56, v. 1; MUÑOZ CONDE, p. 90).

Trata-se de uma concepção do funcionalismo penal teleológico, valorativo ou moderado que surgiu em 1970, com a obra precursora intitulada **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**, do penalista alemão Claus Roxin (2000, p. 82). No referido 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 Roxin (2013, p. 18-19), implica um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, “na medida em que pretende demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”. Nesse 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 Santos (2012, p. 26), 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 eles representarem conteúdo lesivo aos bens jurídicos penalmente tutelados (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 388). Daí as teses constitucionalistas, as quais inserem “o bem jurídico como o esforço na proibição constitucional do excesso” (HASSEMER, 2005, p. 70) e a

Constituição como um “limite negativo de valoração” (BUSATO, 2017, p. 54, v. 1).<sup>6</sup>

Já no segundo nível (criminalização secundária), exige-se do intérprete da lei um procedimento mental denominado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2019, p. 398) de “juízo de tipicidade”, que significa uma valoração do comportamento, formalmente adequado ao tipo penal, no âmbito da tipicidade material.<sup>7</sup> Em outras palavras, é necessário que a conduta tenha violado gravemente o bem jurídico penalmente tutelado no âmbito abstrato (critério de lesividade).

Contudo, afirmar que a intervenção penal tem como pressuposto a ofensa ao bem jurídico não é suficiente, pois estar-se-ia admitindo a punição de toda e qualquer conduta sob esse pretexto, revelando que o “bem jurídico é sempre um critério de oportunidade incriminadora” (PEREIRA, 2003, p. 309).<sup>8</sup> Nesse sentido, parece imprescindível argumentar outros limites à intervenção penal, mais

---

6 Além disso, 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 (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 371).

7 Para Paulo César Busato (2017, p. 329-330, v. 1), a norma só pode ser reconhecida como relevante se contemplar uma “pretensão conceitual de relevância” e uma “pretensão de ofensividade”, esta última consubstanciada em um ataque intolerável (alto nível de relevância) a um bem jurídico penalmente protegido. Daí que o tipo de ação é composto pelas dimensões formal e material.

8 Conforme Winfried Hassemer (2006, p. 74, v. 3), “há uma tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais [...]”. Isso permite que o legislador penal criminalize “quase todos os tipos de condutas desviadas e roube o conceito de bem jurídico seu potencial de controle”. Ainda, altera a função do conceito de Bem jurídico que, de sentido negativo, passa a ser empregada no sentido de que “o legislador deverá salvaguardar tudo o que puder ser considerado Bem jurídico, ainda que tenha de recorrer à pena”.

inerentes ao conteúdo e à extensão da norma (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 358).

Dentre essas limitações, estipula-se que a norma penal, assim como as demais normas jurídicas, possui uma função eminentemente protetora. Porém, a norma penal e as demais normas jurídicas são diferentes, sobretudo em razão da gravidade das medidas aplicadas pela norma penal para cumprir com essa missão, de modo que será possível intervir somente nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes (critério de fragmentariedade) (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 90).

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 jurídicos (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108). Por isso, a intervenção penal é a *ultima ratio* (critério de subsidiariedade) (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 383).

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 converta em um suporte valorativo dos pilares sobre os quais gravita todo o sistema teleológico do Direito Penal (PUIG, 1994, p. 31).

Porém, a ideia de proteção de bens jurídicos pela via do Direito Penal necessita ser enfrentada, pois, conforme anota Paulo César Busato (2017, p. 15-17, v. 1), 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 em sociedade, sendo esta a justificativa da imposição de uma norma jurídico-penal.

Sendo assim, em vez 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 tipo” (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 18, v. III).

#### 4. A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O Princípio da Intervenção Mínima expressa um ulterior limite político-criminal à intervenção punitiva do Estado, estabelecendo a presença do Direito Penal quando for estritamente necessário e imprescindível. Nas palavras de Paulo César Busato (2017, p. 3, v. 1), a intervenção penal constitui uma “violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita”.

No Brasil, esse princípio é tratado como Princípio da Insignificância ou bagatela, nomenclatura que foi utilizada por Claus Roxin<sup>9</sup> (2000, p. 48) na obra **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Porém, critica-se essa terminologia por ser incoerente com a importância do tema e não expressar o seu verdadeiro sentido e orientação, induzindo o leitor a associar o referido princípio a uma

---

9 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”.

questão desprezível, quando, na verdade, representa o “foro central de filtragem político-criminal” (BUSATO, 2017, p. 61, v. 1).

Registra-se, consoante Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 83, v. 1), que a insignificância se refere à “gravidade, extensão ou intensividade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado”. Por isso, deve ser avaliada a desproporcionalidade da ofensa com a gravidade da sanção cominada (pena) a fim de alcançar “necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato”.

Sucedo 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/RJ<sup>10</sup> do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, em que foi considerada típica a ação perpetrada a partir de 0,25 decigramas de cocaína. Assim também em: Habeas Corpus 156.543/RJ<sup>11</sup>, diante de 0,50 decigramas de cocaína; Habeas Corpus 155.391/ES<sup>12</sup>, em razão de 0,20 decigramas de crack; e no Habeas Corpus 141.500/SP<sup>13</sup> do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, pelo fato de o 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

---

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

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

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

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

abstrato ou presumido, sendo irrelevante, para esse específico fim, a quantidade de droga empregada para a prática do núcleo “vender”.<sup>14</sup>

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 Jurídicos.

No Habeas Corpus 11.695/RJ, por exemplo, consta que não se deve prejudicar a tipicidade do delito, que estaria 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.<sup>15</sup>

---

14 Ao se consultar os precedentes dos Tribunais Superiores, é possível diagnosticar o quanto é aceita 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; 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.

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

Já pelo Habeas Corpus 318.936/SP<sup>16</sup> do Superior Tribunal de Justiça, registrou-se que é inaplicável o Princípio da Insignificância em razão dos bens jurídicos penalmente tutelados, quais sejam, a “segurança pública”<sup>17</sup> e a “paz social”<sup>18</sup>.

Tem-se, porém, que, quando se tratar do tráfico de drogas em pequena quantidade, é perfeitamente possível reconhecer a atipicidade material da conduta.

Muito embora o acúmulo de delitos de perigo abstrato seja uma característica de “criminalização explícita” (HASSEMER, 2006, p. 74, v. 3), os intérpretes da lei não devem abandonar o conteúdo material da conduta, pois qualquer núcleo praticado em torno de mínimas quantias não guarda sintonia com os pressupostos teórico-dogmáticos dos fins

---

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

17 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, tratando-se 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 a não aplicação da insignificância no crime de 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.

18 Claus Roxin (2004, p. 10) anota que a “paz social” já é protegida, indiretamente, como reflexo da proteção de outros bem jurídicos. Evidentemente, todo crime, de certo modo, perturba a sociedade em geral. Então não há embasamento algum para a alegação de que se protege a “paz social” no crime de tráfico de drogas.

do Direito Penal (de concepção teleológico-valorativa).<sup>19</sup>

Sendo assim, em todos os tipos penais que admitam a graduação, para mais ou para menos, da lesão ou perigo ao bem jurídico, deve-se avaliar o conteúdo material do crime, sendo possível verificar as ofensas irrelevantes, em especial, nos crimes de perigo, posto que “o conceito de perigo é essencialmente graduável” (ZAFFARONI *et al*, 2010, p. 229-230, v. 2).

Nesse sentido, verificando-se que a venda de ínfima quantia de drogas não coloca a saúde pública em potencial situação de perigo, inexistente amparo para a incidência do Direito Penal, senão como uma medida autoritária e carente de racionalização dos critérios da intervenção mínima.

Quanto à pretensão dos Tribunais Superiores de justificar a penalização da venda de ínfima quantia de drogas em razão do interesse público na repressão do delito, é nítido que se deixa de avaliar, dogmaticamente, o caso concreto para se concentrar nos efeitos que o delito provoca na sociedade. Porém, há de se convir que “[...] 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 [...]” (CHAVES JUNIOR, 2018, p. 118).

Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 83, v. 1) pontua essa resistência da aplicação do Princípio da Insignificância a determinados crimes como consequência 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),

---

19 No mesmo sentido, Hernán Hormazabal Malarée (1992, p. 171) propõe que a tipicidade “no se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción. Implica, además, en un momento posterior un proceso de valoración”.

mas destacar que, por tal via interpretativa, estão fabricando punições que, a rigor, não deveriam ocorrer.

De igual modo, pela gama de bens jurídicos coletivos, há inegável expansão da punibilidade, mesmo porque não existem regras para postulá-los, permitindo que o Estado interfira na liberdade das pessoas, pela via do Direito Penal, de qualquer maneira. Por isso, Luis Greco (2011, p. 4) os descreve como “uma perfeita construção *ad hoc* para legitimar qualquer proibição, pois basta mencionar conceitos como a ‘segurança pública’ ou a ‘paz jurídica’ e já se harmonizou o tipo problemático com a ideia de proteção de bens jurídicos”.

Neste ponto, observa-se que, ao invés de traçarem limites ao exercício de punir do Estado aos casos penalmente relevantes, é preferível punir toda e qualquer conduta com fundamentações genéricas e articuladas em “bens jurídicos fictícios” (ROXIN, 2004, p. 10). O fato é que não basta constatar a importância abstrata da saúde pública ou qualquer outro postulado como bem jurídico, sem exigir similar grau na afetação do referido bem, seja ele coletivo ou individual, em crimes de dano ou de perigo.

Desse modo, é patente a desorientação em torno da tipicidade penal, havendo verdadeira “jurisprudência de conceitos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 419) no Brasil, já que se concebe a venda de irrisória quantia de drogas como uma conduta típica, ainda que não afete o bem jurídico em maior ou menor grau.

Não se observa, portanto, o reconhecimento da periculosidade como critério de relevância penal da conduta, o que resulta em decisões totalmente na contramão do Princípio da Intervenção Mínima. Por tais constatações, é possível diagnosticar que a orientação articulada pelos Tribunais Superiores de que não se aplica o Princípio da Insignificância no crime de tráfico de drogas condiz com um flagrante Direito Penal *prima ratio*, haja vista a antecipação da proibição criminal, bem como a

abertura em torno da tipicidade, bastando que a conduta tenha previsão junto ao Direito positivo.

## 5. CONCLUSÕES

A partir da pesquisa que se finaliza, foi possível concluir o seguinte:

A adoção do Princípio da Insignificância significa que determinado comportamento, embora possua congruência formal com o tipo penal, não é apto a afetar de forma relevante o bem jurídico penalmente tutelado, de modo que excluirá a tipicidade penal em razão da ausência de ofensividade.

O intérprete da lei não deve abster-se de realizar por completo o juízo de tipicidade; pelo contrário, enquanto analista objetivo e imparcial, logo se espera que vivencie mentalmente o caso concreto e, dentro dos parâmetros da legalidade e da intervenção mínima, estabeleça a necessidade ou não de punição do autor a partir da conduta que lhe foi disposta a julgamento.

É que, dentro de parâmetros legítimos, a tipicidade penal existirá somente nos casos que a venda de drogas provocar potencial perigo de lesão à saúde pública. Essa demonstração é indispensável para a caracterização do delito, independentemente do núcleo do tipo, sem o qual fica esvaziado o conteúdo e a finalidade da punição, esta última recaindo sobre meros atos de desobediência e condutas inócuas.

Essa linha de raciocínio compreende uma filtragem político-criminal, na medida em que o Direito Penal só deve intervir na liberdade dos indivíduos quando houver uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (critério de lesividade), estando, porém, condicionado também ao fracasso de outros instrumentos de controle

social (critério de subsidiariedade) e somente quando esta lesão ou perigo de lesão for suficientemente grave (critério de fragmentariedade).

Por isso, não se sustenta a atual orientação dos Tribunais Superiores Brasileiros de que o tráfico de drogas é crime de perigo abstrato pelo que a quantidade de drogas apreendida é irrelevante, sendo o perigo de lesão presumido em caráter absoluto.

Aliás, a leitura da presunção de perigo de lesão presume, igualmente, a punibilidade do agente, encaminhando-o sem volta à grave e desproporcional punição a partir da mínima ou, até mesmo, absoluta inexistência da ofensa ao bem jurídico penal.

Observa-se, então, que não há intervenção penal vinculada ao mínimo necessário, pois, se fosse o caso, reconhecer-se-ia a possibilidade de afastar a tipicidade material (e consequentemente a tipicidade penal) da conduta do agente que comercializa inexpressiva quantidade de droga. O que se verifica é uma expansão desmedida do Direito Penal, tendência esta que tem sido verificada especialmente em delitos de tipo abstrato e com bens jurídicos coletivos.

De todo exposto, concluiu-se, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal representa o excesso do poder punitivo do Estado, já que a venda de ínfima quantia de droga, apesar de não apresentar gravidade suficiente (grau de relevância) de perigo de lesão para que possa justificar a intervenção mínima do Direito Penal, é igualmente criminalizada e suscetível de punição pelo modelo jurídico-criminal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1, 24. ed. rev. ampl. Livro digital. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** [livro eletrônico]: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2019.

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

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**. v. III, n. 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. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, jul-ago, 2004.

\_\_\_\_\_. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *In*: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre la justicia penal**: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança. **Revista Direito Público**, Doutrina Estrangeira, v. 3, n. 14, out-dez, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MALARÉE, Hernán Hormazabal. **Bien jurídico y estado social e democrático de derecho**: (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Coletivos 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.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** Sobre a legitimação das proibições penais. Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20

de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito Penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

**STF**. HC 87.319-7/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 07/11/2006, DJe 15/12/2006.

\_\_\_\_\_. 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.

**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 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. **Bien jurídico y función en Derecho penal.** Traducción de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro.** v. 2, 1. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

## CRITICAL EVALUATION OF THE DENIAL OF ANALYSIS OF MATERIAL TYPE CONTENT MATCHING DRUG TRAFFICKING IN BRAZIL

### ABSTRACT

Through the deductive method, supported by bibliographic research, this research aims at the study of the Principle of Minimal Intervention to crime of drug trafficking, in the mode of selling. The objective is to analyze whether it is appropriate, politically-criminally remove the material typicality of the conduct agent who sells a small amount of drugs, in view of the absence of injury and danger of injury to the legal good declared to be protected, which is, public health. Thus, the question arises: Given Principle of Minimal Intervention and the legal property criminally protected by the rule dealing with the matter, is it possible to rule out the materiality of the conduct of the agent who sells the small amount of drugs? The research is justified in view of the mismatch between the guidance of the Higher Courts of Brazil (criminal typicality of conduct regardless of the amount traded) and the theoretical grounds of the Principle of Minimal Intervention (requirement of injury or danger of injury to the legal asset in order to be legitimate criminal intervention).

**Keywords:** Drug Trafficking Crime. Principle of Minimal Intervention. Theory of Legal Good. Material Typicality.