

Positivismo Jurídico: Artigo 16 da Lei 6.368/76 e o Princípio da Insignificância Posição do STF

Aline da Silva Barroso

RESUMO

I. Considerações Iniciais II. Positivismo Jurídico: Tratamento dos Princípios distinção entre Direito natural e direito positivo, principais características do positivismo; o positivismo kelseniano III. Perspectiva Axiológica das Fontes do Direito Penal: Princípio da Ofensividade distinção entre regras e princípios, importância dos princípios no sistema jurídico, fontes do direito penal, princípio da ofensividade e sua correlação com o princípio da Insignificância IV. Breves apontamentos sobre o Art. 16 da Lei 6.368/76 verbos do artigo, art 16 da lei 6.368/76 como instrumento de dominação das minorias, justificativa doutrinária da lei V. Visão Positivista do STF frente ao julgamento do art 16 da Lei 6.368/76 e o Princípio da Ofensividade VI. Considerações Finais.

I. Considerações Iniciais

O presente trabalho tem por objetivo dissertar sobre a posição do STF nos crimes previsto no art 16 da Lei 6.368/76 e o Princípio da Ofensividade ou Insignificância. Para a construção do artigo primeiramente se faz necessário definir os conceitos básicos do objeto de estudo, como o Positivismo, o Princípio da Ofensividade, o Dispositivo para finalmente verificar em se existe uma posição positivista nas jurisprudências do caso.

É certo que não temos a pretensão de esgotar o assunto, mesmo porque os temas relacionados são riquíssimos em detalhes e de grande complexidade. Apenas pretendemos ressaltar os principais pontos dos conceitos, dando uma visão global dos mencionados princípios e mostrar com isso o pensamento positivista presente no poder judiciário.

II. Positivismo Jurídico: Tratamento dos Princípios

Antes de comentar acerca do positivismo jurídico se faz necessário trabalhar as idéias de direito positivo e direito natural. O positivismo jurídico nasceu da contraposição do direito positivo com o natural. Vale ressaltar que este positivismo jurídico é uma expressão que não tem qualquer relação com o positivismo filosófico desenvolvido por Augusto Comte, o qual reconhece apenas o conhecimento científico e despe de importância a metafísica e a religião.

Norberto Bobbio relaciona seis principais critérios de distinção entre o direito positivo e o natural: (a) O Direito natural vale em toda parte e positivismo apenas em alguns lugares; (b) o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda; (c) a fonte do direito positivo (Estado) e natural (justa razão) é diferente; (d) o direito natural é conhecido pelos destinatários através da razão de cada indivíduo e o positivismo através de uma declaração d vontade alheia; (e) os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto os comportamentos regulados pelo direito positivo tem determinada qualificação devido a forma pela qual foram regulados (é justo o que é ordenado; injusto o que é vetado); e (f) o direito natural estabelece o que é bom e o positivo o que é útil.¹

O positivismo Jurídico considera o direito como um Fato (conjunto de fatos, fenômenos) e não como um Valor (*avaloratividade* distinção entre juízos de fato e juízos de valor), neste sentido o jurista deve estudar o direito como uma ciência pura abstando-se de formular juízos de valor. Dessa concepção nasce a teoria do *formalismo jurídico*, onde a validade do direito se funda em critérios que dizem respeito somente na sua estrutura formal sem olhar o seu conteúdo, assim a afirmação validade da norma não implica a aceitação de seu valor.²

Sobre a distinção e exclusão do juízo de valor e juízo de fato, BOBBIO diz:

O juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual a minha, eventualmente, siga certas prescrições minhas.³

O positivista jurídico assume uma atitude científica, não aceitando assim definições filosóficas, valorativas; ele separa o direito de tudo o que não direito como a política, sociologia, economia, moral entre outros, conferindo assim uma maior autonomia ao direito.

Podemos enumerar algumas características principais do positivismo: o enfoque centrado na norma jurídica, o jurista não é o que julga com o coração, paixão e sim em conformidade com as normas; o direito positivo é a fonte da autoridade, ou modo de produção de autoridade, expressão utilizada por Kelsen.⁴

O positivismo jurídico como teoria baseia-se na teoria da coatividade do direito (normas feitas para valer por meio da força); tem no legislativo a principal fonte do direito; considera a norma como um comando; sustenta a teoria da coerência (em um mesmo ordenamento jurídico não podem existir normas antinômicas) e da completude (o ordenamento é completo e através das normas explícitas ou implícitas do ordenamento jurídico o juiz sempre poderá extrair sua decisão) e o juiz deve interpretar o direito de forma mecânica.⁵ Este é o positivismo adotado por Kelsen uma vez que ele toma uma posição positivista sobre o que é o direito, mas não faz um juízo de valor a respeito do direito positivo, não diz se ele é bom ou mau.⁶

Kelsen afirma que:

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu principio metodológico fundamental.⁷

Por fim, a tarefa da ciência jurídica é descrever o seu objeto e não apreciá-lo como bom ou mau. A ciência jurídica não tem papel de legitimar o direito, de justificá-lo através de uma moral absoluta ou relativa, tem que conhecê-lo e descrevê-lo.⁸

O objetivo do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, estudá-lo como ele é (ser) e não como ele poderia ou deveria ser, isto é, o direito é uma teoria e não uma ideologia. Neste sentido BOBBIO:

Podemos dizer (que positivismo) não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo de querer o direito; parece portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia.⁹

III. Perspectiva Axiológica das Fontes do Direito Penal: Principio da Ofensividade

O ordenamento jurídico é formado por princípios, estes são historicamente objetivados e introduzidos no mundo jurídico, assim encontram uma recepção no texto constitucional. Eles estão no ordenamento jurídico e são de extrema importância para o mundo do direito, pois servem como fundamento para a interpretação, o conhecimento e para a aplicação do direito positivo.¹⁰

Princípios são, 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 a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. ¹¹

Os princípios são ordenações que se irradiam e imitam os sistemas de normas, são como observam CANOTILHO e VITAL MOREIRA *núcleo de condenações nos quais confluem valores e bens constitucionais*.

Porém um sistema jurídico necessita de princípios e regras, pois um sistema só formado por princípios seria inviável, levando consequências inaceitáveis, neste sentido CANOTILHO diz:

A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <> fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança e tendencialmente capaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida. Qualquer sistema jurídico carece de regras jurídicas.¹²

Assim o ordenamento jurídico precisa de princípios, valores que traduzem a sociedade e de normas que é a função objetiva do sistema.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstração de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades á obrigação de se submeterem ás exigências de realizar uma prestação, ação ou abstração em favor de outrem.¹³

O objeto do nosso trabalho é o principio da ofensividade que traz a idéia que não existe ilícito se não tiver ofensa ao bem jurídico tutelado, na verdade, não é possível imaginar um delito que não ocasione dano ou ofensa.

O Principio da Ofencividade, também chamado de intervenção penal mínima, somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais. Ele deve ser entendido como uma limitação ao direito de punir do Estado em favor dos cidadãos, uma garantia da cidadania perante a Administração do Estado. A conduta praticada pela pessoa para acarretar a sanção penal deve lesionar ou ameaçar bens jurídicos penais, aqueles dotados de *dignidade penal* ou, melhor dizendo, de *relevância penal*. Essa relevância dá-se por meio da *carência da tutela*, ou seja, da *necessidade da proteção penal do bem jurídico*. Caso a proteção possa ser efetuada adequadamente por intermédio dos outros ramos do Direito, como o Direito Civil ou o Direito Administrativo, não deverá haver a intervenção do Direito Penal.¹⁴

O Principio da Ofensividade serve como informador do Principio da Insignificância, como diz CLAUS ROXIN, *o principio da insignificância serve como regra auxiliar de interpretação da lei penal para a determinação (ou não) do injusto.*, ou seja, o direito penal só deve se preocupar com a proteção do bem jurídico, deixando de lado bagatelas. Sendo que quando há lesão é mínima ao bem jurídico deve ser utilizada a exclusão da tipicidade na aplicação do principio da insignificância, assim sendo considerado um ato lícito penalmente pois não ofendeu o bem jurídico tutelado pelo Estado.¹⁵

IV. Breves Apontamentos sobre o Art. 16 da Lei 6.368/76

O problema das drogas vem afetando há muito as sociedades modernas, como fruto de movimentos reivindicatórios de liberdade em todos os sentidos da ação humana.

A sociedade atual, bem mais tolerante do que a dos nossos avós, tem aprendido a conviver com o mais extremado grau de liberdade individual, como nunca antes experimentado, que inclui até o direito para alguns de fazer uso indiscriminado de drogas ou qualquer substancia entorpecente.

No entanto, a escala crescente do uso de drogas que atualmente movimenta a economia informal, constitui uma verdadeira indústria organizada, representando hoje um grave problema mundial. Com vistas a isso, o país tem desencadeado uma luta feroz contra o tráfico de drogas, seja editando uma legislação moderna, seja dotando o aparelho policial de elementos capazes de ensejar uma repressão eficiente ao comércio e uso de drogas.

No Brasil, diante da gravidade do problema, o Estado buscou já na década de 70 fornecer à sociedade uma Lei moderna e eficiente para o combate das drogas, vindo dessa época a edição da Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976, que passou a ser conhecida como Lei de Antitóxicos.

Esta lei após tratar no capítulo I, da prevenção e repressão do tráfico e no II, do tratamento e da recuperação, descreve no seu capítulo III os tipos penais e as penas correspondentes aos enquadrados nesta lei.

Nesta parte interessa-nos como objeto do presente estudo o art. 16, o tratamento das ações que podem resultar em condutas típicas. O artigo em pauta descreve a conduta criminosa, do seguinte modo:

Art 16 - Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Um primeiro comentário que caberia relativamente a este tópico seria o de que o legislador aqui neste dispositivo está tratando da figura do usuário e não do traficante, que fora objeto de dispositivo encartado pouco antes no artigo 12 desta mesma lei.

Aqui versa a norma sobre a figura daquele que não faz comércio de tráfico, mas tem-no para uso próprio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Posto isto, vejamos quais seriam os sujeitos do delito previsto na norma em comento. Bom, do dispositivo legal mencionado se pode inferir que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste tipo penal, bastando para tanto se enquadrar em uma das situações delituosas previstas no citado artigo 16 da Lei nº 6368/76. Já o sujeito passivo desta prática delituosa seria o Estado, figura que representa, em síntese toda a comunidade brasileira, e a quem cabem por delegação dos cidadãos manterem a ordem e a lei.

Estabelecidos os sujeitos ativos e passivos abrangidos pela norma, passemos ao exame das condutas criminais que compõem o tipo penal ali descrito. Primeiro elemento constitutivo do tipo é representado pela conduta de adquirir entorpecente. O Professor

Paulo Alves Franco, examinando esta conduta, teve oportunidade de assim se expressar sobre o assunto:

A simples aquisição da substância entorpecente ou que determine dependência física, ou psíquica, por si só, já constitui o delito do artigo 16. Mesmo que ao final nada tenha sido apreendido com o agente. É o caso do agente que é detido quando estava fumando um cigarro de maconha, mas na hora em que os policiais se aproximam dele, lança fora o tóxico ou simplesmente o engole, como é normal acontecer.¹⁶

Neste tipo penal ainda está descrita outra conduta criminosa que se refere ao ato de guardar substância tóxica. A descrição da conduta criminosa se encerra integralmente no ato de guardar. A respeito, novamente, trazemos a lição de Paulo Alves Franco, ao afirmar que:

Se o agente guarda droga para outrem, não tendo a sua propriedade, mesmo assim estará incurso nas penas do artigo 16, se não for conveniado com o traficante para guardá-la a título de comércio ilegal. Neste caso estará incurso nas penas do artigo 12 do diploma especial, em concurso de agentes, co-autoria com o traficante.¹⁷

O fato de trazer consigo, na bolsa, carteira ou veículo, substância entorpecente também significa, segundo o autor acima citado, prática do crime previsto no art. 16 da Lei Antitóxica.

A redação deste dispositivo ensejou quando do aparecimento da lei, alguma dúvida sobre a dificuldade de se saber se o agente traz consigo a droga para uso próprio ou não. A jurisprudência firmou-se neste sentido *Basta o simples trazer consigo para caracterização do delito previsto no art. 16 da Lei 6368/76, pouco importando que a droga seja ou não par a uso de seu detentor.*¹⁸

Questão interessante surgiu na aplicação da Lei quando o agente surpreendido na prática de possível delito apresentou apenas sementes de maconha à autoridade que o detinha. Teria praticado o crime previsto no art. 16, da Lei 6368/76? A jurisprudência resolveu a questão no sentido de que não houve infração àquele dispositivo legal, como julgado: *A simples posse de sementes de maconha Cannabis Sativa L. constitui fato atípico, por lhes faltar o princípio ativo, não gerando, assim, efeitos de dependência física ou psíquica.*¹⁹

A título de conclusão podemos dizer que o intuito do legislador com a edição da Lei nº 6368/76 foi reprimir de modo eficaz a disseminação da prática delituosa do uso e comércio de drogas, que nos últimos anos tem assumido verdadeira feição de calamidade pública, sendo hoje uma das causas que mais tem contribuído para o aumento da criminalidade no País.

Especificamente do artigo 16 que foi objeto deste estudo, podemos afirmar que se as normas ali contidas são rigorosas em descrever a conduta delituosa, por outro lado procurou dar ao praticante dos tipos penais ali previstos um tratamento mais benigno do que àquele que pratica os mesmos atos com a finalidade do comércio ilegal de drogas, por entender

que o perigo da prática deste delito é menor do que o causado pelo traficante, como bem asseverou o Desembargador José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini ao estudar a questão das condutas delituosas resultantes do uso droga. 20

V. Visão Positivista do STF frente ao julgamento do art 16 da lei 6.368/76 e o Princípio da Insignificância

Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais provavelmente, motivam o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.²¹

Um dos pontos de partida para o controle social penal e das políticas criminais modernas consiste em tratar de modo diferenciado a criminalidade pequena ou media criminalidade, também denominada criminalidade de bagatela.

Frente ao tipo penal exposto no art 16 da lei de Tóxicos e analisando o princípio penal da insignificância, verificamos como se posiciona o STF no julgamento da conduta em relação a apreensão de pequena quantidade de entorpecente.

A Lei 6.368 de 21 de Outubro de 1976, que fala sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substancias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, embora carente de atualização, vem permitindo a sedimentação da jurisprudência ao longo da vigência da Lei. O poder judiciário, ciente dos avanços tecnológicos, da complexidade crescente da criminalidade e da necessidade de tratamento jurídico diferenciado entre traficantes e usuários, envolvido sob a égide do senso comum e um pensamento positivista utiliza o dispositivo normativo ignorando assim os princípios constitucionais.

A primeira jurisprudência analisada vota contra o pedido alegando que a pequena quantidade de tóxico apreendida para uso próprio já tipifica a conduta descrita no art 16 da Lei 6.368/76, sendo assim não se aplica o princípio da insignificância, uma vez que se trata de um crime de perigo presumido. A jurisprudência ainda afirma que *Considerando que a conduta do paciente seria atípica, significa negar a vigência ao art 16 da Lei 6.368/76, descriminalizando a conduta típica²²*, assim assumindo uma posição totalmente positivista. Ao final diz ainda que:

(...) não cabe ao pleito qualquer menção, quiçá previsão, acerca da atipicidade de delitos equivocadamente ditos insignificantes.

É que o denominado princípio da bagatela, a teor do que já se sustenta de longa data, não apresenta sequer uma metodologia própria, deixando mesmo de fornecer um mínimo critério, ou parâmetro material, definidores do que eventualmente venha ser considerado insignificante, sobretudo quando contrastado com o direito positivado. Tal aplicação,

ademais, dependeria eternamente de cada caso concreto, tal como, muito isoladamente, propugnam alguns precedentes do E. STF.

Outro ângulo de análise, aliás, traz-nos à mente o fato de que o conceito de insignificância, ou irrisório, estaria voltado para o campo do subjetivismo absoluto, fato este que, a rigor, não se coaduna absolutamente com o sistema jurídico penal interno, dado o seu caráter objetivo e eminentemente impessoal. Do contrário, estar-se-ia admitindo, em evidente malferimento à Constituição Federal, a introdução ilegal dos meios forenses de medidas penais não previstas em Lei.²³

A outra jurisprudência analisada²⁴, dá seu parecer no mesmo sentido positivista, impossibilitando o reconhecimento do princípio da bagatela no crime de apreensão (porte de um cigarro de maconha) de pequena quantidade de entorpecente, definindo o crime de bagatela como ninharia, algo de pouca ou nenhuma importância ou significância, alegando que não existe norma que regulamente o princípio.

Para essa locução infrações penais de menor potencial ofensivo no Brasil ainda não contamos com uma norma explicativa dessa locução, é dizer, até agora não existe nenhuma disciplina legislativa em âmbito nacional sobre o que devemos considerar como infração penal de menos potencial ofensivo.²⁵

Sendo assim confirmamos a existência de um positivismo jurídico na atividade jurisprudencial que visa reprodução do direito, explicando com meios puros, lógicos o conteúdo das normas já positivadas. Vimos agora a importância de salientar o pensamento de BOBBIO acerca da atividade jurisprudencial:

Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas já dadas. Nisto, como indicamos, não se faz mais do que continuar uma concepção da ciência jurídica que se encontra ao longo dos séculos de tradição jurídica, particularmente a partir do momento em que o direito se consolidou num corpo de normas posto por um legislador.²⁶

VI. Considerações Finais

Considerando a construção teórica acima exposta, confirmamos que a atividade jurisprudencial é tendenciosa a um positivismo jurídico. A forma dos tópicos do artigo possibilitou uma construção mais objetiva do tema. Assim conseguimos desenvolver nossas afirmativas evidenciando e justificando o tema proposto inicialmente.

1 BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp 22-23

2 BOBBIO, Norberto. Op Cit . pp. 131

- 3 Ibid. pp. 135
- 66 4 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp.
- 5 BOBBIO, Norberto. Op Cit. pp. 131 - 134
- 6 KELSEN, Hans. Op Cit. pp. 74
- 7 Ibid. pp. 1-2
- 8 ibid. pp. 66/78
- 9 BOBBIO, Norberto. Op Cit. pp. 223
- 10 LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Teoria Constitucional do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. pp 123
- 11 MELLO, Celso A. Bandeira. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo : Revista dos Tribunais,1988. pp. 230
- 12 CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª Ed. S.L.: Livraria Almeida 2000?. pp. 1146

Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/755/1/positivismo-juridico-artigo-16-da-lei-636876-e-o-principio-da-insignificancia-posicao-do-stf/pagina1.html>
Acesso em: 24/03/2009.