

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

ADRIANO ROBERTO FARIA

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS
PÁTRIOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS
PREVISTOS NA LEI 11.343/2006

JUIZ DE FORA

2016

ADRIANO ROBERTO FARIA

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS
PÁTRIOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS
PREVISTOS NA LEI 11.343/2006

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Ms. João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2016

ADRIANO ROBERTO FARIA

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS
PÁTRIOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS
PREVISTOS NA LEI 11.343/2006

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora.

Aprovada em 23 de fevereiro de 2016

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Examinador: Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Examinador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O princípio da insignificância, como critério utilizado para selecionar condutas penalmente relevantes, do ponto de vista do bem jurídico, afasta a tipicidade material, tendo como um dos seus corolários o princípio da lesividade ao bem jurídico, o qual também acaba por funcionar , assim como o princípio da insignificância, como um meio de garantir a “ultima ratio” do Direito Penal. Não obstante isso, nos tribunais pátrios, bem como nos tribunais superiores, em relação aos crimes de uso e tráfico de drogas, previstos na Lei 11.343-06, tal princípio é rechaçado sob a alegação de que o bem jurídico tutelado em tais crimes, ou seja, a saúde pública, devido a sua enorme importância, não comportaria tal princípio, produzindo julgados que afrontam, de forma inequívoca, a lesividade da conduta praticada, haja visto que a quantidade de droga, seja para consumo ou tráfico, serem irrelevantes perante tais tribunais. Também afirmam que tratam de crimes de perigo abstrato, e por isso, mais uma vez, estaria afastado o princípio da insignificância em relação aos crimes mencionados. Resta que, os dois argumentos principais trazidos à baila, são insuficientes em demonstrar em que ponto a quantidade ínfima poderia afetar o bem jurídico tutelado, restando demonstrado flagrante desrespeito ao princípio da insignificância diante da lesividade que a conduta poderia causar.

Palavras –chave: Princípio da Insignificância. Tipicidade material. Jurisprudência.

Lesividade ao bem Jurídico.

ABSTRACT

The principle of insignificance as a criterion used to select criminally relevant behavior, from the point of view of the legal right, away from the typicality material, having as one of its corollaries the principle of harmfulness to the legal interest, which also ends up working, as well as the principle of insignificance, as a means of ensuring the "ultima ratio" of criminal law. Nevertheless, the patriotic courts as well as in the higher courts in relation to the use of crime and drug trafficking, defined in Law 11343-06, this principle is rejected on the grounds that the legal as well tutored in such crimes, or is, public health, due to its enormous importance, not behave this principle, producing judged that confront unequivocally the harmfulness of the practiced behavior, given the fact that the amount of drug, whether for consumption or trafficking, are irrelevant before such tribunais. Também claim dealing with abstract danger crimes, and so, again, would be away from the principle insignificant in relation to the mentioned crime. It remains that the two main arguments brought to bear, are insufficient to demonstrate at what point the tiny amount could affect the safeguarded legal asset, leaving demonstrated blatant disregard to the principle of insignificance before the harmfulness that the conduct would cause.

Key words: Principle of Insignificance. Typicality material. Jurisprudence. Harmfulness and the Legal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	8
1 CONCEITO DE PRINCÍPIO.....	8
2 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	9
3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	10
3.1 TIPOCIDADES FORMAL E MATERIAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	13
3.2 TEORIAS BIPARTITE E QUADRIPARTITE DO CRIME.....	15
4 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO DIREITO PENAL.....	16
5 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	17
CAPÍTULO 2 JURISPRUDÊNCIA	18
2.1. ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS PREVISTOS NA LEI 11343/2006 (LEI DE DROGAS).....	18
2.2. A LESIVIDADE NOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS.....	23
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS	29

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como escopo realizar um estudo a respeito do princípio da insignificância, introduzido no direito penal por Claus Roxin, em meados da década de 1960, analisando tal princípio nos julgados de tribunais pátrios, realizando em seguida uma conclusão dos argumentos trazidos pelos tribunais.

Será realizada uma explanação geral sobre o referido princípio, realizando-se um relato sobre o contexto histórico, quem foi o idealizador, a hermenêutica do princípio, dentre outros pontos.

Serão analisados os argumentos trazidos à baila em alguns julgados, os quais afastam a possibilidade de aplicação do referido princípio em nome do bem jurídico tutelado, bem como sob a alegação de que são crimes de perigo presumido e tal fato afastaria a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela, em total desrespeito a lesividade, que é um dos corolários do princípio da insignificância. Será analisado, também, se nos julgados é feita referência em relação a real lesividade do bem jurídico ora tutelado.

Não pretende o presente trabalho esgotar todos os julgados existentes atinentes ao tema, mas sim, analisar como o princípio é visto dentro dos tribunais. Constatar se a hermenêutica do princípio é respeitada ou se, por algum outro motivo, não é. Após, pretende-se concluir se os argumentos estão em consonância com a bagatela, bem como com os princípios de um estado democrático de direito, consagrado em nossa Carta Magna.

CAPÍTULO 1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1 - CONCEITO DE PRINCÍPIO.

Antes de iniciar os estudos acerca do Princípio da Insignificância, introduzido no Direito Penal por Clauss Roxin, necessário torna-se definir o que venha a ser princípio. Princípio é, na definição Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome **sistema** jurídico positivo (MELLO, 2002, p. 807-808) .

Ainda nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 15), somente: “há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito” .

Observa-se, através das definições, que princípios são definidores de todo um sistema. Dessa forma, transgredi-los seria mais grave, pois transgredir todo um sistema e não somente a norma. Correspondem a valores fundamentais que vão servir de inspiração e também de manutenção de todo um sistema jurídico.

Os princípios podem estar positivamente incorporados ao sistema, transformando-se em normas-princípios. A definição de princípio traz, portanto, a ideia de primeiro, o que é base e eficaz a nortear as ações. Os princípios jurídicos, atualmente, têm status de norma de Direito, possuindo caráter vinculante, conforme menciona Ruy Samuel Espíndola:

Inspiração à luz hermenêutica e normativa que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incindíveis -, e eficácia negativa, assim entendida como a força de tornar inválidas as decisões que se contraponham aos princípios. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 60)

Diferenciam-se de regras, uma vez que as regras são mais específicas, ao passo que os princípios têm um caráter mais geral, abstrato, não obstante, existem doutrinadores que afirmam ter outros critérios que diferenciam os princípios das regras. Mas, no momento, fiquemos com a diferenciação mais comum dentre os doutrinadores.

2- BREVE HISTÓRICO.

Princípio que foi introduzido no sistema penal pelo alemão Claus Roxin, na década de 1960, tendo como escopo questões sociais. Tem sua origem no Direito Romano, baseando-se na máxima "*minimis non curat praetor*", quando o julgador deveria preocupar-se somente com lesões que atingissem de forma significativa o bem jurídico tutelado.

Ensina-nos, Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve preocupar-se com bagatelas. (TOLEDO, 1994, p. 133)

O mesmo autor ainda nos ensina :

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto... permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário- como ilícito civil, administrativo, etc. (TOLEDO, 1994, p. 134)

Anterior a introdução do Princípio da Insignificância, na seara do Direito Penal, por Claus Roxin, o Código Penal Soviético, da década de 1960, já trazia algo que pode ser considerado como o embrião do princípio da bagatela. Não possuía a mesma conformação dada por Claus Roxin, mas é possível vislumbrar

traços do que seria o princípio, como bem menciona o professor René Ariel Dotti (2003, apud Machado, 2006, p. 1):

O CP soviético de 1960, introduzindo o princípio da anterioridade da lei penal no conceito material do delito (baseado na periculosidade social e política da conduta), declarou não ser delito a ação ou omissão que, embora revestindo formalmente as características de um fato previsto na parte especial do Código, não oferece perigo social, dada sua escassa significação (art. 7º). O referido diploma atendeu às Bases da legislação penal aprovadas pelo Soviete Supremo da URSS, em 25.12.1958.

3- FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os fundamentos do princípio são, conforme explica Machado (2006):

(...) que o princípio da insignificância, tem como escopo tornar uma conduta atípica, mesmo que esteja tipificada. Baseia-se, para tanto, no grau de lesão ao bem jurídico tutelado. O citado princípio preconiza que para uma conduta ser considerada criminosa a priori são necessárias análises minuciosas acerca da adequação do fato ao tipo descrito em lei, e também uma análise no tocante à lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade. Considera-se que o princípio da insignificância representa um instrumento de maior força do Direito penal contemporâneo, sem interromper a trajetória do princípio da legalidade, para correção dos desvios havidos na aplicação das leis penais ao longo do tempo. O liame divisório na aplicabilidade do princípio é constatar o que tem mínima relevância ao ordenamento jurídico, o que é objeto insignificante e o que é objeto de valor irrisório. Portanto, segundo o princípio da bagatela, um fato, para ser considerado crime, deve adequar-se formalmente ao previsto na lei. Isso equivale dizer que a conduta deve estar de acordo com o que está tipificado no diploma penal, ou seja, a conduta deve enquadrar-se perfeitamente na letra da lei penal. É a tipicidade formal. Não obstante essa tipicidade formal, deve também apresentar uma tipicidade material. (MACHADO. 2006, p.10)

Deve a lei excluir da apreciação, lesões insignificantes ao bem jurídico tutelado. Nessa esteira é o entendimento de Rui Stoco, (2003, apud Machado, 2006, p. 2):

As infrações de nonada, que nenhuma repercussão ou desequilíbrio social apresentam, devem ser tratadas em outro plano, através de mecanismos de coibição diversos daqueles de natureza penal-afliativa. E essa tarefa cabe ao aplicador da lei, dele se exigindo, mais do que saber jurídico, profunda sensibilidade e formação humanística.

Constata-se, portanto, necessária uma adequação material, não se sustentando somente a formal, que é aquela em que a conduta se enquadra exatamente no tipo penal descrito. A tipicidade material, como selecionadora das condutas penalmente relevantes ao direito material não afasta a tipicidade formal, mas deve junto com ela caminhar, confirmando ao direito penal seu caráter de “*última ratio*”.

Assim nos ensina Cezar Roberto Bitencourt:

Amiúde, condutas que amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITENCOURT, 1994, p. 48)

Necessário, portanto, comprovar o desvalor do dano, da ação e da culpabilidade, para que o Direito Penal se ocupe do fato.

O princípio da Insignificância não está inserta na lei brasileira, mas pode ser aplicado com base na analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra legem.

Corroborando com o princípio da insignificância o garantismo penal. Idealizado por Luigi Ferrajoli, na obra *Direito e Razão*, trata-se de um modelo universal, e por esse motivo é uma meta a ser alcançada pelos operadores do direito. Engloba várias fases, iniciando pela criação da lei penal, com eleição dos bens jurídicos tutelados, validade das normas e princípios do direito penal e do processo penal, respeito pelas regras e garantias inerentes à atividade jurisdicional, a regular função dos sujeitos processuais, as peculiaridades da execução penal.

O sistema garantista assenta-se em dez axiomas ou princípios axiológicos:

- 1º. Nulla poena sine crimine: só há pena se houver havido o crime.
- 2º. Nullum crimen sine lege (Sem lei penal anterior não há crime);

- 3º. Nulla lex (poenalis) sine necessitate (Sem necessidade não se criam leis penais);
- 4º. Nulla necessitas sine injuria (sem lesão não há necessidade do emprego da lei penal);
- 5º. Nulla injuria sine actione (Se não há exteriorização da conduta, não há lesão);
- 6º. Nulla actio sine culpa (Não há ação típica sem culpa);
- 7º. Nulla culpa sine judicio (A culpa há de ser verificada em regular juízo);
- 8º. Nulla accusatio sine accusatione (a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz);
- 9º. Nulla accusatio sine probation (a acusação é que deve ser provada, não a inocência).
- 10º. Nulla probatio sine defensione (Sem defesa e contraditório não há acusação válida).

Esses princípios não são capazes de atender todos os direitos e garantias do ser humano, mas acabam por alterar todas as regras do direito penal.

Importante mencionar também o funcionalismo penal, o qual teve início na década de 1970, com o objetivo de submeter a dogmática penal aos fins específicos do direito penal. O objetivo era possibilitar que o direito penal desempenhasse sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal.

Questiona a validade do conceito de condutas desenvolvido pelos sistemas clássico e funcionalista. Busca o desempenho pelo direito Penal de sua tarefa de proporcionar o perfeito funcionamento da sociedade. Seria tal fato mais importante que seguir a letra fria da lei, sem, no entanto, desconsiderá-la. A mitigação do texto legal encontra limite, surgindo, então, o funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal e o funcionalismo radical, monista ou sistêmico, liderado por Günther Jakobs.

O funcionalismo de Claus Roxin está mais ligado a com o fim do direito penal, ao passo que o funcionalismo de Jakobs preocupa-se mais com os fins da

pena. Ou seja, Roxin norteia-se por finalidades políticas criminais ao passo que Jakobs leva em consideração apenas necessidades sistêmicas.

Para Claus Roxin, o tipo objetivo não pode ser reduzido à conexão de condições de comportamentos e resultados, senão que os resultados, conforme as regras político-criminais, teriam que ser imputados ao autor como sua obra.

Vinculou aos elementos do delito, de forma individual, diversos valores: para a tipicidade associou o princípio da reserva legal. Para a ilicitude, concebe como uma espécie de elemento negativo do tipo e finalmente, para a culpabilidade a pena teria uma necessidade preventiva.

Para Jakobs, o direito está determinado pela função que cumpre no sistema social. Ou seja, tem como função assegurar valores éticos e sociais da ação. O sujeito não é aquele que pode ocasionar ou impedir o sucesso, mas aquele que pode ser responsável por ele. Quando descumprir a lei deverá ser punido de forma mais eficiente.

Observa-se, então, que o funcionalismo de Roxin tem maior aptidão com o princípio da insignificância, afastando-se do funcionalismo penal de Jakobs. Nos julgados do capítulo II veremos que estes estão mais alinhados ao funcionalismo de Jakobs e não com o funcionalismo moderado de Claus Roxin, no que tange a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de drogas.

3.1 TIPICIDADES FORMAL E MATERIAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da Insignificância tem por objetivo afastar a tipicidade material da conduta. Segundo teoria tripartite do crime, adotada no direito penal brasileiro, o crime pode ser conceituado levando em conta três aspectos: material, legal e formal (MASSON, 2009).

Em relação ao critério material ou substancial, Masson (2009, p. 157) entende que é “toda ação ou omissão que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados”.

Capez (2007, p. 113) define crime como sendo “toda e qualquer conduta que de forma intencional ou descuidada lesa o bem jurídico tutelado pelo direito”.

Nessa seara se enquadra o princípio da insignificância, uma vez que leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal.

Dessa forma, destina-se a orientar a formulação de políticas criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificação como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico (MASSON, 2009).

Já o critério legal, este é fornecido pelo legislador quando da elaboração das leis. Consiste em uma seleção por parte do legislador em relação as quais condutas serão consideradas ilícitos penais.

No que diz respeito ao Princípio da Insignificância, este encontra maior aptidão com o critério formal ou substancial, pois assim como o princípio da bagatela, serve como fator de legitimação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. Pois, somente se legitima o crime quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante provocação de dano ou ao menos exposição à situação de perigo em relação a bens jurídicos penalmente relevantes (MASSON, 2009).

Sob o aspecto formal, analisa-se a contrariedade entre o fato em si e a lei penal, ou seja, toda conduta humana que a legislação proíbe. Considera-se crime todo e qualquer comportamento que contrariar imperativo legal imposto pelo

legislador. O fato puro e simples da conduta amoldar-se em um tipo penalmente previsto pelo legislador seria o suficiente para que haja a adequação formal.

No aspecto analítico, vale citar as palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

Afirmamos que o conceito ou a explicação que damos do delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas "isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2005, p. 336)

Sob o aspecto analítico, ocorre, portanto, uma estratificação do conceito de crime, para que todos os elementos da conduta possam ser analisados. No entanto, conforme já mencionado, não quer significar que o crime possa ser fracionado, constituído de um infinito número de elementos, mas sim, que a divisão em elementos menores ajuda no estudo do crime.

3.2 TEORIAS BIPARTITE E QUADRIPARTITE DO CRIME

Embora a teoria tripartite seja a aceita e utilizada em nosso ordenamento, há também as teorias bipartite e quadripartite do crime.

Para a teoria bipartite, o crime existe sob a influência de dois estratos, quais sejam: tipicidade e antijuridicidade. A culpabilidade fica no quesito de aplicação da pena.

Dispõe Fragoso:

A concepção bipartida define o crime através de dois critérios: o subjetivo e o objetivo, quer dizer a força moral e a força física, "na força moral teríamos a culpabilidade (vontade inteligente) e o dano moral do delito, constituído pela intimidação (dano imediato) e pelo mau exemplo que o delito apresenta; na força física teríamos a ação com que o agente executa o desígnio malvado e o dano material do delito. (FRAGOSO, 1976, p. 146)

Para aqueles defensores da teoria quadripartite, os elementos que compõem a definição de crime são: típico, antijurídico, culpável e punível.

Em nosso ordenamento tal teoria não prevalece. Corrobora com esse entendimento Fernando Capez:

A pena não é um momento precursor do iter criminis, mas o efeito jurídico do comportamento típico e ilícito, sendo culpado o sujeito [...]. As causas de extinção da punibilidade, salvo a anistia e a abolição criminis, não afetam os requisitos do crime, extinta resultaria a insubsistência dele próprio, o que não ocorre. Ex.: A prática um crime, é condenado e a sentença transita em julgado. Em face do decurso do tempo sem execução a pena, ocorre uma causa de extinção da punibilidade, a prescrição da pretensão executória (pretensão de o Estado executar a sanção), nos termos do arts. 107, IV, 1ª Figura, e 110 do CP. Tempos depois pratica novo crime. É reincidente? Sim, pois é assim considerado quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que tenha condenado por crime anterior (art. 63, caput). Ora, se a punibilidade fosse elemento do crime, extinta pela prescrição, deixaria ele de subsistir, e, assim, se o agente viesse a praticar novo crime não seria reincidente, pois a recidiva pressupõe o crime anterior com todos os seus requisitos. (CAPEZ, 1991, p. 148).

Portanto, em nosso ordenamento a teoria aceita é a tripartite, que afirma que o crime é um fato típico, antijurídico e culposo. Na falta de um dos elementos, não haveria crime. Como dito, o princípio da bagatela pressupõe uma adequação material, além da formal. Não estando presente a lesão ao bem jurídico, de forma expressiva, afastada estaria a tipicidade, não existindo o crime.

4-PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO ELEMENTO DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO DIREITO PENAL

Devido ao seu caráter selecionador das condutas penalmente relevantes para o direito, o princípio da bagatela acaba por funcionar como um meio de se realizar uma interpretação restritiva das condutas praticadas, selecionando somente aquelas que atingem de forma considerável o bem jurídico tutelado, sendo por isso merecedor de atenção por parte do direito penal. Essa seleção restritiva se dá não de forma aleatória, ao bel prazer do julgador, mas sim levando em consideração a

extensão do bem jurídico que foi atingida, ou seja, levando em consideração se houve uma tipicidade material, e não somente a exata adequação do fato ao que está descrito na lei. Corrobora com esse entendimento Vico Mañas, (2003, apud Machado, 2006, p. 2):

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da garantia constitucional da legalidade, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

5. CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Algumas críticas são tecidas ao princípio da insignificância, sendo a principal delas a que gira em torno do significado da palavra insignificante. Explica Machado (2006), que o termo insignificante tem uma abrangência muito grande, variando, portanto, de situação a situação. O fato é que a lesão ao bem jurídico deve ser analisada à luz do caso concreto, analisando-se a situação fática. É certo que as circunstâncias que envolvem o caso é que vão contribuir para a conclusão da aplicação ou não do princípio da bagatela. O que não deve ser esquecido, é que como princípio, norteia todo um sistema. Portanto, não se deve prender somente ao conceito gramatical da palavra para definir a relevância que um ato tem para o bem jurídico em tela, mas avaliar o caso em tela com todas as suas nuances, sob pena de se desconstituir todo um sistema jurídico estabelecido.

CAPÍTULO 2 JURISPRUDÊNCIA

2.1 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS PREVISTOS NA LEI 11343/2006 (LEI DE DROGAS)

Passemos agora a análise de alguns julgados realizados pelos tribunais pátrios em relação a aplicação do princípio da bagatela. A análise não tem como escopo esgotar todos os julgados existentes a respeito do tema, mas sim, com base nos argumentos trazidos em alguns julgados, avaliá-los à luz do princípio da bagatela, realizando a constatação se tais argumentos zelam pela real lesividade ao bem jurídico tutelado. Pois, o princípio introduzido por Claus Roxin, na década de 60 é afastado por sob o argumento de que é crime de perigo abstrato e que o bem jurídico tutelado, a saúde pública, afasta de imediato tal princípio, sem ser merecedor de uma avaliação mais profunda, com base nos elementos hermenêuticos do princípio. Analisando os julgados, é quase que unânime o argumento que o uso e o tráfico de drogas são crimes de perigo presumido, sendo por esse motivo rechaçada a aplicação do princípio da insignificância. A violência presumida, principal argumento utilizado, vai de encontro a lesividade do bem tutelado. Os crimes de perigo abstrato têm como objetivo evitar dano mesmo onde não haja conduta capaz de efetivamente causar dano a ordem protegida. Trata-se, na maioria das vezes, de opção do legislador, quando exerce a criminalização primária. Não raras vezes, essa “seleção” criminal feita pelo legislador, vem carregada de preconceitos, além de sofrer influência da mídia, afastando, dessa forma, de toda a principiologia do direito. Não restam dúvidas de que se trata de opção criminal, pois temos, em nosso país, muitas “drogas”, como o álcool e o tabaco, que são liberadas, e os efeitos tanto fisiológicos quanto sociais são tão perversos quanto os efeitos das demais drogas, no entanto, o legislador, em sua criminalização primária, não os considera crimes, portanto, não lesam, de forma alguma, bem jurídico penal, sendo considerado que somente atingem a saúde de quem usa e, portanto, caberá a cada um, individualmente, decidir ou não pelo uso. Portanto, negar a aplicação do princípio da bagatela, em flagrante desrespeito a

lesividade ao bem jurídico, compreende também afronta a “ultima ratio” que caracteriza o direito penal.

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. POSSE E GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. **No que tange ao princípio da insignificância, não há que se falar na sua aplicação no âmbito desta Justiça Especializada, quando se tratar de porte de entorpecente em interior de OM, consoante firme e reiterada jurisprudência, haja vista a importância de se tutelar valores intrínsecos às Forças Armadas (...) No entanto, em sessão realizada em 21.10.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou entendimento em sentido diametralmente oposto, ao decidir pela impossibilidade de aplicação do mencionado princípio aos casos de posse de reduzida quantidade de entorpecente em unidade militar (HC 103.684/DF, Rel. Min. Ayres Britto). Destarte, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e do colegiado, curvo-me à orientação formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 103.684/DF, para afastar a aplicação da proporcionalidade a tais casos. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, b, do CPC). Publique-se. Brasília, 6 de setembro de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (STF - ARE: 744655 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 06/09/2013, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 10/09/2013 PUBLIC 11/09/2013)**

No julgamento dessa apelação de recurso especial, verifica-se claramente a posição pela não aplicabilidade do princípio da bagatela. Trata-se de porte de drogas no interior de Organização Militar. Os tribunais têm sido unânimes pela não aceitação da aplicação do Princípio quando se tratar de uso de drogas no interior de instituições militares. O principal argumento utilizado é que a conduta vai de encontro aos princípios da instituição militar, não acatando, portanto, a bagatela. Argumenta-se que o porte de drogas, mesmo para uso próprio, por se dar no interior de Organização Militar, afeta sobremaneira o bem jurídico protegido, diferenciando do porte de drogas em outros locais. Argumenta não importar a quantidade de substância entorpecente trazida pelo autor, ignorando, dessa forma, a lesividade que tal conduta causa ao bem jurídico protegido. A doutrina é categórica ao explicar que o direito penal, como “ultima ratio”, deverá preocupar-se somente com lesões que atinjam de verdade, de forma significativa, inequívoca e profundamente o bem jurídico. Somente tais condutas é que carecem de intervenção do direito. No caso

em tela, não é o que ocorre, ficando flagrante o afastamento do princípio da bagatela em situação onde a lesão é ínfima e a lesividade não se verifica de forma inequívoca.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRAFICO DE DROGAS. TESE DEFENSIVA PELA ABSOLVICAÇÃO DO RÉU PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA E PELA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TESE SUBSIDIÁRIA DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMI-ABERTO E DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. Ante a comprovação da materialidade e da autoria, foram afastadas as teses defensivas de absolvição pela atipicidade da conduta e da desclassificação do delito para o descrito no art. 28 da Lei de Drogas. **A alegação de que ao caso seria aplicável o princípio da insignificância também foi afastada, porquanto é cediço que à espécie não é aplicável a bagatela, independentemente da quantidade de droga apreendida, já que se trata de crime de perigo abstrato, cujo próprio tipo penal já considera altamente prejudicial à conduta nele prescrita.** Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, esse deve ser mantido nos termos da sentença, já que o réu é reincidente e, portanto, não preenche os requisitos previstos pela lei, a teor do artigo 33, parágrafo 2º, alínea b, do Código Penal. Por fim, a pena de multa aplicada faz parte do tipo penal pelo qual o réu foi condenado, sendo que, eventual dificuldade econômica para seu adimplemento, deverá ser formulada no Juízo da Execução. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055807556, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 10/10/2013). (TJ-RS - ACR: 70055807556 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 10/10/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/11/2013)

A posse de drogas para consumo próprio demandam, para fins de consumação do delito, a constatação da idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Noutras palavras, se a droga apreendida não reúne capacidade ofensiva alguma, em razão da ínfima quantidade apresentada, não há que se falar em infração. Não haveria a lesividade ao bem jurídico tutelado em tela, no entanto, ainda assim, frente a não lesividade, o princípio da bagatela é rechaçado.

Ementa.Apelação. Crime. Posse de entorpecente. Uso próprio. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Constitucionalidade da norma Tipicidade reafirmada. Lesividade social. Ínfima Quantidade. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Periculosidade Social da Ação. Ausência de Adequação Social. Perigo Abstrato ou Presumido. Provido em parte o recurso. Réu não reincidente específico, adequada medida de recuperação com a inserção em programa de tratamento. VOTO DA CONSTITUCIONALIDADE 1.

Inconstitucionalidade, ainda, não declarada, integra o dispositivo do art. 28 da Lei nº 11.343/06 o ordenamento jurídico, objetivando atender o próprio texto constitucional que se obriga a traçar uma política de combate ao tráfico de entorpecentes. **Afirmar que a saúde pública não se vê em risco, ou ainda, que o seu uso não tem potencialidade lesiva a terceiros, é olhar para o consumo dissociado do mundo que o sustenta. Armas. Mortes. Facções. Permitir o consumo, sem se preocupar com a forma com que a droga chega ao consumidor, é um contra senso. Nem se diga que é frágil dizer que o usuário fortalece o tráfico. A assertiva nada mais é do que um princípio da economia de mercado. É o que se vê no capitalismo. O mercado cresce porque há consumo. E mais consumo, fortalece a base do fornecedor. O consumo fortalece a fonte de qualquer produto. Em todos os tempos foi assim. E nem se diga que o Estado Brasileiro deveria fornecer o entorpecente em um país que muitos passam fome e morrem por não haver atendimento hospitalar chega a ser bizarro pensar em uma rede de fornecimento de maconha ou cocaína em praça pública. Infelizmente, não vivemos na Holanda. Em regra, a droga gera a perda da capacidade produtiva. Foi empregada e, ainda, é como meio de dominação. Vicia. Cria dependência. Essa, sim, uma constatação que não vem dos corredores dos fóruns mas, da história mundial (...)** Ausente a possibilidade de lesão, não há que se verificar a sua incidência. A conduta de quem "usa substância entorpecente" é incriminada não só com vista ao risco da saúde de quem a adquire, mas, igualmente, objetivando elidir - como já dissemos - o risco social. É certo, ainda, que quem a adquire o faz movimentando uma rede de fornecimento que, indubitavelmente, põe em risco a sociedade, o próprio Estado.² Pretendeu-se, sim, - em verdadeira Exceção Pluralística a Teoria Monista - penalizar de forma mais branda o que faz uso de substância entorpecente, em razão da sua menor periculosidade (...)

4. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 728688 AgR/DF Agravo Regimental no Rec. Extraordinário. Min. Luiz Fux 17.09.2013 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal)- 5 Proc.nº 0052467-26.2011.8.19.0014 - Voto Relator II Turma Recursal. (TJ-RJ - APR: 00524672620118190014 RJ 0052467-26.2011.8.19.0014, Relator: CINTIA SANTAREM CARDINALI, Segunda Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: 25/08/2014 00:00)

Nesse julgado, fala-se que a droga, mesmo para consumo e em pequenas quantidades fomenta o tráfico e este causa muitos danos à sociedade. Traz argumentos pouco técnicos, que podem ser refutados. Afinal, não há comprovação de que se o uso de drogas for legalizado, a violência e o tráfico acabarão. Afora isso, os delitos de perigo abstrato, violam, além do princípio da ofensividade, a própria presunção da inocência, já que ao revés, atribuiu ao usuário uma presunção de periculosidade social.

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. NÃO IMPORTA A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 33, § 3º, DA LEI DROGAS. FICOU DEVIDAMENTE COMPROVADO O ART. 33, DA LEI 11.343/2006 NA MODALIDADE ENTREGAR A CONSUMO OU FORNECER DROGAS, AINDA QUE GRATUITAMENTE. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. UNANIMIDADE. (TJ-PA - APL: 201330196333 PA, Relator: MARIA EDWIGES MIRANDA LOBATO, Data de Julgamento: 22/04/2014, 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Data de Publicação: 25/04/2014)

EMENTA: APELAÇÃO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – Absolvição – impossibilidade - Autoria e materialidade delitiva demonstradas – confissão do réu alinhada as demais provas produzidas – Argumentos trazidos em apelação não merecem acolhida – **Princípio da insignificância – Impossibilidade - Cabível em situações especialíssimas, o crime de bagatela não tem aplicação em crimes previstos na Lei 11.343/06, de perigo abstrato, sendo a saúde pública o bem jurídico tutelado** – Conduta típica - Sentença que bem analisou o quadro probatório, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos – Recurso defensivo desprovido. (TJ-SP - APL: 00152429820118260006 SP 0015242-98.2011.8.26.0006, Relator: Edison Brandão, Data de Julgamento: 10/11/2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/11/2015)

Nos julgados acima, novamente o princípio da insignificância é rechaçado com base no fato de ser crime de perigo abstrato, não importando a quantidade de drogas. No caso da Lei de Drogas, uma forte razão para o rompimento com a política legislativa é que, com o argumento de proteger a saúde pública, paradoxalmente criam com a proibição maiores riscos a integridade física e mental daqueles que fazem uso da substância proibida. Impondo à clandestinidade a distribuição, e ao consumo a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impurezas com riscos maiores daí decorrentes.

CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. **A preliminar de reconhecimento da atipicidade da conduta, por aplicação do princípio da insignificância, não merece prosperar.** No mérito, a prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação da ré como incurso nas sanções do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória, ou mesmo a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Tóxicos. Depoimentos dos policiais aptos para sustentar a condenação. A pena-base não merece readequação, pois foi corretamente calculada, mostrando-se como necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, não havendo motivos para

reduzi-la, eis que existentes circunstâncias desfavoráveis à ré. Correto o reconhecimento e aplicação da agravante da reincidência, eis que a incidência de tal circunstância decorre de expressa previsão legal (artigo 61, inciso I, do CP), não caracterizando bis in idem. A pena carcerária imposta inviabiliza sua substituição por restritivas de direitos, visto que supera o patamar máximo de 04 (quatro) anos, estipulado pelo artigo 44, inciso I, do CP. PRELIMINAR REJEITADA. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70052338092, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 10/10/2013)(TJ-RS - ACR: 70052338092 RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Data de Julgamento: 10/10/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/11/2013)

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI N.º 11.343/06. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PATAMAR MÁXIMO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO. SURSIS. PREJUDICIALIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. **Segundo entendimento desta Corte e do STF, não incide o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida** (STJ - HC: 155391 ES 2009/0234881-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/09/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2010)

Nesses julgados, fica visível a posição dos tribunais em se manifestarem somente referindo ao fato do bem jurídico não comportar a aplicação do princípio da bagatela. Não se menciona a que ponto o bem jurídico é lesionado. Tal fato vai de encontro ao princípio da lesividade, onde deve ser inequívoca a lesão causada ao bem jurídico protegido.

2.2 A LESIVIDADE NOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE DROGAS

Ao se definir a lesividade, necessário se torna mencionar a respeito da intervenção mínima do direito penal, quando este deveria cuidar somente daquilo que for indispensável, garantindo o caráter subsidiário. Então lesividade e subsidiariedade, caminham juntos, como bem define Greco (2006, p. 57). Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando

estivermos diante de ataques a bem jurídicos relevantes, o princípio da lesividade nos dirá que condutas merecerão ser incriminadas. Na verdade, ao estudarmos o princípio da lesividade, saberemos quais condutas não poderão ser submetidas aos rigores da lei penal.

Dessa forma, Segundo tal princípio, o direito penal não deverá aplicar bem como executar penas que lesem de forma ínfima o bem jurídico protegido. É o que leciona Igor Luiz Pereira e Silva:

O princípio da lesividade deve ser observado nos planos da **criminalização primária**, vinculando a atividade do legislador, o qual é obrigado a zelar pela sua presença no espírito das normas penais incriminadoras, e da **criminalização secundária**, isto é, na atividade concreta dos agentes do sistema penal, em especial na do magistrado, sendo mandamental que o tenha como critério interpretativo. (SILVA, 2012, p. 171)

Portanto, de acordo com a lesividade, não haverá crime se a conduta não afetar, de forma concreta, inequívoca, comprovadamente o bem jurídico tutelado. Corroborando com esse entendimento Luiz Flávio Gomes:

Por força do princípio da ofensividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Desse princípio decorre a eleição de um modelo de Direito penal com característica predominantemente objetiva, fundado em pelo menos dois pilares a *proteção de bens jurídicos* e a correspondente e necessária *ofensividade*. (GOMES, 2007, p. 464)

Dessa forma, a lesividade vem com o escopo de afirmar o caráter de última razão do Direito Penal, uma vez que somente será carecedora de atenção aquela lesão que de fato atinja o bem jurídico protegido, pois, afinal, o que o Direito visa proteger é o bem jurídico, conforme nos ensina Luiz Flávio Gomes, (2004, apud DAVID, 2007, p. 18): “Tampouco se pode conceber o delito, na atualidade, como uma ofensa a um *direito subjetivo*. É o bem jurídico (‘autêntico’) o que pode ser lesado ou colocado em perigo concreto, não o direito em si”.

O princípio da lesividade funciona, portanto, como um limitador ao legislador, pois este quando no momento de definir uma conduta como criminosa, deverá fazê-lo de forma a observar a lesão que aquela conduta causa efetivamente ao bem

jurídico. Mas limita também o julgador, que ao analisar o caso concreto, deverá fazê-lo analisando em que ponto a conduta atinge significativa e concretamente o bem tutelado.

As condutas descritas na lei de drogas, 11.343.2006, quando em quantidades pequenas, estariam amparadas pelo princípio da lesividade penal.

Se a conduta, seja ela de uso ou tráfico, não demanda qualquer prejuízo a terceiros ou atente contra outro bem jurídico, não há razões para que a conduta seja criminalizada, muito menos penalizada pelo Direito Penal.

Na questão do usuário, este ainda é penalizado, não mais com pena de prisão, mas é indiscutível que, embora não se estipule penas privativas de liberdade, há penas de outra natureza que devem ser aplicadas caso o agente se cometa uma das ações descritas no tipo penal. O que ocorre, é que na aplicação de tais penas, ignora-se a flagrantemente o conceito de lesividade, elementar do direito de punir dentro do princípio da insignificância.

CONCLUSÃO

O princípio da insignificância foi introduzido no direito penal por Claus Roxin na década de 1960. Segundo princípio, toda lesão que atingir de forma ínfima o bem jurídico tutelado carece de tipicidade material.

O princípio pressupõe que além da tipicidade formal, qual seja, tipificação da conduta e o perfeito enquadramento desta no tipo penal, necessário haver também a tipicidade material, ou seja, necessário a conduta atingir de forma significativa o bem jurídico tutelado.

Nesse diapasão, temos a lei 11343/2006, lei de drogas, onde estão presentes os crimes de uso e tráfico de drogas, mais especificamente nos artigos 28 e 33 da referida lei.

Constata-se que os tribunais pátrios, bem como os tribunais superiores rechaçam a aplicação do princípio da bagatela em relação ao uso e tráfico, independentemente da quantidade de droga envolvida.

Analisando alguns julgados, é notório que tal princípio é rechaçado quando da aplicação do uso e tráfico de drogas. O principal argumento utilizado é que tais crimes são crimes de perigo presumido ou abstrato, não sendo, portanto, necessário comprovar o dano causado ao bem jurídico, pois basta a conduta para que o perigo esteja caracterizado.

Outro argumento trazido pelos tribunais é que o bem jurídico tutelado, a saúde pública, devido a sua importância, afasta a aplicação da bagatela. Nos julgados, não é feita uma análise mais aprofundada do princípio e seus elementos hermenêuticos, mas somente se ocupam em analisar o bem jurídico em questão e o fato do crime ser de perigo abstrato.

É notório que os argumentos trazidos à baila pelos tribunais vão de encontro a insignificância, a qual, como já dito, afasta da apreciação do direito penal toda e qualquer conduta que não lese de forma significativa o bem jurídico, mas não indica que a conduta deve ficar sem a apreciação do direito. Tal princípio sugere que a conduta quando não importante para o direito penal, devido ao caráter de “ultima ratio” deste, possa ser apreciada na esfera administrativa ou cível, como exemplo.

Não se verifica, nos julgados, a proporcionalidade entre as medidas aplicadas e a conduta. Em alguns, a menção a quantidade de drogas, mesmo que flagrantemente ínfima, é ignorada e o julgador afirma ser de importância ao direito penal, simplesmente pelo fato do bem jurídico atingido ser o da saúde pública. Não deixam claro em que ponto o bem jurídico foi atingido, justificando, meramente, com o argumento de que o crime é de perigo abstrato e isso já basta para a não aplicação do princípio.

Esses argumentos, do ponto de vista de um estado democrático de direito e garantista não se justificam. Demonstram a tendência de se trazer todos os tipos de conflitos para o direito penal, demonstrando assim, a tendência punitiva do estado.

Toda a construção hermenêutica do princípio da insignificância, passando pela fragmentariedade do direito penal, a proporcionalidade, lesividade e a própria adequação social são ignoradas sob a alegação da incompatibilidade do princípio frente ao bem jurídico tutelado. Nessa esteira, afastam a aplicação da bagatela sem levar em consideração a lesividade que a conduta atinge o bem jurídico.

Os tribunais pátrios em seus argumentos desconsideram, de forma inequívoca, o princípio da lesividade afeto ao da insignificância quando afirmam que não importa a quantidade de droga apreendida, pois a natureza do crime afastaria essa avaliação. Segundo o princípio da lesividade, o dano causado ao bem jurídico deve ser claro, inequívoco, certo. Deveriam os julgados demonstrarem em que ponto ocorre a lesão ao bem protegido, para que ficasse evidente a necessidade do estado exercer seu poder punitivo. Verificamos, portanto, que há total afronta à construção

do princípio da bagatela, desconsiderando suas premissas, bem como a lesividade da conduta ao bem jurídico, deixando a vir à tona a tendência punitiva ainda enraizada em nossa cultura. O direito penal, visto como última razão, é ignorado sob o pretexto de se estar defendendo a coletividade, mas realmente, o que se faz, é deixar florescer a índole punitiva do estado, afrontando-se, dessa forma, todo o arcabouço hermenêutico do princípio da bagatela e até mesmo princípios abarcados pela constituição cidadã.

REFERÊNCIAS

AMATO, Raphaela Holanda Cavalcante. **A relevância do princípio da ofensividade para o direito penal moderno**. Brasília, Sine Die. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-relevancia-do-principio-da-fensividade-para-o-direito-penal-moderno,46322.html>>. Acesso em: 11 jan 2016.

AZEVEDO, André Boloni e. **O princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo, Sine Die. Disponível em <http://www.azevedo.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=51>. Acesso em: 15 jan 2016.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal- Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Saraiva, 1999.

CAMPOS, Lorena Souza. **Garantismo Penal Aplicado à Lei de Drogas: A Materialização dos Princípios da Insignificância e Lesividade no Estado Constitucional**. Sine Loco, 04.03.2010. Disponível em <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=401&tmp_secao=16&tmp_topico=direitopenal>. Acesso em: 02 fev 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.

DAVID, Éder Adriano Neves. **O Princípio da Ofensividade no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. Sine Loco, Sine Die. Disponível em <www.ederdavid.com.br/artigo2.doc>. Acesso em: 11 jan 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Introdução e princípios fundamentais: volume 1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007**.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 6ª ed. Niterói. Impetus, 2006

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:parte geral**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991. V. 1.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O Princípio da Insignificância e os Tribunais Pátrios**. Sine loco, 25 set 2006. Disponível em <www.ibccrim.org.br, 25.09.2006>. Acesso em 02 fev 2016.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**.. 2ª ed. São Paulo. Método, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. parte geral. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. V. 1.

(STF - ARE: 744655 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 06/09/2013, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 10/09/2013 PUBLIC 11/09/2013). Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135870282/apelacao-criminal-apr-524672620118190014-rj-0052467-2620118190014>>. Acesso em 26 jan 2016.

(Apelação Crime Nº 70055807556, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 10/10/2013,).Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113388846/apelacao-crime-acr-70055807556-rs>>. Acesso em 10 jan 2016.

(TJ-RJ - APR: 00524672620118190014 RJ 0052467-26.2011.8.19.0014, Relator: CINTIA SANTAREM CARDINALI, Segunda Turma Recursal Crimina, Data de Publicação: 25/08/2014 00:00). Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135870282/apelacao-criminal-apr-524672620118190014-rj-0052467-2620118190014>,>. Acesso em 11 jan 2016.

(TJ-PA - APL: 201330196333 PA, Relator: MARIA EDWIGES MIRANDA LOBATO, Data de Julgamento: 22/04/2014, 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Data de Publicação: 25/04/2014). Disponível em <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165937850/apelacao-apl-201330196333-pa/inteiro-teor-165937865>>. Acesso em 27 jan 2016.

(TJ-SP - APL: 00152429820118260006 SP 0015242-98.2011.8.26.0006, Relator: Edison Brandão, Data de Julgamento: 10/11/2015, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/11/2015). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=APL+00152429820118260006+SP+0015242-98.2011.8.26.0006>>. Acesso em 27 jan 2016.

(Apelação Crime Nº 70052338092, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 10/10/2013)(TJ-RS - ACR: 70052338092 RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Data de Julgamento: 10/10/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/11/2013). Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113412916/apelacao-crime-acr-70052338092-rs>>. Acesso em 27 jan 2016.

(STJ - HC: 155391 ES 2009/0234881-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/09/2010, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 27/09/2010). Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16677184/habeas-corpus-hc-155391-es-2009-0234881-9>>. Acesso em 26 jan 2016.