

HABEAS CORPUS 127.573 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No caso vertente, extrai-se que a paciente foi condenada à **pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pela posse de **1g (um grama) de maconha**, não tendo havido indícios de que a paciente teria anteriormente comercializado maior quantidade de droga. Tal condenação fere gravemente os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da insignificância.

Da desproporcionalidade da imputação do crime de tráfico de drogas à paciente

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) pode atingir, como objeto de seu controle, tanto uma norma em abstrato e sua própria validade, como, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em um caso concreto. Isto significa que qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais, no momento de aplicação da norma, deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade. Um juízo sobre a proporcionalidade, nesse sentido, deve resultar de uma rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido (pena) e os objetivos perseguidos pelo legislador (proteção do bem jurídico).

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Como venho afirmando em âmbito doutrinário, o princípio da proporcionalidade, em linhas gerais, se divide em dois subprincípios e, ainda, em um terceiro nível de ponderação em que se aprecia a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação

(*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Segundo assentei no voto que proferi na **ADI 3.112 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007)**, que tratou da constitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Almedina, 2003).

O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental

de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Importante destacar a existência de parâmetros de controle

É importante frisar que o princípio da proporcionalidade obsta não apenas a criminalização primária de condutas irrelevantes, mas também o processo de criminalização secundária, de maneira a conduzir o julgador a interrogar se aquela punição, prevista em lei, é proporcional à extensão do dano provocado pelo réu no caso concreto.

No caso em tela, não se pode dizer que o oferecimento de uma pena de **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, por parte do Estado, se revele como uma resposta adequada, nem tampouco necessária, para repelir o tráfico de **1g (um grama)** de maconha. Em um controle da proporcionalidade em sentido estrito, ainda, **salta aos olhos a desproporcionalidade do oferecimento de tal pena.**

Além disso, o presente caso é um exemplo emblemático da **flagrante desproporcionalidade da própria pena em abstrato prevista para o tipo penal do tráfico de drogas diante de casos em que a quantidade de entorpecentes é irrisória.** A solução aqui proposta, para tais casos de **flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida**, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas.

Fato é que a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício. Nos parece que a **adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas** se revela um passo importante nessa direção.

Da aplicação do princípio da insignificância

Anoto que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o princípio da insignificância não se aplica ao delito de tráfico de entorpecentes, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. Nesse sentido, trago alguns julgados: 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, este último assim ementado:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRÁFICO DE DROGAS. O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga - três gramas - não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos. PENA - DOSIMETRIA. Surge devidamente fundamentada sentença que, entre o mínimo de três anos e o máximo de quinze, implica a fixação da pena-base em seis anos de reclusão, consideradas as circunstâncias do crime - prática junto a detentos de estabelecimento prisional e a personalidade do agente.

Na mesma direção, segue a decisão ora atacada pelo remédio constitucional em análise:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício. 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. (STJ, HC 318936/ SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Dje 27.10.2015)

Entendo que a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de entorpecentes está muito mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária do que propriamente a uma impossibilidade dogmática. O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.

Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou de probabilidade, e não um juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. É preciso que haja, de todo modo, uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido, já que o juízo de probabilidade que fundamenta os crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade de risco de dano. Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.

Nesse sentido, a doutrina pontua acertadamente:

“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 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.” (BOTTINI, Pierpaolo, *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*, Conjur, 2012. Acessado em 19/8/2019)

Sendo assim, compreender a arquitetura dogmática dos crimes de perigo abstrato como uma presunção absoluta de risco de dano, revela-se um juízo precipitado e equivocado. Na linha de cuidado-de-perigo ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal, pode haver: (1) demonstração de dano; (2) demonstração da certeza de risco de dano; (3) demonstração da possibilidade de risco de dano; (4) não demonstração da possibilidade de risco de dano ou impossibilidade de risco 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 a uma conduta atípica. Isso significa que se não houver, no caso concreto, uma 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, ainda que haja uma subsunção formal da conduta ao tipo penal de perigo abstrato.

Penso 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 em tela. A dimensão valorativa positiva do tipo material se liga ao bem jurídico tutelado, sendo que a questão decisiva aqui 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 penal. (D'AVILA, Fabio, *Ofensividade em direito penal*, 2009. p. 45 ss) A questão aqui é saber se e em que grau o comportamento ofende o bem jurídico digno de tutela penal. Justamente nessa dimensão negativa, surge na doutrina italiana o princípio da ofensividade, que prevê, em síntese, que não há tipicidade material, e, portanto, não há crime, quando a conduta concreta do agente não representar uma efetiva lesão ou uma possibilidade de lesão ao bem jurídico (MARINUCCI, Giorgio, *Corso di diritto penale*, 2001. p. 449 ss)

O princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material (ROXIN, Claus. *AT*, I, Rn. 38,40, 2006) Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estaremos diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade de risco 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 suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico – quando um dano, ou um risco de dano, ao bem jurídico não for possível diante da mínima ofensividade da conduta.

No caso em comento, 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

HC 127573 / SP

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 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.**

É como voto..

Revisado