

modificar as atuais leis de entorpecentes na América Latina, para excluir o moralismo, o tratamento compulsivo e principalmente a necropolítica da guerra.

A *cannabis* não pode ser entendida como portadora de algo similar ao vírus da raiva. Os irmãos orientais compreenderam isso melhor. A discussão sobre a cocaína deve ser realista: em que pese todas as classes sociais consumirem, uns disfrutam de pureza, enquanto outros, meninos de bairros populares, consomem algo desvirtuado, um veneno, que ninguém sabe se sobra algum resquício de pó branco.

Há, pelo menos, uma certeza: o debate sobre as drogas proibidas remete sim a outros tantos problemas. A história da proibição indica que a cocaína foi um *commoditie* desde o final do século XIX no Peru, que, inclusive, os laboratórios franceses, alemães e norte-americanos disputavam a distribuição. **Sigmund Freud**, por exemplo, foi um degustador e bom narrador dos efeitos produzidos pela cocaína nele e em seus pacientes, além de ter sido promotor de laboratórios que a fabricavam.

A maconha foi consumida massivamente durante os anos 60 do século passado nos Estados Unidos e alcançou toda as camadas sociais da população, nada obstante somente os negros tivessem sido

encarcerados, sob a desculpa de que ficavam demoníacos e, assim, cometiam delitos.<sup>8</sup>

A regulação estatal é um remédio para as questões de saúde pública. Mas, além disso, a legalização desestimula a distribuição descontrolada, o preço elevado e a má qualidade do produto.

Não se pode fazer como o marquês de Casaldueiro e se preocupava somente com sua filha e sua morte inevitável, olhando apenas de que maneira tornaria pública sua morte.

A discussão não avança se o modelo de classificação de substâncias ignora que algumas se assemelham as *commodities* - como a soja, o milho e o trigo -, mas com efeitos nocivos para a saúde dos pobres e, ao contrário, com algazarra de leite dos ricos, pois estes, além de consumi-las equilibradamente, encham os bolsos de dinheiro com a proibição. No caminho só restam rastro de seres humanos enjaulados ou mortos violentamente.

Não há que se esquecer, neste debate, que os danos produzidos pelas drogas sempre foram mais um efeito da política punitiva do que seus efeitos farmacológicos, como demonstram as cifras. Mas as matemáticas, em tema de proibição de entorpecentes, não se traduzem apenas em números. Falamos de vidas e de direitos humanos que são pouco quantificáveis. Todo o restante é literatura.

#### NOTAS

- <sup>1</sup> MARQUES, Gabriel Garcia. *Del amor y otros demonios*. Bogotá: Literatura Random House, 1994. No Brasil, *Do amor e outros demônios*. São Paulo: Editora Record, 1994.
- <sup>2</sup> Sentença de 29 de agosto de 1986, do caso *Gustavo Mario Bazterrica*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>3</sup> Sentença de 11 de dezembro de 1990, do caso *Alfredo Montalvo*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>4</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: PPU, 1996, p. 93.
- <sup>5</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología: una fundamentación para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2010, p. 512.
- <sup>6</sup> Sentença de 25 de agosto de 2009, do caso *Sebastián Arriola y otros*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>7</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional. Garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 21.
- <sup>8</sup> Sobre esse problema da manipulação do bem jurídico, SCHÜNEMANN, Bernd, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. In: HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 223.

Sobre os problemas primários e secundários mencionados, HULSMAN, Louk, Consecuencias negativas de la penalización de las drogas, en La política de las drogas, fuente de colonización y represión. *Nuevo Foro Penal*, n. 35, 1987; HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, Evaluation critique de la politique des drogues. *Déviance et société*, Gêneve, v. VII, n. 3, 1983. Em suma: os efeitos primários são relacionados com a natureza da droga e servem para desenvolvimento de estudos, estratégias e procedimentos preventivos, educativos, assistenciais e terapêuticos. São efeitos que definem o grau de danosidade e o risco da substância para a saúde individual. Não se confunde, portanto, com o problema da droga. O feito dela depende de múltiplos fatos, mas em especial da situação pessoal e das condições do consumo. Por sua vez, os efeitos secundários são maiores e incidem sobre o consumidor e sobre os sistemas social, penal, terapêutico, assistencial, educacional e econômico. Os efeitos da criminalização podem ser efeitos secundários individuais concretos ou efeitos secundários sociais. Os custos individuais podem ser o isolamento, a estigmatização, o risco de marginalização, o elevado preço da droga, o sofrimento familiar, os danos à saúde pela má qualidade da droga, as más condições higiênicas de consumo etc. Nesse sentido, BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*. Trad. de Mauricio Martínez. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires: IBDeF, 2006. p. 112-138.

Autores convidados

# TRÁFICO DE DROGAS E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA POSSIBILIDADE DOGMÁTICA

*DRUG TRAFFICKING AND THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: A DOGMATIC POSSIBILITY*

## Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – Summa cum laude – pela Universidade de Frankfurt. Professor da Universidade Católica de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0536-268X> [bruno.buonicore@gmail.com](mailto:bruno.buonicore@gmail.com)

## Gilmar Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do IDP. Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3919-7237> [gilmaracademico@gmail.com](mailto:gilmaracademico@gmail.com)

## RESUMO

Trata-se de breve artigo, que discute a possibilidade dogmática da aplicação do princípio da insignificância no delito de tráfico de drogas. A análise se desenvolve a partir de um precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. O artigo propõe leitura conjunta do princípio da insignificância com o princípio da ofensividade para, ao fim, concluir que não existem impeditivos dogmáticos que, de plano, impeçam o uso do princípio da insignificância como recurso interpretativo no crime de tráfico de drogas.

**Palavras-chave:** Tráfico de drogas, Princípio da insignificância, Princípio da ofensividade.

O Supremo Tribunal Federal vinha se manifestando no sentido de que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de tráfico de entorpecentes, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida.<sup>1</sup> Entretanto, em 11.11.2019, no julgamento do *Habeas Corpus* 127.573/SP, a Segunda Turma da Corte, pela maioria de seus membros, decidiu reconhecer a possibilidade dogmática de aplicar o princípio da insignificância em casos de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/2006. O precedente, que rompeu com a tendência do Tribunal sobre a questão, restou assim ementado: “Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material.”

Entende-se que a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância no delito de tráfico de entorpecentes estava muito mais ligada a uma decisão político-criminal do que propriamente a uma impossibilidade dogmática. O principal argumento levantado por aqueles que defendem tal inaplicabilidade é o de que o tráfico de entorpecentes se traduz em crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, por isso, afasta o emprego do princípio da insignificância. No entanto, sustenta-se que essa equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente absoluta e incontestável em sua essência.

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem juízo de possibilidade e não juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Contudo, é preciso que haja clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar perigo de dano ao valor protegido pelo Direito Penal, já que o juízo de possibilidade que justifica a intervenção criminal nos crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a *não possibilidade*. Se os crimes de perigo concreto exigem demonstração empírica da ameaça ao bem jurídico, os crimes de perigo abstrato exigem demonstração empírica da possibilidade dessa ameaça, uma vez que não se confundem com crimes de mera conduta.

Nessa linha de argumentação, **Bottini** é preciso em apontar o caminho de uma hermenêutica constitucional para os crimes de perigo abstrato: “*Em síntese, o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o*

## ABSTRACT

This brief article discusses the dogmatic possibility of applying the principle of insignificance in the crime of drug dealing. The analysis develops from a precedent of the Second Class of the Federal Supreme Court. The article proposes a joint reading of the principle of insignificance with the principle of offensiveness in order to conclude there are no dogmatic impediments that prevent the use of the principle of insignificance as an interpretative resource in the crime of drug dealing.

**Keywords:** Drug dealing, Principle of insignificance, Principle of offensiveness.

*princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal (...) ainda que os crimes de perigo abstrato sejam constitucionais, devem ser interpretados sistematicamente, levando-se em consideração a orientação teleológica do Direito Penal. Por isso, ainda que o tipo penal descreva a mera conduta, cabe ao intérprete — em especial ao juiz — a constatação de que o comportamento não é inócuo para afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Em outras palavras, não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da periculosidade da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos.”<sup>2</sup>*

Desse modo, compreender a arquitetura dogmática dos crimes de perigo abstrato como presunção absoluta da possibilidade de perigo de dano revela-se juízo precipitado e equivocado. Os crimes de perigo abstrato demandam substrato material mínimo ligado à periculosidade da conduta e, conseqüentemente, à possibilidade penalmente relevante de perigo de dano ao bem jurídico. Nesse sentido, uma hermenêutica constitucional do injusto em análise caminha na direção de exigir a demonstração desse substrato empírico minimamente lesivo.

Na linha de *cuidado-de-perigo*<sup>3</sup> ao bem jurídico tutelado pela norma penal, diante de uma ação ou omissão, pode haver: (1) demonstração de dano; (2) demonstração da certeza de perigo de dano; (3) demonstração da possibilidade penalmente relevante de perigo de dano; e (4) não demonstração da possibilidade de perigo de dano ou impossibilidade de perigo de dano. O primeiro caso corresponde aos crimes de dano, o segundo aos crimes de perigo concreto, o terceiro aos crimes de perigo abstrato e o último caso à conduta atípica. Isso significa que, se não houver, no caso concreto, clara comprovação da possibilidade penalmente relevante de perigo de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado, estar-se-á diante de comportamento atípico do ponto de vista material, ainda que haja subsunção formal da conduta ao tipo penal de perigo abstrato.

Neste ponto, parece que uma precisa delimitação da tipicidade material em suas dimensões positiva e negativa pode iluminar o entendimento sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no caso de traficância de quantidades ínfimas de drogas. A dimensão axiológica positiva do tipo material se liga ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, sendo que a questão decisiva neste espaço dogmático é saber se a norma protege um valor da comunidade digno de ser tutelado pelo Direito Penal. Já a dimensão negativa da tipicidade material está intimamente conectada com o grau de lesividade da conduta concreta ao bem jurídico protegido pela norma jurídico-penal.<sup>4</sup> A questão aqui é saber se e em que medida o comportamento ofende o bem jurídico digno de tutela penal. Justamente nessa dimensão negativa surge na doutrina italiana o princípio da ofensividade (*Offensivität*), que prevê, em

apertada síntese, que não há tipicidade material e, portanto, não há crime quando a conduta concreta do agente não representar efetiva ameaça/lesão ou possibilidade penalmente relevante de ameaça/lesão ao bem jurídico protegido pela norma.<sup>5</sup>

O princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*) nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material – nas palavras de **Roxin**, trata-se de “afastar da tipicidade, de antemão, prejuízos ínfimos”.<sup>6</sup> Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estar-se-á diante de uma conduta atípica quando esta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de perigo de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade penalmente relevante de perigo de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficientemente ofensivo para causar dano ou perigo efetivo de dano ao bem jurídico tutelado. O princípio da ofensividade é aqui invocado como um critério dogmático de aferição da possibilidade penalmente relevante de perigo de dano – trata-se de analisar a possibilidade de a conduta vir a ameaçar o valor tutelado pela norma jurídico-penal.

No caso julgado pela Segunda Turma do STF, em que se discutiu eventual tráfico de um grama de maconha, não houve óbice para que se aplicasse o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta foi considerada tão irrisória, que restou descartada a possibilidade penalmente relevante de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento não foi considerado capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico protegido pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. A quantidade de um grama de maconha é tão pequena, que a sua posse ou comercialização não é capaz de lesionar ou colocar em perigo a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de caso paradigmático em que, pelo baixíssimo grau de ofensividade, não houve qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal.

No que concerne à relação entre o bem jurídico difuso protegido pela norma jurídico-penal neste caso e o grau de ofensividade oferecido pela conduta, não parece possível aplicar, no âmbito do direito penal de drogas, raciocínio análogo ao que se vem construindo nos chamados delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*) no direito penal ambiental, em que, por mais irrisória (ou nula) que seja a

possibilidade de ofensa da conduta ao bem jurídico, considera-se, em determinadas circunstâncias, uma soma hipotética de futuras condutas da mesma natureza aptas a oferecer dano ou risco de dano ao bem jurídico em graus penalmente relevantes em momento posterior – essa técnica dogmática é especialmente desenvolvida por **Kuhlen** e está ligada inicialmente a crimes de poluição.<sup>7</sup>

O chamado tipo penal acumulativo (*Kumulationstatbestand*) é orientado por um princípio de generalização do comportamento individual na proteção do meio ambiente e tem duas características principais: (1) alteração do objeto da norma incriminadora do indivíduo para a coletividade, considerando a conduta semelhante de diversos indivíduos sem qualquer vínculo subjetivo entre eles; e (2) abandono da análise da periculosidade da conduta individualmente percebida antes de considerar a possível conduta semelhante e futura dos demais indivíduos.<sup>8</sup>

No caso do direito penal de drogas, a natureza do bem jurídico protegido e o nível de intervenção criminal na esfera individual que esta seara do direito impõe não parecem permitir tal tipo de raciocínio, senão a consideração individualizada do comportamento e de seu grau de ofensividade, com a devida demonstração efetiva da possibilidade penalmente relevante de perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma. Nesta direção, em uma crítica em face da utilização da técnica acumulativa fora do direito penal ambiental, **Roxin** coloca como principal impeditivo o fato de que, nos delitos de acumulação, “o indivíduo não é penalizado pela lesão ao bem jurídico por ele causada, mas pelo comportamento de terceiros”.<sup>9</sup>

Excluindo-se a lógica acumulativa, não parece haver outro caminho interpretativo constitucional, a não ser a aplicação do princípio da insignificância quando não for verificada na conduta ofensividade material mínima apta a possibilitar perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 33 da Lei 11.343/2006. Como bem aponta **Schünemann**, a técnica dogmática dos crimes abstratos, especialmente no espaço do direito penal de drogas, deve ser ponderada de forma muito cautelosa, considerando-se sempre as garantias individuais envolvidas.<sup>10</sup>

Por isso, cientes de que o tema é passível de maiores estudos e aprofundamentos, sobretudo no que diz respeito às determinações dogmáticas e jurisprudenciais quanto à quantidade específica e à natureza da droga no caso concreto, conclui-se que não existem, de plano, impedimentos dogmáticos para a aplicação do princípio da insignificância em se tratando de tráfico de drogas de quantidades ínfimas.

## NOTAS

<sup>1</sup> Conferir, entre outros: HC 96.684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 23.11.2010; HC 88.820/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 19.12.2006 e HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 15.12.2006.

<sup>2</sup> BOTTINI, Pierpaolo, Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta, *Conjur*, 29 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 19 ago. 2019

<sup>3</sup> Sobre isso, conferir: FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 11 e ss.

<sup>4</sup> D'AVILA, Fabio, *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensas a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45 ss.

<sup>5</sup> MARINUCCI, Giorgio, *Corso di diritto penale*. Milão: Giuffrè, 2001. p. 449 ss.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1973. p. 34. (tradução nossa)

<sup>7</sup> KUHLEN, Lothar, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht: GA*, Heidelberg, p. 389-408, 1986. p. 389 ss. Ver também: KUHLEN, Lothar, Umweltstrafrecht, *ZStW*, v. 105, n. 4, p. 697-726, 1993. p. 697 ss.

<sup>8</sup> CAETANO, Matheus Almeida, *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Pillares, 2016. p. 378.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H.Beck, 2020. p. 73. (tradução nossa)

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, Protección de bienes jurídicos, ultima ratio e victimodogmática, in: ROBLES PLANAS, Ricardo (Ed.). *Límites al derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 63 ss.