



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO AUGUSTO DE LIMA FELIPE E POSSA

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**BARBACENA
2012**

PEDRO AUGUSTO DE LIMA FELIPE E POSSA

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Delma Gomes
Messias

**BARBACENA
2012**

Pedro Augusto de Lima Felipe e Possa

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof. Esp. Marcelo Manoel da Costa - OAB/MG 88.385
Assessor da 1ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Barbacena/MG

Prof. Esp. Marcos Sampaio Gomes Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

RESUMO

O objetivo central deste trabalho é defender a aplicação do princípio da insignificância, buscando questionar se as pequenas ofensas ao bem jurídico tutelados pelo Estado justificam ou não a incidência do Direito Penal. Para sua elaboração foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além de artigos publicados em sites jurídicos. Abordamos desde a definição de princípio, passando pela teoria geral do crime, até a forma como se configura a insignificância, registrando ainda as principais características críticas argüidas por parte da doutrina. Ressalta-se também os fundamentos constitucionais e penais que contribuem para a defesa deste princípio, bem como a limitação do poder de punir do Estado na aplicação das leis penais, de forma a garantir e preservar a paz social. Paralelamente, para a concretização desta pesquisa utilizar-se-á como procedimento metodológico observação e julgamento de informações referentes à temática com seus pressupostos teóricos, onde a metodologia que será empregada para discorrer acerca do assunto estará embasada em pesquisas de caráter especificamente bibliográfico e documental, os quais baseiam-se por meio de livros e publicações que servirão de alicerces para os baldrames apresentados da discussão em pauta. Desta feita, sendo a finalidade do direito penal preservar aqueles bens jurídicos denotados como fundamentais, para asseverar a ordem jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal. Aplicabilidade. Princípio da insignificância.

ABSTRACT

The aim of this paper is to defend the principle of insignificance, seeking to question whether small offenses to legal asset protected by the state justified or not the incidence of criminal law. For its preparation were performed doctrinal and jurisprudential research, and published articles on legal sites. We approached from the definition of principle, through the general theory of crime, how to set up the insignificance, recording still the main characteristics accused by critics of the doctrine. We also emphasize the fundamentals and criminal defense who contribute to this principle, as well as limiting the power of the State to punish the application of criminal laws, to ensure and preserve social peace. Meanwhile, for the realization of this research will be used as a methodological procedure observation and judgment of information related to the topic with the assumptions, where the methodology that will be employed to expound on the subject is grounded in research specifically bibliographic and documentary character, which are based through books and publications that serve as the foundation for baldrames presented the discussion at hand. This time, with the purpose of the criminal law to preserve those denoted as fundamental legal rights, to assert the legal system.

Keywords: Criminal law. Applicability. Principle of insignificance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SOCIEDADE E O DIREITO	13
2.1 Aspectos Históricos acerca de sociedade e direito	14
2.2 Aplicação do Direito Penal na sociedade primitiva	17
2.3 Período humanitário	22
3 PODER PUNITIVO ESTATAL	27
3.1 Bases teóricas acerca do delito	28
3.2 Princípios limitadores do direito de punir do estado	32
3.3 Princípio da Legalidade	33
3.4 Princípio da Intervenção Mínima	35
3.5 Princípio da Fragmentariedade	36
3.6 Princípio da Adequação Social	38
3.7 Princípio da Ofensividade/Lesividade	39
3.8 Princípio do Fato Punível	41
4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	43
4.1 O princípio da insignificância aplicado ao Direito Penal	43
4.2 Jurisprudência brasileira	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente discorre-se que o Direito Penal é denotado como o que apresenta maior repressão dentre todos os segmentos das ciências jurídicas, alcançando a culminância de ser competente de restringir a liberdade do ser humano de modo a manter a ordem social.

Todavia é pertinente ressaltar que o direito penal irá intervir apenas em situações nas quais outros ramos do direito não forem capazes de proteger determinados bens ou valores, visto que cabe a este segmento jurídico oferecer proteção aos mesmos, uma vez que são compreendidos como elementos de relevância fundamental.

Assim sendo, o direito penal efetiva intervenções em circunstâncias nas quais os bens jurídicos possam vir a sofrer ataques de caráter lesivo, na conjuntura de ocorrência de transtornos à ordem social.

E, dentro desta contextualização, entende-se que os princípios, no âmbito jurídico incidem como sistemas designados como basais, cooperando de forma indubitável nas lacunas consentidas pelos legisladores.

Igualmente, acredita-se que os princípios operam em conformidade com o processo de organização das leis, admitindo, de tal modo, uma determinada discussão da coletividade diante dos julgadores.

Sequencialmente, tem-se o princípio da insignificância, compreendido como uma teoria que é pautada no desígnio de efetivar processos de interpretação regular acerca dos escritos jurídicos, colaborando na ordenação de fundamentos por meio do fato de apresentar a possibilidade de ser inserido em uma pluralidade de tipos penais.

Além disso, observa-se que o princípio da insignificância atua de modo a desviar do tipo penal os danos analisados como de breve, ou mesmo nula importância.

Neste sentido, este estudo acadêmico apresenta como escopo basilar discorrer acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância no direito penal, ponderando a respeito de concepções e fundamentações teóricas em que a temática encontra-se envolta, de modo que se elabore percepções que explanem a conjuntura de que não irá fazer jus à tutela do direito penal aqueles bens jurídicos que sofrerem uma lesão entendida como insignificante.

Igualmente, as fundamentações desta pesquisa acadêmica serão pautadas por meio de revisão bibliográfica, com um procedimento metodológico empregado que consiste, primeiramente, em caráter quantitativo e qualitativo, procurando analisar

informações referentes à temática, bem como informações referentes à contextualização para a fundamentação do trabalho acadêmico.

Acrescenta-se à pesquisa um caráter exploratório, essencialmente bibliográfico e documental, com o objetivo de introduzir subsídios e fundamentações a partir de materiais já elaborados, permitindo assim maior ênfase ao tema abordado.

Para tal, o capítulo um possui o desígnio de delinear subsídios históricos a propósito da sociedade propriamente dita, discorrendo, igualmente sobre a aplicação das leis penais em épocas anteriores, bem como apresentando uma análise sucinta do período humanitário da ciência penal.

Em conseqüente, o capítulo dois analisar-se-á a respeito do processo pelo qual o crime evoluiu no transcorrer dos anos, arrazoando em alusão aos seus conceitos fundamentais, sopesando, igualmente, com relação a determinados princípios que norteiam os baldrames do direito penal, pautando-se na sua atuação de maneira a limitar a função estatal de punir.

Por fim, o capítulo três pondera quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância no direito penal, considerando seus preceitos basais e observando sua notoriedade dentro da pesquisa em questão, enfatizando também uma percepção de cunho jurisprudencial quanto ao princípio da insignificância, o que, indubitavelmente, justifica este estudo acadêmico.

2 A SOCIEDADE E O DIREITO

Inicialmente, se observa que Sousa (2007)¹ parte do pressuposto de que sem o direito não será possível a incidência da sociedade, ou seja, sem o direito, não existe a sociedade, e, sem sociedade, não existiria o próprio homem, nem mesmo em sua forma primitiva, aonde os primatas já formavam a sociedade em sua organizada estruturação de grupos, respeitando assim certa hierarquia, representando os primórdios do Direito.

Neste sentido Sousa (2007)² explana que a sociedade se exprime pelo Direito, e, por outro lado, Direito e sociedade se influenciam mutuamente. Desta forma, das relações entre as pessoas, surge o evento jurídico como uma das expressões sociais evidenciadas no cotidiano contemporâneo.

Deste modo o mesmo autor alega que a cultura, a economia, a política e a religião são figuras representativas de eventos decorrentes do fato social, e, para tal, estabelecem-se em normas de conduta.

Entretanto, ao direito cabe realizar investigações acerca de normas sociais qualificadas, onde prevaleça a norma jurídica, haja vista que a ciência do Direito compreende um contíguo de disciplinas ou princípios normativos que exigem dos homens especificidades em determinadas formas de conduta. (SOUSA, 2007)³

Para o autor supracitado, toda a ação de cada indivíduo dentro da sociedade exige regras, e se pode observar que estas se estabelecem norteando o comportamento no que tange aos atos que possa ocorrer.

Assim, as normas do Código penal discriminam as ações reputadas delituosas e as penas que lhes correspondem, pois existem distintas séries de diretrizes dirigindo o comportamento social. (SOUSA, 2007)⁴

Deste modo, este capítulo possui o escopo de delinear análises acerca de sociedade e Direito com seus aspectos históricos, aplicação do Direito Penal na sociedade primitiva e fundamentações no que concerne ao período humanitário, explanando suas bases e concepções, bem como enfatizando sua relevância diante da temática trabalhada.

¹ <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-x-sociedade-1472/artigo/>

² *ibidem*

³ *ibidem*

⁴ *ibidem*

2.1 Aspectos Históricos acerca de sociedade e direito

Daniel Defoe, escritor e jornalista inglês, no ano de 1719 escreveu a sua mais importante obra, *Robinson Crusóé*, onde o mesmo narrou as aventuras de um marinheiro que se isolou numa ilha deserta por vários anos, até que um dia percebeu que não estava só, ao encontrar a personagem Sexta Feira.

Ao se analisar a evolução da sociedade torna-se evidente que esta não existe sem o direito, portanto, “não haveria lugar para o direito, na ilha do solitário *Robinson Crusóé*, antes da chegada do índio Sexta Feira” (GRINOVER, 2009).

Na opinião de Grinover (2009), para que se tenha uma vida em sociedade harmoniosa é necessário que o direito tenha a função de coordenar os interesses da coletividade e compor os entraves que surgirem.

Em sociologia o direito tem a seguinte função:

[...] pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios. (DINAMARCO, 2009, p. 25)

Assim, ao se viver em sociedade, as pessoas necessitam do direito para preservar os bens jurídicos de maior relevância e propiciar a própria manutenção da harmonia da vida coletiva.

Então, “ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito acaba por exercer uma função do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineado quais valores são essenciais para o convívio do homem em sociedade.” (CAPEZ, 2005, p. 02)

Fica evidente pelas considerações expostas que o direito visa harmonizar o viver em conjunto, porém, há que se fazer breves considerações de como o direito era aplicado nos primórdios da humanidade. (CAPEZ, 2005).

Concomitantemente, Ribas (2008)⁵ alega que as pessoas não baseiam sua vida em solidão, ou seja, o homem não existe para viver sozinho. Por isso, esta concepção

⁵<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17132/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20%20F%C3%A1bio%20Ribas.PDF?sequence=1>

traçou todo contexto histórico da vida do indivíduo em sociedade, desde os tempos remotos da antiguidade até o momento presente em que impera a era da informática.

Segundo Ribas (2008)⁶ a busca por proteção persegue o homem desde o período das Cavernas. Desta forma, a procura por condições favoráveis à sobrevivência e a busca de abrigo contra as intempéries da natureza fizeram com que o homem pré-histórico buscasse proteção, porém estes ambientes protetivos resultavam em convívio com os demais, asseguravam-lhes melhores condições de defesa e amparo.

Hobbes (2004) acrescenta que o Estado Natural de Direito era contextualizado pelo prélio permanente entre os indivíduos que conviviam agrupados sem se organizarem, fato este que acontecia em consequência do simples instinto animal de sobrevivência e pela necessidade de ajuda mútua, mantendo assim um constante estado de guerra.

Ribas (2008)⁷ esclarece que na fase inicial da evolução humana quanto à convivência, considerando ainda a idade da pedra, se observa que os agrupamentos estabeleciam a necessidade da relação entre o Direito e a sociedade.

Entretanto, para Hobbes (2004) é a partir da evolução da sociedade e a busca pela paz, que perdura desde os tempos primórdios, que surge a percepção da sociedade moderna fundamentada na necessidade da limitação das liberdades individuais para garantia da vida em sociedade.

Deste modo, compreende-se que foi a necessidade de conviver em grupos que fez com que o indivíduo construísse as bases para formação da sociedade moderna, fortalecendo a concepção de coletividade. (RIBAS, 2008)⁸

Tal evolução decorreu de diferentes mutações sócio-políticas que conduziram à formação do Estado Moderno de Direito passando por diferentes períodos da história. (HOBBS, 2004)

Em acordo com Sousa (2007)⁹ percebe-se o Estado Grego, como um dos berços da formação dos conceitos da vida em sociedade, apresentava como base de sustentação da coletividade, permitindo a igualdade de todos os cidadãos atenienses perante a lei.

⁶<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17132/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20F%C3%A1bio%20Ribas.PDF?sequence=1>

⁷ *ibidem*

⁸ *ibidem*

⁹ <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-x-sociedade-1472/artigo/>

No entanto, a ausência de títulos e a manutenção das funções hereditárias, possibilitavam o livre acesso a todos os cidadãos atenienses às funções públicas, bem como ao direito à livre expressão, permitindo até mesmo a argumentação pública sobre as atividades do governo. (SOUSA, 2007)¹⁰

Historicamente pode-se constatar que no agrupamento ateniense predominava o Direito de Estado, ou seja, a Polis, ou cidade-estado-grega, que se constituía em território de menor extensão, sendo jurídica e politicamente organizada, mas também formada por cidadãos livres, estrangeiros e escravos, sendo que a cidadania não era reconhecida aos dois últimos segmentos. (SOUSA, 2007)¹¹

Segundo o autor mencionado, um dos momentos da história que merece destaque é o da evolução da sociedade diante do Direito na Idade Média, cuja sociedade se organizava desprovida de coesão do poder estatal, havendo uma concepção patrimonial e fragmentária do poder.

Tal concepção se dava em resultado ao estreito envolvimento da Igreja com o Estado, por meio de forte influência do cristianismo naquela sociedade. Este fato culminou na ocorrência de um Estado com poderes divididos e sob intervenções constantes da Igreja, oportunizando à mesma o comando dos escopos de vários Estados. (SOUSA, 2007)¹²

No contexto histórico, percebe-se que este momento se encontra compreendido antes do final do século XVIII e início do século XIX, e desta forma foi caracterizado pelo princípio do absolutismo que agia de forma egocêntrica e tinha como expressão máxima “L’Etat c’est moi” que se denotava no sentido de que todo poder se concentrava nas mãos do monarca. (SOUSA, 2007)¹³

No entanto se observa que o regime absolutista impetrado durante o século XVI, que perdurou até mais da metade do século XVIII, compreendia a denominação de Era Moderna, caracterizando-se pela centralização do poder estatal nas mãos do monarca. (SOUSA, 2007)¹⁴

¹⁰ <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-x-sociedade-1472/artigo/>

¹¹ *ibidem*

¹² *ibidem*

¹³ *ibidem*

¹⁴ *ibidem*

Contextualizando o processo evolutivo de sociedade e Direito se pode considerar que o processo de centralização do poder, que imperou no regime político dos séculos XVI a XVIII, foi baseado na Idade Média. (RIBAS, 2008)¹⁵

Destarte se pode observar que neste período vigorava o regime feudal, cujos reis já não mediam esforços para se destacarem dos vassalos e, a partir disso, na fase moderna, é que se identificou maior ênfase do Direito sobre a sociedade, arranjada pela tentativa dos reis em criarem suas próprias instituições com seus próprios conselhos, corpo de funcionários e exércitos, com o intuito de consolidarem-se nesse poder. (RIBAS, 2008)¹⁶

Dentro deste contexto histórico, pode-se compreender que seja necessário abordagens acerca da aplicação do Direito Penal na sociedade primitiva como assunto que dispõe de uma relevância fundamental para a real contextualização do assunto proposto.

2.2 Aplicação do Direito Penal na sociedade primitiva

Houve época em que a manifestação da natureza era considerada como um anúncio dos deuses, sobretudo quando havia prática de algum crime, e, comentando o assunto, “[...] nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestação divina revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade [...]”. (BITENCOURT, 2003, p. 51)

Na ausência de um Estado organizado institucionalmente, existia a vingança privada, onde o mais forte, por sua própria força, impunha a vontade reinante, sendo importante mencionar que:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como não havia sequer leis (normas gerais e abstratas impostas pelo estado aos particulares). (GRINOVER, 2009 p.27)

¹⁵<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17132/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20%20F%C3%A1bio%20Ribas.PDF?sequence=1>

¹⁶<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17132/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20%20F%C3%A1bio%20Ribas.PDF?sequence=1>

Contudo, a vingança privada resultava em inúmeros problemas para a sociedade, pois muitas vezes quando um grupo social praticava algum delito, havia o banimento de indivíduos, sangrentas batalhas e várias mortes.

Então, chegou-se numa época em que o Estado assumiu o *jus punitiois*¹⁷, que nas palavras de Grinover (2009, p. 27) se pode observar:

[...] quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a imposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais tímido.

Portanto, no primitivo *jus punitiois* verifica-se a ausência de um juiz imparcial e a imposição de uma decisão por uma das partes à outra, todavia, com a evolução cultural da sociedade, os indivíduos perceberam a necessidade de uma terceira pessoa para resolver as questões de conflitos. (GRINOVER, 2009)

Assim, a figura do julgado surge antes mesmo do legislador, nas precisas palavras de Grinover (2009, p. 27) fica evidente que:

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial= por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as parte se louvam para que resolvam os conflitos [...]. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.

Após este período em que as pessoas escolhiam aquele que lhes diria o direito, surge o Estado, este que vinha impondo aos particulares as regras de condutas abstratamente previstas, interferindo assim na esfera de liberdade dos indivíduos.

Deste modo, “[...] com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada*¹⁸, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo à vingança pública [...]”. (BITENCOURT, 2003, p. 03)

¹⁷ Significa prescrição penal, ou seja, extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. A extinção da punibilidade pode ter causa em atos ou fatos, ou circunstância do agente ou de terceiros, ou, ainda de natureza posterior ao crime.

<<http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20090627153503AA6X98o>>

¹⁸ Vingança, represália, retaliação. Fonte: <http://www.dicio.com.br/vindita/>.

Surgem assim os primeiros preceitos a prevalecer numa situação concreta de Direito Penal na sociedade primitiva, e logo nasce a instituição da reação proporcional ao mal praticado, ou seja, cria-se a Lei de Talião¹⁹ que significa olho por olho, dente por dente. (BITENCOURT, 2003)

A referida lei foi adotada no código de Hamurabi²⁰, aonde constavam inúmeros artigos, sendo que alguns estabeleciam que se alguém batesse numa mulher livre e a fizesse abortar, deveria pagar dez ciclos pelo feto e se essa mulher falecesse, então deveriam matar o filho do acusado. (BITENCOURT, 2003)

Há também na Bíblia Sagrada preceitos que advieram da retribuição estabelecida pela Lei de Talião, assim, por exemplo, no livro de Levítico, que consta como o terceiro dos livros das Escrituras Hebraicas do Antigo Testamento atribuído a Moisés. (ZAFFARONI, 2001)

Nesta obra, segundo Zaffaroni (2001), constam versículos que proclamam que, “todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto” e “se um homem adulterar com a mulher de seu próximo será morto o adúltero e a adúltera”. (ZAFFARONI, 2001, p. 183)

Do mesmo modo, no antigo testamento, ao autor de um delito era imposta uma pena que o fazia sofrer tal como a vítima sofrera. Assim se pode aduzir que o direito penal hebreu teve em suas características mais marcantes, o Talião, mas o autor assevera que:

[...] segundo alguns juristas e teólogos medievais e posteriores, o talião possuía um sentido puramente metafórico, indicando a proporcionalidade de uma pena, enquanto, para outros, o “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue” tinha um sentido literal assim foi aplicado entre os hebreus, [...] considerando os Dez Mandamentos como fonte do direito, sobre sua base foram elaborados os preceitos jurídico-penais e a este direito se conhece como “direito penal mosaico”. (ZAFFARONI, 2001, p. 184)

¹⁹ “Olho por olho, dente por dente”. Se a célebre Lei de Talião nos aparece atualmente como uma fórmula cruel e bárbara, que descreve melhor a vingança do que a necessidade de se punir com justiça, é preciso, no entanto, que atentemos ao fato de que esta máxima é também baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição. Fonte: <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>.

²⁰ É o código mais antigo da história, foi criado pelo rei Hamurabi (1728 a.C.). São 282 artigos inscritos que estabelecia regras de vida e propriedade e estendia a lei a todos os súditos. Determina penas baseadas na Lei de Talião, um princípio que influencia toda a civilização. <http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20081028193355AAyQspT>.

Em outras culturas também se pode observar a aplicação da Lei de Talião, assim, no Egito os crimes que afetavam a religião ou ao Faraó eram punidos severa e proporcionalmente.

Deste modo o autor aponta que:

[...] a falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração, o perjúrio com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua etc. Mais tarde, substituiu-se a pena de morte pela amputação do nariz, na maioria dos delitos [...]. (ZAFFARONI, 2001, p. 182)

Diante do exposto em linhas anteriores compreende-se que as idéias acerca da aplicação do Direito Penal na sociedade primitiva prevaleceram por muito tempo nos primórdios da humanidade.

Deste modo, e de acordo com o autor anteriormente citado, o Direito Penal era o instrumento de punição em que se aplicava pena como um castigo pelo crime praticado, pois “as leis em vigor inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais” (BITENCOURT, 2003, p. 13).

Em acordo com Bitencourt (2003), passam-se alguns séculos e a humanidade percebe que não havia sentido lógico na aplicação daquelas penas alhures mencionadas, assim, surge pensadores com a visão humanitária da pena, enaltecendo a dignidade da pessoa humana. Esta fase se denomina de período humanitário.

Portanto, no século XVIII, em sua segunda metade, os filósofos e juristas começam a remover as velhas concepções arbitrarias contidas nas legislações penais até então vigentes, assim, sobre a significativa mudança de pensamento na aplicação da pena.

O mesmo autor aponta:

As correntes iluministas e humanitárias das quais, Voltaire, *Montesquieu e Rousseau* foram fiéis representantes, realizaram uma severa critica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar a um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente. (BITENCOURT, 2001, p. 62)

Torna-se imperioso destacar que este movimento humanitário surgiu graças ao Iluminismo²¹, que atingiu seu ápice na Revolução Francesa, havendo, por consequência, considerável influência na reforma do sistema punitivo, vale mencionar ainda a existência de precisas observações: “[...] Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão e ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”. (PRADO, 2001, p. 46)

Destaca-se ainda que no chamado Século das Luzes, por influência dos reformistas houve grande mudança na legislação penal, e merece especial destaque o papel dos filósofos franceses que também influenciados pela doutrina jusnaturalista pugnaram contra a situação reinante na defesa da liberdade, igualdade e justiça.

As idéias reformadoras tomaram conta da Europa e assim surge na Itália à publicação do famoso livro *Dos Delitos e das Penas*, escrito pelo Marquês de Beccaria.

Desta forma se oportuno destacar:

[...] as idéias contidas no famoso opúsculo, verdadeiro breviário de política criminal, além de causar grande repercussão, marcaram o nascimento do Direito Penal Moderno. Sem dúvida, foi ele o autor que em primeiro lugar desenvolveu a idéia da estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária. Assim, resumidamente: a) a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e das penas: só as leis podem fixar as penas em relação aos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; b) a afirmação da finalidade de penal é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; c) a abolição da tortura e da pena de morte; d) a infalibilidade na execução das penas; e) a clareza das leis; f) a separação das funções estatais; e g) a igualdade de todos perante a lei penal. Afinal, conclui Beccaria: “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao crime, ditada pelas leis”. (PRADO, 2001, p. 47)

²¹ Termos usados para descrever as tendências do pensamento e da literatura na Europa e em toda a América durante o século XVIII, antecedendo a Revolução Francesa. Foram empregados pelos próprios escritores do período, convencidos de que emergiam de séculos de obscurantismo e ignorância para uma nova era, iluminada pela razão, a ciência e o respeito à humanidade. As novas descobertas da ciência, a teoria da gravitação universal de Isaac Newton e o espírito de relativismo cultural fomentado pela exploração do mundo ainda não conhecido foram também importantes para a eclosão do Iluminismo. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/iluminismo.htm>>.

Portanto, os ideais reformistas contribuíram para uma ampla mudança legislativa, onde não havia mais espaço para o direito penal que punia o criminoso sem se preocupar com a sua ressocialização.

Pela grande importância que a obra de Beccaria tem para o direito penal moderno se pode destacar que:

Seu livro, de leitura fácil, foi oportunamente formulado com um estilo convincente, expressando os valores e esperanças de muitos reformadores de prestígio de seu tempo. Sugeriu mudanças que eram desejadas e apoiadas pela opinião pública. Surgiu exatamente no tempo em que deveria surgir. A Europa estava preparada para receber a mensagem do livro em 1764 [...]; Inegavelmente *Voltaire* impulsionou muita das idéias de Beccaria. Não é exagero afirmar-se que o livro de Beccaria teve importância vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos. (BITENCOURT, 2003, p. 65)

Finalmente, com a nova postura firmada na Europa, inúmeras questões relacionadas com o direito penal foram revistas e modificadas, dentre elas as fases do Direito Penal onde se pode considerar como mais uma delas o período humanitário.

2.3 Período humanitário

Para Marques (1999) o período humanitário também foi marcado por um sistema de idéias que deu origem ao liberalismo burguês. Essas ideias se destacavam por meio do movimento cultural conhecido como Iluminismo ou Filosofia das Luzes.

Segundo o autor acima os pensadores iluministas, de modo geral, defendiam uma ampla reforma do ensino, censuravam duramente a intervenção do Estado na economia e criticavam a Igreja e os poderosos.

Dentro deste contexto se considera que a fase humanitária é também denominada de Escola Clássica, por isso não foi concebido nenhum período igual que tenha sido caracterizado pela reação às atrocidades dos castigos aplicados e pela transformação do direito punitivo, humanizando as penas e respeitando a dignidade humana. (MARQUES, 1999)

Iniciado pelos ideais de Beccaria, o período humanitário foi marcado pela fase de humanização das penas, com a abolição da pena de morte em alguns países e sua restrição em outros e com o desaparecimento das penas corporais e crimes relacionados às profissões. (MARQUES, 1999)

Assim, as penas passam a ser baseadas na culpa e na reprovação social, assumindo um caráter de retribuição ética, intimidativo e regenerador. (CAPEZ, 2005)

Capez (2005) esclarece que o período conhecido por período humanitário transcorre compreendido entre 1750 e 1850. E, por ter ocorrido juntamente com o advento do iluminismo, esse período foi marcado pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas.

Nesta fase estes pensadores pregavam a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. Foi quando também, as pessoas de um modo geral se encontravam impregnadas e exaustas de se deparar com tanto barbarismo sob pretexto de aplicação da lei. (CAPEZ, 2005)

Por isso, o período humanitário surge como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter subtendido das penas. (CAPEZ, 2005)

Na concepção de Capez (2005) as ideias dos pensadores *Montesquieu, Voltaire, Rousseau, D'Alembert*, juntamente com o Cristianismo foram de crucial relevância para o humanismo, uma vez que constituíram o próprio alicerce do mesmo.

Concomitantemente, Greco (2008) assevera que o pensamento predominante neste período se deparava contrariamente a qualquer crueldade e se rebelava contra qualquer arcaísmo que tratasse das questões de que o homem teria que ser punido com sofrimento.

Em se tratando do Direito Penal e a Filosofia das Luzes, percebe-se que os séculos XVII e XVIII, foram marcados pela crescente importância da burguesia, esta que se tratava de uma classe social que comandava o desenvolvimento do capitalismo. Entretanto se pode verificar a existência de um grave conflito de interesses entre os burgueses e a nobreza. (GRECO, 2008)

Ao mesmo tempo Greco (2008) discorre que, desenvolviam-se as concepções de que Deus era considerado como expressão máxima da razão, legislador do universo, respeitador dos direitos universais do homem, da liberdade de pensar e se exprimir.

Tal concepção se dava pelo fato de que Deus era denominado o criador da "lei", e, no sentido expresso do filósofo iluminista Montesquieu, era Deus que comandava a relação necessária que decorria da natureza das coisas. (GRECO, 2008)

Assim sendo, pode-se considerar que os pensamentos de *Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert* constituíram o advento do humanismo e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal. (GRECO, 2008)

Greco (2008) ressalta que *Locke*, filósofo inglês, também fez partes deste advento, sendo considerado o pai do iluminismo. O mesmo arquitetou a obra denominada de Ensaio sobre o entendimento humano.

Já *Montesquieu*, jurista francês escreveu O Espírito das Leis, defendendo a separação dos três poderes do Estado. *Voltaire*, Também pensador francês, tornou-se famoso pelas críticas ao clero católico, à intolerância religiosa e à prepotência dos poderosos. (GRECO, 2008)

Por sua vez, *Rousseau*, reconhecido defensor da pequena burguesia e inspirador dos ideais da revolução Francesa, foi autor das obras denominadas de O Contrato Social e Discurso, discorrendo sobre a origem da desigualdade entre os homens. (GRECO, 2008)

Ainda neste contexto, Greco (2008) lembra que *Diderot* e *D'Alembert* se tornaram os principais organizadores da obra denominada Enciclopédia, esta que abreviava os principais conhecimentos artísticos, científicos e filosóficos do referido período.

Neste sentido, os pensadores citados como iluministas fundamentaram uma nova ideologia, ou seja, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça. (GRECO, 2008)

Assim, a arbitrariedade se contrapôs à razão, à determinação implacável dos delitos e das penas, tal como da fixação legal das condutas delitivas e das penas, pois, isso era considerado imperativo no que se referia ao fato de que as pessoas bradavam pelo fim de tantos poderes bárbaros disfarçados. (GRECO, 2008)

Paralelamente Reale (2009) explana que todos os filósofos deste período prescindiam da ideia de justiça absoluta quando afirmavam ser o fim da pena da manutenção da obediência dos súditos ou da segurança comum, visando impedir que novos crimes fossem praticados pelo culpado ou pelos demais cidadãos.

Segundo Reale (2009) a obra de Beccaria parte da ideia do contrato social, afirmando que o intuito da pena seria apenas o de evitar que o criminoso cause novos danos, e que os demais cidadãos não reproduzam esse comportamento, sendo tirânica toda punição que não se fundasse na absoluta necessidade.

Os citados pensadores, para Reale (2009) defendiam a necessidade da elaboração de leis claras e precisas, permitindo ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal.

Tais leis deveriam combater a pena de morte, a tortura e o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas adequadas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade. (REALE, 2009)

De acordo com Reale (2009) os conceitos de Beccaria opunham-se à justiça medieval que ainda vigorava em seu tempo. Desta maneira, surgiu a ideia do já mencionado contrato social, que afirmava que a pena não teria somente intuito de evitar que o criminoso retornasse ao delito, resultando no fato da abolição da punição tirânica.

Portanto, de acordo com Reale (2009), com movimento de reforma que se inicia com a contundente repercussão que obteve a obra de Beccaria, tem-se a denominada fase Humanitária, esta que lança a ideia do respeito à personalidade humana e se baseia em sentimentos de piedade e compaixão pelo destino das pessoas submetidas ao processo penal e ao regime carcerário que então existia.

As idéias do Iluminismo em se tratando do período humanitário foram baseadas na justiça penal, onde se centraliza a proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com abdução das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente a moral, fundadas no princípio da retribuição. (REALE, 2009)

Destarte, para Reale (2009), este período foi marcado pelos resultados produzidos acerca do desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa, ou seja, o movimento codificador, que tem sua constituição ainda no final do século XVIII.

Na Rússia em 1767, Catarina II institui uma comissão para a elaboração de um novo Código Penal, ou seja, ela acolheu as ideias revolucionárias voltadas para a justiça de forma integral. (REALE, 2009)

Paralelamente, considera-se que alguns líderes de nações também aderiram a estes ideais, tais como, Leopoldo II de 1786, com o Código de Toscana; o Allgimeines Landrecht de Frederico, com o Grande da Prússia 1794; e Bavieira de 1813, com o Código Penal Francês. (REALE, 2009)

Todavia pode-se avaliar que a codificação além de assegurar a certeza ao direito, exprime uma necessidade lógica, por meio da qual são sistematizados princípios disseminados, facilitando a pesquisa, a interpretação e aplicação das normas jurídicas. (REALE, 2009)

Reale (2009) diz que vale mencionar que na França, com a Revolução Francesa, surgem a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, bem como os Códigos Penais de 1791 e 1810.

Hobbes, (2004) especifica que dentro das questões do Direito Penal contemporâneo imperam princípios básicos pregados pelo filósofo Beccaria, tais como:

[...] os cidadãos, por viverem em sociedade cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por esta razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontecem nos casos da pena de morte e das sanções cruéis; só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente; as leis devem ser conhecidas pelo povo, redigida com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos; a prisão preventiva só se justifica diante de prova da existência do crime e da sua autoria; devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis); não se justifica as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso; não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para interrogatório e aos juízos de Deus, que não levam a descoberta da verdade; a pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão mas também para recuperar o delinquente. (CINTRA, 2009, p. 3)

Observa-se, de acordo com o autor acima citado, que este período encontra a sua essência na filosofia racionalista do século XVIII e nas ideias políticas que proclamavam os direitos do homem e do cidadão contra a prepotência do Estado absolutista.

Dentro do período humanista coexistia a denominada de Escola Clássica, esta que foi nomeada pelos positivistas a princípio com sentido pejorativo, mas que atualmente serve para reunir os doutrinadores da época em que as ideias fundamentais do Iluminismo foram expostas magistralmente por Beccaria. (CINTRA, 2009)

As tão marcantes ideias de Beccaria se encontram nas obras de vários autores que escreveram na primeira metade do século XIX acerca de Direito Penal. (CINTRA, 2009)

Portanto, para Cintra (2009), o referido século marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais.

Tais correntes se constituem nas escolas penais, definidas como o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a matéria do delito e sobre o fim das sanções. (CINTRA, 2009)

3 PODER PUNITIVO ESTATAL

Discorre-se, inicialmente, que os preceitos arraigados à teoria do delito, discorridos como uma ação, típica, antijurídica e culpável, incidindo como um produto de recente ordenação.

Bitencourt (2003) analisa, neste sentido, que a dogmática do Direito Penal embasou-se em compreensões a propósito do injusto, pela altivez acerca do objetivo – subjetivo, onde ao injusto competiria os elementos externos objetivos da ação, e os caracteres anímicos subjetivos comporiam a culpabilidade.

A concepção que se observa atualmente acerca do crime associa o mesmo como um produto de uma estruturação inicial sob a influência do procedimento de cunho analítico, sendo, posteriormente, aperfeiçoado em acordo aos distintos subsídios que compõe o delito, que é representado por meio de um movimento corporal construído a partir de uma transformação no mundo exterior. (BITENCOURT, 2003)

Em paralelo, no que tange aos princípios reguladores do controle penal, segundo Bitencourt (2003), igualmente podem ser denotados de princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou mesmo, Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito.

Conforme o autor, todos estes princípios consistem em garantias do cidadão diante do poder punitivo estatal, sendo de tal modo, resguardados pelo texto constitucional de 1988, por meio de seu artigo 5º.

Analisa-se que diversos princípios limitadores começaram a compor os Códigos Penais de países designados democráticos e, finalmente, alcançaram base constitucional, como um instrumento de garantia elevada de consideração aos direitos basilares do cidadão.

Segundo Bitencourt (2003) atualmente, os referidos princípios, seja de forma explícita ou implícita, por meio do artigo 5º da Constituição Federal, apresentam a finalidade de nortear o legislador ordinário acerca do reconhecimento de um sistema voltado para o controle penal pautado nos direitos humanos, fundamentado em um Direito Penal da culpabilidade, bem como um Direito Penal mínimo e garantista.

Dentro do exposto, este capítulo possui o escopo de discorrer em alusão ao poder punitivo estatal, ponderando sobre seus princípios norteadores, e, além disso, sopesando a propósito dos baldrames teóricos relacionados aos preceitos do delito, de

maneira que se compreenda a relevância da fundamentação diante da temática trabalhada.

3.1 Bases teóricas acerca do delito

Zaffaroni (2001) analisa em linhas iniciais que a denotada Teoria Geral do Delito incide em um segmento relativo à ciência do direito penal que se atenta em explanar as concepções de delito de um modo geral, enfocando quais são as singularidades apresentadas em qualquer delito.

Prado (2011) sequencia que, a partir do estudo da Teoria do Delito é possível obter compreensões acerca das características estruturais do crime, avaliando, de tal modo, cada um dos seus componentes.

O autor, neste sentido aduz que:

A teoria jurídica do delito vem a ser um sistema conceitual, conjunto de conhecimentos ordenados de forma lógico-abstrata, segundo princípios que estabelece os antecedentes genéricos de punibilidade de uma infração penal, garantindo a segurança, jurídica, certeza e uniformidade na aplicação do Direito. (PRADO, 2011, p.145)

É pertinente salientar que a teoria em questão passou por um processo evolutivo, onde pode-se observar a presença de três etapas de desenvolvimento, estas que, conforme Bitencourt (2003) incidem em conceito clássico, neoclássico e finalista do delito.

Segundo o autor, o conceito clássico de delito apresenta como característica o aspecto formal do crime:

Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito, representando por um movimento corporal (ação) produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Essa estrutura simples, clara e também didática, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta ao resultado através do nexos de causalidade. O conceito clássico do delito foi produzido do pensamento jurídico característico do positivismo científico que afastava completamente qualquer contribuição das valorizações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Essa orientação, que pretendeu resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação deu tratamento exageradamente formal ao comportamento humano que seria descrito como delituoso. (BITENCOURT, 2003, p.173)

O conceito clássico de delito consistiu, de tal forma, como um tipo de produto referente ao pensamento jurídico específico do positivismo científico, este que

afugentava de forma integral qualquer colaboração das valorações de ordem filosófica, bem como psicológica e sociológica.

Esta supervisão almejava uma resolução de todas as dificuldades jurídicas nas restrições peculiares do Direito positivo e de sua interpretação, proporcionando, assim, um tratamento demasiadamente formal acerca do comportamento do ser humano, este que passaria a ser descrito como delituoso.

Na concepção clássica do delito verifica-se que a ação incide como de caráter puramente descritivo, naturalista e causal, versando em um conceito extremamente objetivo.

Para Bitencourt (2003) na concepção clássica de delito pode-se analisar quatro elementos estruturais que compreendiam na ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Sobre a ação, o autor discorre que a mesma volta-se para uma concepção de cunho essencialmente “descritivo, naturalista e causal, valorativamente neutro. Era um conceito basicamente objetivo, embora se sustentasse que tinha origem na vontade, não se preocupava com o conteúdo desta, mas com o aspecto objetivo de causar o resultado externo.” (BITENCOURT, 2003, p.140)

A tipicidade ponderava-se no fato e que o tipo e a tipicidade demonstravam a natureza externa da ação, abarcando apenas as características objetivas do fato discorrido na lei, não abrangendo as conjunturas subjetivas ou internas do delito, estas que integrariam a culpabilidade.

Em consequente, tem-se a antijuridicidade, analisada como um subsídio subjetivo, valorativo e formal, onde “a constatação da antijuridicidade implica um juízo de desvalor, uma valoração negativa da ação.” (BITENCOURT, 2003, p.140)

Por fim, na culpabilidade compreende-se que, embora apresente-se como um aspecto subjetivo do crime, igualmente possuía um cunho notadamente descritivo, uma vez que restringia-se a corroborar a existência de uma conexão subjetiva entre o autor e o fato. (BITENCOURT, 2003)

Em paralelo, no conceito neoclássico de delito, Bitencourt (2003) institui a importância de se valorar a conduta típica, não havendo um sentido lógico em analisar a conduta apenas diante de seu aspecto formal.

O autor menciona que este conceito neoclássico de delito passou por intensas transformações, considerando-se como relevante:

O conceito neoclássico corresponde a influência no campo jurídico a filosofia neokantiana, dando especial atenção ao normativo e axiológico. Foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo, por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam. Com esta nova orientação, todos os elementos do conceito clássico do delito sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime. (BITENCOURT, 2003, p.175)

Destarte, por meio da explanação acerca da concepção neoclássica do delito avalia-se a respeito da existência de elementos subjetivos no tipo penal, afastando, de forma categórica uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores objetivos.

Acredita-se que pelo referido conceito a antijuridicidade é concebida pelo seu aspecto material, ou seja, não basta exclusivamente que a conduta se amolde no tipo penal, sendo, portanto, impetrado que, igualmente, haja uma efetiva lesão ao bem jurídico amparado pela norma penal.

Logo, esta nova compreensão colaborou em uma permissão para nivelar o injusto em conformidade com a gravidade da lesão produzida. (BITENCOURT, 2003)

Em um momento posterior, o autor menciona que, pode-se observar determinadas transformações que atuam de maneira a irromper o conceito finalista do delito, este que apresenta a finalidade de retificar as falhas e contradições até então existentes, passando-se a considerar o delito de forma analítica ou estratificada.

Zaffaroni (2001) discorre que o conceito analítico do delito ocorre a partir do ano de 1930, onde a ordenação deste esboço aprimora-se por meio da obra publicada por Hans Welzel, este que volta-se decisivamente ao plano aristotélico, com a explanação de que, em um discernimento acertado de que a vontade não deve ser afastada de seu conteúdo, “isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deva ser voluntária e toda vontade tem um fim. Esta é chamada teoria finalista da ação, por oposição a teoria causalista, que é a que dá origem às estruturas anteriores.” (ZAFFARONI, 2001, p.399)

Assim sendo, observa-se que o conceito analítico passou a definir o crime como uma ação típica, antijurídica e culpável.

Bitencourt (2003, p. 178) dissertando sobre o assunto assevera que:

O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico do crime. Deixa esse entendimento muito claro ao afirmar que “o conceito analítico da culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica, tanto de uma ação dolosa como não dolosa, um novo conceito, que é a que converte em delito”. Com essa afirmação Welzel confirma que,

para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo do crime, sem a qual este não se aperfeiçoa.

Em paralelo, no que tange às percepções acerca do crime no Brasil, analisa-se que a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, por meio de seu artigo 1º apresenta a descrição onde “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, que isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. (BITENCOURT, 2003, p.145)

Arrazoa-se que nesta lei de introdução não se verifica nenhum tipo de preocupação de ordem técnico-científico, restringindo-se somente em ponderar acerca do que apenas vem a consistir o crime e a contravenção penal. Assim, o código penal brasileiro que se verifica atualmente não explicita sobre a definição evidente de crime, transmitindo a elaboração de seu conceito à doutrina nacional.

Do mesmo modo, considera-se que por meio do conceito analítico do crime verifica-se o ato do agente por meio da efetivação de uma ação voluntária, conduzida a uma finalidade alvitrada, conforme discorre Prado (2011, p.196):

A ação humana consiste no exercício de uma atividade finalista. Assim, a finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado à realização desses fins. A sua especificidade está na finalidade, isto é, o atuar orientado conscientemente a um objetivo previamente determinado. As normas jurídicas não podem proibir ou ordenar meros processos causais, tão somente ações (ou omissões) dirigidas finalisticamente.

De acordo com o exposto, pode-se notar que através da teoria analítica desponta a teoria finalista da ação, e, assim sendo, considera-se que a teoria finalista da ação apresenta a importância de sobrepujar a categórica divisão das perspectivas objetivas e subjetivas da ação e, de tal modo, do próprio injusto, modificando, portanto, o injusto naturalístico em injusto pessoal. (BITENCOURT, 2003)

Avalia-se na fundamentação que a teoria analítica do delito acarretou na ocorrência de inúmeros subsídios em prol de se cotejar a existência ou não de um crime.

Deste modo, cabe salientar que não predomina, dentro do analisado, o entendimento de que é necessária uma ação típica para se adequar ao modelo abstrato que se encontra previsto na lei penal, tornando-se, de tal modo, relevante que haja,

igualmente, o que se designa de tipicidade material, ou seja, uma efetiva lesão ao bem jurídico resguardado pelo Estado.

Destarte, coloca-se como importante à fundamentação, avaliar em referência aos princípios norteadores na aplicação da lei penal, este que restringem o poder punitivo estatal.

3.2 Princípios limitadores do direito de punir do estado

Bitencourt (2003) discorre inicialmente que, por meio da Revolução Francesa²² e pela ideologia advinda do Iluminismo²³ iniciou-se um processo de valorização da dignidade da pessoa humana, e, neste enfoque, as penas apresentavam como desígnio a inserção da prevenção de novos delitos, além da consideração de que o apenado não tornasse a cometer crimes.

Entretanto, no Estado Absolutista²⁴ não era verificado a existência de uma circunscrição no que tange à atuação estatal, uma vez que todo o poder de decisão encontrava-se centralizado na pessoa no monarca, este que, ocasionalmente, incumbia determinadas funções de caráter administrativo.

Bitencourt (2003) menciona:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos estes princípios, hoje insertos, explicita ou

²² Movimento social e político ocorrido na França no final do século XVIII que teve por objetivo principal derrubar o Antigo Regime e instaurar um Estado democrático que representasse e assegurasse os direitos de todos os cidadãos. A Revolução Francesa é considerada o mais importante acontecimento da história contemporânea. Inspirada pelas ideias iluministas, a sublevação de lema "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" ecoou em todo mundo, pondo abaixo regimes absolutistas e ascendendo os valores burgueses. Foi à revolução burguesa, tendo vista a sua condição de destruidora da velha ordem em nome das ideias e valores burgueses e por conta da ideologia burguesa predominante durante praticamente todo processo revolucionário. Informações disponíveis em < <http://www.algosobre.com.br/historia/revolucao-francesa-1789-1799.html> >.

²³ O Iluminismo foi um movimento intelectual que surgiu durante o século XVIII na Europa, que defendia o uso da razão (luz) contra o antigo regime (trevas) e pregava maior liberdade econômica e política. Este movimento promoveu mudanças políticas, econômicas e sociais, baseadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Informações obtidas por meio do endereço eletrônico que se encontra disponível em < <http://www.sohistoria.com.br/resumos/iluminismo.php> >.

²⁴ Pode-se classificar o absolutismo como uma forma de governo autoritário, que está nas mãos de uma pessoa ou um grupo social. Estes tem o poder absoluto sobre o estado. Informações em < <http://www.juliobattisti.com.br/tutoriais/adrienearaujo/historia020.asp> >.

implicitamente, em nossa constituição (art.5º), tem a função de orientar ao legislador ordinário para adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um direito penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2003, p.39)

Assim sendo, discorre-se que, a partir do fim do Estado Absolutista surgem princípios e preceitos positivados que operam de forma a restringir o desempenho estatal ao aplicar a lei penal, atuando, de tal modo, como uma espécie de garantia para o indivíduo, visto que o princípio da soberania do povo antepara que a justiça penal seja praticada conforme invocações voltadas para os poderes absolutos ou mesmo superiores àqueles que insurgem por meio da instigação da sociedade. (ZAFFARONI, 2001).

Paralelamente, salienta-se que os princípios, inicialmente, advém da elocução relacionada ao momento em que se inicia algum processo, ou seja, o ponto de partida de uma ação.

No que concerne à ciência jurídica os princípios são empregados como colaboradores potenciais para a orientação de ordenação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, conforme preleciona Greco (2006, p. 55):

Pode-se visualizar e apontar os princípios como orientadores de todo o sistema normativo, sejam eles positivados ou não. Diz-se positivados ou não porque os princípios podem estar previstos expressamente em textos normativos, a exemplo do que ocorre com o princípio da legalidade, cuja previsão se encontra no texto da Constituição, ou outros que, embora não positivados, são de obediência obrigatória, razão pela qual são denominados princípios gerais do Direito.

Destarte, entende-se que ao se elaborar uma norma penal ou mesmo no momento de sua aplicação em um caso concreto, observa-se que o operador do direito precisa analisar sistematicamente os princípios que fundamentam a sua aplicabilidade, pois a busca por princípios basais relativos ao Direito Penal demonstra o empenho para, a um só tempo, caracterizá-lo e, de tal modo, delimitá-lo. (LOPES, 1999).

Assim sendo, diante da fundamentação coloca-se como relevante analisar alguns dos princípios que condicionam a aplicação da norma penal no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

3.3 Princípio da Legalidade

Conforme consta na Constituição da República Federativa do Brasil e em acordo a uma orientação moderna que possui como escopo proteger os direitos e

oferecer maiores garantias ao cidadão contra o poder punitivo estatal, o art. 5º, inc. XXXIX estabelece que não seja visualizado como crime sem lei anterior que o delibere, nem pena, sem que haja prévia cominação legal.

Lopes (1999, p. 79) nesta explanação, analisa que:

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “Fachada formal” de determinados Estados.

Assim, segundo o autor, o princípio da reserva legal consiste em um imperativo que não admite irregularidades nem exceções, e neste sentido, concebe-se como uma espécie de conquista da consciência jurídica que atende às exigências de justiça, que apenas os regimes totalitários têm recusado.

Segundo Lopes (1999), a partir da revolução francesa, o princípio da legalidade converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual, onde o seu alicerce político arraiga, sobretudo no papel de garantia da liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária por meio da realização da certeza do direito.

Sequencialmente, Bitencourt (2003, p. 40) alude acerca do referido princípio:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Observa-se, na explanação, que a lei precisa deliberar com exatidão e de maneira clara a conduta proibida. (BITENCOURT, 2003)

Avalia-se que inúmeros estudiosos consideram que o princípio da legalidade apresenta origem na Inglaterra, advindo expressamente por meio da Magna Carta, datada do ano de 1215, sob a égide do monarca João Sem Terra, sendo que em seu artigo 39 abordava que nenhum homem livre será detido, nem mesmo preso ou privado de sua propriedade, liberdade, nem colocado como fora da lei, nem mesmo exilado, e ninguém atuará sobre o mesmo, a não ser em razão de juízo legal de seus pares conforme explicitado nas leis do país. (LOPES, 1999)

Segundo a exposição, pode-se analisar que não é admitido que uma pessoa seja punida se no momento de sua ação o fato não consistia como crime, ou seja, a lei penal

para ser aplicada precisa ser anterior ao fato cometido, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XL, que discorre que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Deste modo, mesmo com o trânsito em julgado, caso seja verificada uma lei que beneficia o agente, esta retroagirá de modo a beneficiá-lo.

Neste sentido, compreende-se que o princípio legalidade impede que por meio de atitudes, se instituam tipos penais, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*. (GRECO, 2006)

Igualmente, analisa-se a existência de outros postulados que derivam do mencionado princípio, como a vedação da analogia *in mala partem* e a obrigatoriedade de a lei existir na obscuridade na norma, conforme salienta o autor:

Por intermédio da vertente do *nullum crimen nulla poena sine lege* certa se extrai a conclusão de que a lei penal deve ser taxativa. A própria Constituição Federal, ao abrigar expressamente o princípio da legalidade em seu art. 5º, XXXIX, o traduziu dizendo que “não haverá crime sem lei anterior que o defina”, ou seja, a definição da infração penal é um dado indispensável, pertencente ao conceito de legalidade. (GRECO, 2006, p.151).

Dentro da análise, insere-se como relevante ao contexto ponderar em alusão ao princípio da intervenção mínima, com o intuito de fundamentar as elucidações relativas à temática.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima

Bitencourt (2003) explicita que o princípio da legalidade determina restrições quanto ao arbítrio judicial, porém não impede que o Estado ordene tipos penais iníquos e, de tal forma, atribua sanções austeras e degradantes.

Assim, estabelece a necessidade de restringir, ou mesmo, caso haja possibilidade, suprimir o arbítrio do legislador.

O princípio da intervenção mínima institui ao legislador que o Direito Penal consiste como a *ultima ratio*, ou seja, somente irá intervir em situações nas quais outros segmentos do Direito não forem capazes de proteger os bens jurídicos, portanto, antes de se valer do Direito Penal, é necessário esgotar os meios extrapenais de controle social. (BITENCOURT, 2003)

O autor aduz que:

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelaram-se suficientes para tutela dos bens jurídicos, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2003, p.11)

Portanto, não cabe ao legislador a vontade de incriminar algumas condutas somente como um meio de oferecer maior satisfação à sociedade, pois acredita-se que o emprego demasiado de sanção penal (infração penal) não assevera uma maior proteção acerca dos bens; ao contrário, atua de modo a condenar o sistema penal a uma função puramente simbólica. (LOPES, 1999).

De acordo com o descrito, tem-se que o Direito Penal precisa tutelar apenas em prol daqueles bens jurídicos considerados como de extrema necessidade, em uma situação onde implicarem como indispensável para a manutenção da vida em comunidade.

Greco (2006), neste sentido, menciona que a organização de um formato típico encontra-se balizada por meio do princípio da intervenção mínima, discorrendo que este versa em um dos princípios fundamentais do Direito Penal do equilíbrio.

Entende-se que, por intercessão da análise que indica a natureza subsidiária do Direito Penal, o legislador, na ocasião da escolha do bem, além de operar de maneira a cotejar a sua relevância, tanto em nível individual quanto coletivo ou social, precisará, necessariamente, analisar se outros ramos do ordenamento jurídico consistem como suficientemente eficazes para a proteção daquele bem, que, previamente, já tenha sido compreendido como importante, para que, apenas em um momento posterior, permitir a intervenção de forma drástica do Direito Penal. Observa-se que esta intervenção é efetivada caso a proteção seja entendida como ineficaz ou insuficiente.

3.5 Princípio da Fragmentariedade

Lopes (1999) analisa inicialmente que a fragmentariedade do Direito Penal deriva dos postulados da legalidade e da intervenção mínima, ao estabelecer que a função do Direito Penal incide em afastar aquelas agressões consideradas socialmente intoleráveis.

Bitencourt (2003) acrescenta que a fragmentariedade do Direito Penal consiste como corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Silva (2010) analisa que o Princípio da Fragmentariedade, ordena que somente as ações denominadas como de maior gravidade que são praticadas contra os bens jurídicos merecem, de fato, sanção criminal, atuando assim como um embasamento primordial para o Princípio da Insignificância, uma vez que este apenas tolera a apenação de condutas típicas que materialmente lesionem o bem acometido.

Conforme elucida Lopes (1999, p. 93):

[...] apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.

Pondera-se que o Princípio da Fragmentariedade do Direito Penal define-se conforme três perspectivas. A primeira faz menção à somente as ofensivas denotadas como de peculiar acuidade contra os bens jurídicos penalmente tutelados merecem reprovação criminal.

Em sequência, o segundo enfoque discorre que apenas determinadas condutas entendidas como antijurídicas pelos outros segmentos do Direito passam a ser tipificadas penalmente.

Por fim, o último aspecto do Princípio da Fragmentariedade é avaliado que, de um modo geral, as ações consideradas como meramente imorais não merecem reprimenda criminal. (SILVA, 2010)

Assim sendo, entende-se que princípio em questão estabelece que a função do Direito Penal é defender o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, orientar o legislador a tipificar aquelas condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e não punir condutas imorais, como a mentira.

Neste sentido, Silva (2010, p.127) pondera que:

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, de tal for indispensável para uma vida comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (...) conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar.

Enfim, Bitencourt (1999, p.43) remata a elucidação mencionando que “o caráter fragmentário significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.”

3.6 Princípio da Adequação Social

Bitencourt (2003) analisa que o Direito Penal tipifica apenas as condutas que apresentem determinada relevância social, e, em situações contrárias, estas condutas não seriam compreendidas como delitos.

Entretanto, supõe-se que existem procedimentos, que, em razão de sua adequação social, igualmente não podem ser designados como de caráter criminoso. Assim sendo, de acordo com este preceito, as condutas denotadas como de cunho socialmente adequadas não poder estabelecer delitos, e, em face desta teoria, não são revestidas de tipicidade.

O Princípio da Adequação Social atua como uma espécie de orientação para que o legislador selecionar somente aqueles bens jurídicos que merecem especial proteção do Direito Penal e também encaminha o aplicador na norma penal, auxiliando no processo de interpretação dos tipos penais contidos no Código Penal.

Acerca do Princípio da Adequação Social, pondera que:

Encontra-se o legislador, na qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio na sociedade, impedindo de criar tipos penais incriminadores que proibam condutas que já estejam perfeitamente aceitas e toleradas por essa mesma sociedade, pois caso contrário, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer mais crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade suficiente para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade. (GRECO, 2006, p.91)

A tipicidade de um comportamento entendido como proibido é acrescida em razão do desvalor da ação e, igualmente, pelo desvalor do resultado, lesando de forma efetiva o bem que se encontra juridicamente protegido, compondo o que se denomina de tipicidade material. (BITENCOURT, 2003)

Conforme o autor, o comportamento que se amolda a uma estabelecida definição típica formal, todavia constituída como materialmente irrelevante, ajustando-

se ao que é considerado como socialmente permitido ou tolerado, não concretiza materialmente a descrição típica.

Porém, sopesa-se que “só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se faltar o conteúdo típico do injusto.” (JESCHECK *apud* BITENCOURT, 2003, p.17)

Portanto, não compete ao direito penal punir um fato formalmente criminoso se no âmbito da sociedade tal conduta incide como socialmente adequada, conforme assevera Capez:

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer esse tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer de vício de inconstitucionalidade. (CAPEZ, 2005, p.16)

Capez (2005) pondera que na adequação social a conduta não é punida por não ser considerada ilícita para a sociedade.

Na adequação social verifica-se um critério voltado para a imprecisão, sendo, constantemente embatido como um princípio observado como inseguro e relativo, onde inúmeros penalistas não o admitem como um excludente da tipicidade, tampouco como causa de justificação.

Assim, a concepção de adequação social resulta em um critério específico voltado para, de certa forma, inutilidade, no que tange à limitação dos tipos penais, visto que as normas habituais de interpretação proporcionam sua delimitação adequada. (BITENCOURT, 2003)

3.7 Princípio da Ofensividade/Lesividade

De acordo com Silva; Casagrande (2010) o princípio da lesividade apresenta uma intrínseca relação com a intervenção mínima, visto que aquele atua de forma a permitir uma intervenção do Direito Penal em bens jurídicos denotados como de extrema relevância. Já este, faz menção à limitação ao poder legislador, onde suas condutas penais apenas se justificam em ocasiões que seja afetada de maneira grave o direito de terceiros.

Segundo os autores, o princípio da lesividade possui quatro finalidades basais, que incidem em “proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.” (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p.12-13)²⁵

Dentro destes preceitos compreende-se que as regras em questão possuem o intuito de coibir injustiças ou mesmo abusos de poder, com o fundamento de que para que aconteça de maneira adequada a atuação do Direito Penal é importante que um bem jurídico importante relativo a uma terceira pessoas encontre-se em situação de ataque efetivo. (SALVUCCI, 2007)

Salienta-se que apenas será possível punir em situações onde houver lesão do bem jurídico de terceiros, não estando sujeito a punições pensamentos, sentimentos e autolesões, nem mesmo punindo a pessoa em face do que representa, mas sim em razão da lesão ao bem de terceiro. Igualmente não ocorrerá sanção em situação em que a conduta, mesmo quando desviada, não for capaz de afetar terceiros. (SALVUCCI, 2007)

Menciona-se que para que haja esta fortuita punição, em decorrência de violação de um bem de terceiro, é necessário que este direito seja sistematicamente ofendido, visto que é preciso existir um mínimo de tolerância no que tange ao convívio social, não se colocando como importante ativar o Poder Judiciário quando irrelevante. (SILVA; CASAGRANDE, 2010)

No que se refere ao princípio da ofensividade entende-se que este incide na não existência do crime em casos em que a conduta não for capaz de ocasionar em um perigo sólido, autentico ou mesmo efetivo, e cotejado ao bem jurídico tutelado.

Silva; Casagrande (2010, p. 13-14)²⁶ discorrem que:

Segundo este princípio, não há crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, efetivo e comprovado, ao bem jurídico. Não deve o Direito Penal, de acordo com esse princípio, se preocupar com as intenções e pensamento das pessoas, enquanto não exteriorizada a conduta delitiva, devendo haver, pelo menos, um perigo real (ataque efetivo e concreto) ao bem jurídico. Esse princípio tem como função limitar a pretensão punitiva do Estado, de modo a não haver proibição penal sem conteúdo ofensivo aos bens jurídicos. Portanto, segundo esse princípio, não seriam admitidos os crimes de perigo abstrato.

²⁵ http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf

²⁶ *ibidem*

Analisa-se que o princípio em tese não consente que o direito penal seja ocupado das finalidades e pensamentos relativos às pessoas, bem como sua maneira de viver e suas ações de ordem interna.

“A atuação repressivo-penal pressupõe que ocorra um efetivo ataque a um interesse social relevante, ocorrendo uma ofensividade real ao bem jurídico.” (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 13)²⁷

De acordo com a percepção dos autores mencionam que não importa se a conduta consista como imoral ou pecaminosa, visto que de acordo com o princípio avaliado é necessário existir uma ofensa ao bem jurídico tutelado.

São incluídos como delitos inconstitucionais todos aqueles em que não haja comprovação da lesão ou perigo a um bem jurídico, restringindo-se, neste sentido, a pretensão punitiva estatal. (SALVUCCI, 2007)²⁸

Torna-se função do legislador privar-se de formulações denotadas como inábeis de lesar ou, ao menos, colocar em situação de perigo de fato o interesse tutelado pela norma.

3.8 Princípio do Fato Punível

Inicialmente discorre-se que em razão da Nova Ordem Constitucional, é necessário que haja maior respeito acerca dos princípios e normas que emanam da Carta Magna inerentes a todo ordenamento, e, de tal modo, coloca-se como relevante analisar sistematicamente o princípio do fato punível de acordo com os preceitos presentes na teoria constitucionalista do delito.

De acordo com Gomes (2002) a teoria constitucionalista do delito consiste como, igualmente designada de teoria constitucional do fato punível, onde a teoria em questão faz menção que o escopo de direito penal versa em proteger os bens jurídicos denotados de maior relevância, proporcionando garantias mais adequadas no que tange ao direito de punir do estado.

Assim, Gomes (2002, p.35) avalia que:

²⁷ http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf

²⁸ <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/618/633>

O resultado jurídico para ser penalmente relevante deve ser desvalioso. E é desvalioso quando for: (a) objetivamente imputável à conduta do agente (leia-se: fruto de uma conduta praticada no contexto de um risco proibido relevante – imputação objetiva da conduta); (b) real ou concreto (em virtude do princípio da ofensividade está proibido no Direito Penal o perigo abstrato); (c) transcendental (afetação de terceiros – princípio da insignificância); (e) intolerável (resultados tolerados não são juridicamente relevantes) e (f) objetivamente imputável ao risco criado (imputação objetiva do resultado).

Deste modo, é notável, segundo as concepções do autor acima mencionado, que não basta apenas que o fato consista como formalmente típico, mas, é preciso que haja um resultado material, ou seja, uma real lesão ao bem jurídico.

Conforme Greco (2006) distintas infrações penais vem sendo analisadas, sendo, até mesmo, negadas em situações onde forem submetidas a um teste de lesividade.

Paralelamente, Capez (2005) discorre que é avaliado como inconstitucional todos os delitos denominados como delitos de perigo abstrato, onde acredita-se que não pode haver crime sem que haja comprovação de lesão ou até mesmo perigo de lesão a um determinado bem jurídico.

Para o autor, “a função principal da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem conteúdo ofensivo o bens jurídicos.” (CAPEZ, 2005, p.23)

O autor ainda acrescenta que no que se refere à inconstitucionalidade dos cognominados crimes de perigo abstrato o Brasil ainda se encontra em constantes debates acerca do assunto em tese.

Destarte, diante das exposições apresentadas, coloca-se como conveniente a este estudo acadêmico discorrer a respeito da aplicabilidade do princípio da insignificância no direito penal, avaliando suas concepções basilares e importância dentro do contexto abordado.

4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em uma percepção inicial há que se discorrer que o princípio da insignificância reflete uma espécie de pensamento minimalista contrabalançado apresentando como escopo a efetivação de processos de interpretação adequada acerca dos conteúdos legais. (GRECO, 2010)

Observa-se que os crimes denotados como de bagatela possuem origem europeia sendo desenvolvido de maneira mais expressiva a partir do período relacionado à ocorrência da Primeira Guerra Mundial. Já o princípio da insignificância possui observações nos preceitos do direito romano, em que o pretor não se preocupava com os crimes de bagatela.

O Princípio da Insignificância, conforme Greco (2010) começou a ordenar-se principalmente através dos estudos realizados pelo pesquisador e professor alemão Claus Roxin, este que inseriu considerações onde o referido princípio passa a ser visualizado como um instrumento a ser empregado para a interpretação, que possui a probabilidade de ser inserido na maioria dos tipos penais, com o objetivo de desviar os danos denotados como de ínfima ou nenhuma importância.

Assim sendo, este capítulo tem o escopo de analisar fundamentações e concepções a respeito do princípio da insignificância no Direito Penal, explanando embasamentos sobre sua aplicabilidade e mencionando aspectos inerentes à jurisprudência brasileira.

4.1 O princípio da insignificância aplicado ao Direito Penal

Bitencourt (2001) inicia a análise ponderando que por meio da dignidade da pessoa humana é que os princípios responsáveis pelas limitações e orientações do Direito Penal se originam, e, deste modo, o princípio da insignificância, igualmente denotado de princípio da bagatela condiciona a aplicação da norma penal.

Discorre-se, segundo as percepções do autor, que o princípio em tese apresenta sua natureza no Direito Romano, a partir de designações latinas que mencionavam a *mínima non curar praetor*, expressão que possui como significado basal “o pretor não cuida de ninharias.”

Observa-se que o princípio da insignificância obteve novas análises no ano de 1964, na Alemanha, através dos estudos efetuados por Claus Roxim, e que foram elucidados na publicação sobre "Política criminal y sistema del derecho penal".

No que tange ao princípio da insignificância, Bitencourt (2001, p. 49) explica:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativo uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a fraticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob ponto de vista formal, não apresenta nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Neste sentido, há que se salientar que, o princípio da insignificância aporta de maneira a se efetivar um maior controle acerca da normatividade abstrata, angariando-a à realidade da situação, bem como associando-a à perda material sistemática que encontra-se derivada da ação ou mesmo omissão típica, como um instrumento que atua para moderar as atividades do Estado diante da incidência da pena criminal.

Em paralelo, Lopes (1999, p. 90) alude a propósito do princípio da insignificância:

A irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação a importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxim, "mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mais somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade".

Destarte, entende-se que o princípio da insignificância opera como um organismo de cunho político-criminal de demonstração dos preceitos constitucionais relativos ao *nullum crimen sine lege*, este que possui a finalidade de expor a origem subsidiária e fragmentária do direito.

Greco (2010, p.96) em sua ótica menciona que o princípio da insignificância é empregado como um utensílio voltado para a interpretação, com o intento de que o que critica considere "uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de

importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato.”

Todavia, apesar de o emprego ser considerado obrigatório em distintas situações, percebe-se que nem todos os tipos penais toleram a realização de um raciocínio relacionado à insignificância.

Assim sendo, como por exemplo, não se alterca que em sede de homicídio não se aplica o princípio da insignificância, visto que, mesmo que segundo as análises explanadas pelo autor da ocorrência, a vítima não apresente boa índole, a conclusão do fato não permitirá a aplicação do princípio em questão.

Observa-se que em outras situações, onde, aparentemente, a lei penal se adequaria, o princípio da insignificância versa como de aplicação obrigatória, a exemplo do que acontece com delitos de furto, dano, peculato, lesões corporais, uso de substância entorpecente, dentre outros fatos. (GRECO, 2010)

Atuando como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, o princípio da insignificância orienta-se em prol da atipicidade do fato que consista como materialmente ínfimo, e, ao se avaliar as bases do crime que é admitido de forma ampla, tem-se que o crime pode ser delineado como um fato típico, ilícito e culpável.

Greco (2010), neste sentido, alude que o fato típico é constituído a partir de elementos associados à conduta dolosa, culposa, comissiva ou omissiva, bem como compõe-se pelo resultado, nexos de causalidade e tipicidade penal.

No que tange à tipicidade penal, o autor discorre que,

[...]por tipicidade penal entende-se, modernamente, a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. A tipicidade chamada conglobante ou conglobada exige, para sua configuração, que no caso concreto o intérprete conclua *pela tipicidade material*, na qual será realizada a análise e a aplicação do princípio da insignificância, bem como pela antinormatividade do comportamento levado a efeito pelo agente. (GRECO, 2010, p.96)

Contudo, torna-se relevante sopesar a essencialidade de que não haja confusões acerca do tipo penal com a tipicidade, visto que o tipo incide em uma ordenação relacionada à lei, “enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.” (ZAFFARONI, 2001, p.444)

Compreende-se que o tipo versa em uma fórmula legal que menciona a respeito do ato de matar uma determinada pessoa, enquanto a tipicidade consiste em uma

característica de adequação ao tipo penal que apresenta a conduta de um dado sujeito que realiza disparos contra um outro sujeito, de modo que seja causado o óbito deste.

Logo, a conduta efetivada pelo primeiro sujeito que realiza a ação, em razão de dispor de características arraigadas à tipicidade, é denotada de conduta típica.

Todavia, Greco (2010, p. 97) analisa que a tipicidade conglobante que corresponde à tipicidade material pode ser entendida como:

Por tipicidade material deve-se entender o critério por meio do qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto. Na verdade, o estudo da teoria da tipicidade penal tem início com a aferição da chamada tipicidade formal ou legal. Quer dizer que, se o fato for formalmente típico, ou seja, se houver uma adequação do comportamento praticado pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, que é o nosso tipo penal, deve-se ingressar no estudo da característica seguinte, ainda dentro da tipicidade penal.

Segundo o autor, a tipicidade formal inerente ao fato, bem como o estudo acerca da tipicidade conglobante atua como uma espécie de repreensão à tipicidade, adequando-a de maneira sistemática aos raciocínios de ordem minimalista, como um exemplo de relação à tipicidade material.

De tal modo, ao se discorrer a propósito da tipicidade formal é necessário associá-la com a tipicidade material, isto é, é preciso que o fato se adapte ao tipo, e, concomitantemente, ocasionar em uma expressiva lesão ao bem jurídico, o que acaba por afastar a tipicidade de conduta do princípio da insignificância.

Nestes preceitos, Lopes (1999, p. 90) analisa que,

[...] o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típica, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Prado (2001) menciona que apenas em uma relevante lesão ao bem jurídico é que o direito penal deve intervir, e, assim, o princípio da insignificância, quando compreendido como uma demonstração avessa ao emprego demasiado da sanção criminal, estabelece as situações que são abarcadas como atípicas ações ou mesmo omissões que refletem de forma mínima a um bem jurídico penal.

Prado (2001) acresce que a irrelevante lesão ao bem jurídico que é protegido não justifica a determinação de imposições penais, sendo importante excluir a tipicidade

em situações de pouca relevância, uma vez que este princípio é visualizado como um discernimento de interpretação restritiva.

Capez (2005) avalia que a tipicidade penal denota uma ínfima lesividade ao bem jurídico protegido, visto que não é aceitável que o legislador tenha idealizado incluir em um tipo penal condutas designadas como integralmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Acredita-se que se o intento do tipo penal incide em tutelar um bem jurídico, nas ações as quais a lesão for considerada insignificante, a ligação que se estabelece por se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não será capaz de observar a inclusão de uma adequação típica, pois compreende-se que no tipo não se encontram devidamente delineadas as condutas incapazes de ofender um bem tutelado, o que, segundo Capez (2005), versa na razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

Analisa-se, diante do conteúdo explanado, que não consiste em papel do direito penal intervir em situações em que a lesão ao bem jurídico não for avaliada como significativa, de maneira a proporcionar um desconforto junto à sociedade, e, igualmente, à vítima.

Em linhas gerais, discorre-se que a tipicidade material precisa ser essencialmente combinada com a tipicidade penal, conforme mencionado no conteúdo explanado anteriormente.

Porém, Capez (2005) insere a relevância de se enfatizar que o princípio da insignificância precisa ser avaliado em acordo a cada situação concreta, onde coloca-se como necessário avaliar sistematicamente cada ação delituosa, analisando o contexto pregresso do agente, além das condições econômicas da vítima de modo de se avaliar a aplicabilidade do princípio da insignificância no direito penal.

É notável ponderar que a jurisprudência nacional determina critérios para a aplicação do princípio da insignificância, sendo, neste sentido, necessário associar elementos voltados para a mínima ofensividade da conduta, a falta de periculosidade social da ação, o diminuto índice de reprovação do comportamento e, por fim, a falta de expressão de lesão jurídica provocada.

Neste sentido, introduz-se como exemplo uma ementa pronunciada pela relatora Ministra Laurita Vaz, a partir da decisão articulada no Habeas Corpus N° 103.483 – SP, acerca do princípio da insignificância:

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. VALOR ÍNFIMO DA RES FURTIVA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE.

1. A conduta perpetrada pelo Paciente – tentativa de furto de uma peça de bacalhau avaliada em R\$ 52,49 (cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) – insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

2. O fato não lesionou o bem jurídico tutelado pelo ordenamento positivo, excluindo a tipicidade penal, dado o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o mínimo desvalor da ação e por não ter causado maiores consequências danosas.

3. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado e a sentença de primeiro grau, absolver o Paciente do crime imputado, por atipicidade da conduta.²⁹

Sequencialmente, tem-se como exemplo uma ementa proferida pelo relator Ministro Cezar Peluzo, por meio de decisão emitida no Habeas Corpus Nº HC 100311 – RS:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de furto. Subtração de aspirador de pó. Coisa estimada em cento e cinquenta reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decreta. HC concedido de ofício para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.³⁰

Assim sendo, diante do exposto, coloca-se como relevante á temática discorrer a propósito do reconhecimento do princípio da insignificância, dentro de uma percepção jurisprudencial.

4.2 Jurisprudência brasileira

Há que se salientar que o reconhecimento do princípio da insignificância como um instrumento que limita o poder punitivo estatal tornou-se uma basal realidade, onde pode-se verificar a existência de distintos julgados em razão da procedência do princípio em questão, com fundamentações voltadas para uma nova ordem constitucional.

²⁹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14361149/habeas-corporus-hc-103483-sp-2008-0070326-3-stj/inteiro-teo>

³⁰ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996222/habeas-corporus-hc-100311-rs-stf>

Deste modo, coloca-se como importante ao contexto explicar algumas ementas onde magistrados atuaram de forma a afastar a tipicidade penal consoante o princípio penal.

Logo, o desembargador Viera Brito, pertencente ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na ocasião em que julgou um recurso de apelação, optou por um voto que reconheceu o princípio da insignificância, tendo sido acompanhado pelos demais desembargadores, de acordo com a ementa a seguir:

Apelação - roubo impróprio - desclassificação - furto - possibilidade - pequeno valor da 'res furtiva' - princípio da insignificância - aplicabilidade - absolvição decretada - crime de resistência - ameaça e violência não demonstradas - absolvição - necessidade. Caracterizado o emprego de violência sobre a coisa alheia móvel e não sobre o sujeito passivo, deve o delito de roubo ser desclassificado para furto. Impõe-se a absolvição com fulcro no princípio da insignificância se verificado que a conduta do acusado representou mínima lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, constituindo fato de nenhuma relevância social na escala de valor atual da norma incriminadora a merecer o reconhecimento da tipicidade do fato e a imposição de uma sanção penal. (Data do julgamento: 31/07/2008 Numeração Única: 4158109-19.2007.8.13.01459)

Em conseqüente, o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Almeida Sampaio, relator de apelação criminal de nº 99009241708-8, por meio de seu voto vencedor, analisa que o crime de bagatela não apresenta como base o valor econômico relativo ao bem subtraído, sendo importante que se considere a vida do acusado.

Ainda assim, o desembargador em questão acrescenta que não se pode deixar de considerar que a ação do acusado consistiu como ínfima e sem que haja qualquer repercussão na vida social, e, em face disso, cabe admitir a aplicação do princípio da insignificância.

Em paralelo, no Rio de Janeiro pode-se verificar a aplicação do princípio da insignificância por meio de um exemplo de publicação de uma ementa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Paciente denunciado pela prática do ilícito do artigo 155, caput, c/c 14, II, ambos do Código Penal, por supostamente ter tentado subtrair oito (08) barras de chocolate da marca Nestlé, com valor total aproximadamente de R\$35,00. Habeas Corpus postulando a anulação da decisão que recebeu a denúncia, com o trancamento da ação penal que tramita parente a Trigésima Sétima Vara Criminal da Comarca da Capital, por atipicidade material da conduta do paciente com fundamento no artigo 386, III, do CPP. 1. Em audiência de conciliação realizada no dia 25/02/2008 foi proposta e aceita a suspensão do processo pelo prazo de dois anos, mediante o cumprimento de

condições. 2. O réu deixou de cumprir as condições impostas, os autos encontram-se sob análise do Juízo Coator para decidir sobre o prosseguimento ou não do feito. 3. Em verdade o valor da subtração é de pouco mais de trinta reais e em conformidade com a jurisprudência dominante nas Cortes Superiores, tal montante não ultrapassa o âmbito da bagatela, devendo incidir o princípio de insignificância jurídica. 4. Ordem concedida, determinando-se o trancamento da ação penal. (HC 0010607-24.2010.8.19.0000/ DES. CAIRO ITALO FRANCA DAVID – Julgamento: 08/04/2010 – QUINTA CAMARA CRIMINAL (grifo nosso).

Verifica-se a presença de julgados no Superior Tribunal de Justiça que opera em prol da aplicação do princípio da insignificância, conforme exposto abaixo:

Habeas Corpus. Furto tentado. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Mínimo desvalor da ação. Valor ínfimo das res furtiva. Irrelevância da conduta na esfera penal. Precedentes do supremo tribunal federal e desta corte. Réu reincidente. Possibilidade de aplicação. HC nº. 154.155-MG data do julgamento: 23/03/2010.³¹

Habeas Corpus. Furto qualificado. Subtração de uma barra de ferro avaliada em R\$ 20,80 (vinte reais e oitenta centavos). Princípio da insignificância. Absolvição. Aplicabilidade. Irrelevância da conduta criminosa. Condições pessoais desfavoráveis. Irrelevância. Coação ilegal evidenciada. Habeas Corpus concedido. HC nº 123.575- SP data do julgamento: 04/02/2010.³²

Igualmente, observa-se uma compreensão acerca da aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, em acordo às ementas mencionadas a seguir;

Ementa: Princípio da Insignificância - identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal - consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material- delito de descaminho (cp, art. 334, “caput”, segunda parte) - tributos aduaneiros supostamente devidos no valor de R\$ 4.541,33 - doutrina - consideração em torno da jurisprudência do STF - pedido deferido. o princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade³³.

Greco (2010) menciona que a verificação da tipicidade material conduz a uma indagação acerca do modo no qual o legislador idealizou ao ordenar o delito de furto, impedindo assim o desfalque de coisa alheia móvel.

³¹<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IRRELEV%C3%82NCIA+NA+ESFERA+PENA&s=jurisprudencia>

³² *ibidem*

³³ <http://jus.com.br/revista/texto/22338/direito-penal-minimo-na-sociedade-brasileira/3>

A inserção deste tipo de interdição conjeturou qualquer que seja o tipo de patrimônio ou somente aquele que, dentro de um embasamento de caráter minimalista, oferecesse ao direito penal algum tipo de importância.

No Direito Fundamental do Equilíbrio pode-se observar que o recurso aplicável a este tipo de indagação versa no preceito de que não cabe à lei ocupar-se com bagatelas, mas, sobretudo, com acometimentos a bens designados como de certa relevância.

Assim, compreende-se que o princípio da insignificância dispõe de uma natureza de causa que afasta a tipicidade do fato, todavia, ainda que esta alegação seja imperiosa, há, igualmente, que se avaliar a presença de embasamentos relativos ao princípio através de sede de ilicitude, como um princípio arraigado à justificação, ou mesmo, um princípio que exige a culpabilidade.

Greco (2010), analisando o princípio da insignificância como uma razão de justificação, discorre que se um fato é embasado em tal caráter, este não versa como materialmente antijurídico, embora constitua-se formalmente.

Verifica-se a existência de um acordo estabelecido pela doutrina em analisar que a natureza da antijuricidade material se coloca de manifesto na lesão ou perigo de bens jurídicos.

Neste raciocínio pode-se observar a base da insignificância do bem que conduz ao afastamento da ilicitude por escassez de antijuricidade material, que ostenta uma posição na qual a antijuricidade compreenderia na relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que incita a ocorrência do dano ou mesmo exponha a dano um bem que esteja protegido de forma jurídica, em razão de o mesmo não apresentar relevância exorada pelo Direito Penal.

Silva (2010), em paralelo, analisa que com o escopo de se verificar se o fato incide como antijurídico e, de tal modo, merecedor de reprovação penal, pode-se perceber que tipificar a conduta formalmente é necessário que o julgador realize um juízo axiológico, mensurando se o proceder que conduziu a cabo autor compreende como antijurídico, para somente após esta verificação, examinar se o assunto se trata de um fato relevante ou irrelevante, onde este último não apresenta uma suficiente gravidade para se afetar um bem jurídico.

Deste modo, Silva (2010) menciona que a jurisprudência brasileira vem assumindo uma minoritária postura no que tange ao fato mencionado, onde destaca-se:

Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram neste posicionamento. Dentre as lesões inofensivas, às quais não se debita antijuridicidade, está a criminalidade de bagatela. Nesse sentido a jurisprudência tem reconhecido a necessidade de lesividade do ilícito penal, quer em delitos patrimoniais, quer em delitos de outra espécie. Tal posicionamento significa um indubitado reforço à consideração de que não basta que a ação se ajuste formalmente ao tipo, devendo ainda causar lesão significativa para caracterizar o crime. (LOPES *apud* SILVA, 2010, p.162)

Entende-se que esta compreensão acerca da aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal insurge como uma espécie de delimitação à interferência do Estado, bem como uma elucidação de cunho ético à aplicação da pena, sendo esta delegada ao juiz, que em um acontecimento concreto precisa decidir se encontra perante uma conduta considerada penalmente insignificante ou, opostamente, a ação revela-se como de gravidade oportuna para se determinar um ilícito penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se, diante das exposições realizadas que a finalidade do direito penal consiste em preservar aqueles bens jurídicos denotados como fundamentais, como um modo de se asseverar a ordem jurídica.

O Direito Penal compreende-se como um sistema sancionador uma vez que comina sanções àqueles que violam os preceitos penais, onde a pena passa a ser justificada em razão de sua própria necessidade.

Todavia, o Direito Penal apenas intervém nas situações em que outros segmentos da ciência jurídica não estiverem aptos a tutelar os bens jurídicos relevantes, nos momentos em que as medidas de cunho administrativo e civil não forem suficientes para protegê-los, e, assim, sendo legitimado e recorrendo-se ao Direito Penal.

Considerando que o Direito Penal encontra-se em uma posição de último posto e apenas intervirá em situações em que resultar como indispensável para a manutenção da ordem jurídica, será afastada de sua proteção àquelas lesões insignificantes ao bem jurídico.

Discorre-se, dentro da exposição, que o Direito Penal não se ocupa com bagatelas, uma vez que não se verifica tipicidade material, ou seja, não houve uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido.

Destarte, torna-se perceptível mencionar que não se considera merecedor de prosperar aquele movimento de lei e ordem que apresenta o intento de trazer para o âmbito do Direito Penal toda e qualquer ocorrência arraigada ao conflito, fazendo com que a sociedade acredite que o Direito Penal versa na solução para todos os problemas e dificuldades, ordenando novos tipos penais e encarcerando indivíduos que mereciam alguma reprimenda que não seja o cárcere.

É notável que a prisão em si não colabora em processos de melhoria e reeducação, e, mesmo em situações onde não haja encarceramento, o nome do indivíduo será lançado no rol dos culpados, e, neste sentido, observa-se que esse estigma lhe acompanhará pelo percurso da vida.

Enfim, nas explanações elucidadas no transcorrer deste estudo acadêmico busca-se inserir o princípio da insignificância como um meio de se fazer justiça ao caso concreto, no âmbito do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Rangel Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3
- DUARTE, Melina. A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel. **Revista Eletrônica Estudos Hegelianos**. v. 01. n. 10. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>> Acesso em: 03 ago. 2012.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico**: explicitação das normas da ABNT. 16. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo RT, 2002.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5. ed. Niteroi: Impetrus, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo estudos e pareceres**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Claret, 2004.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- ILUMINISMO - Século das Luzes. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/iluminismo.htm>> Acesso em: 08 out. 2012.
- LIMA, Bruno Bessa de. Direito Penal mínimo na sociedade brasileira. **Revista Jus Navigandi**. Out 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22338/direito-penal-minimo-na-sociedade-brasileira/3>>. Acesso em: 08 out. 2012.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, Jose Frederico Marques. **Tratado de direito penal**. Campinas, Millennium, 1999.

PRADO, Luiz Régis. **Crimes contra o ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBAS, Fábio Martins. 2008. 138 fls. **O controle social na administração pública municipal**. Pós-Graduação (Direito). Área de concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR. 2008. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17132/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20%20F%C3%A1bio%20Ribas.PDF?sequence=1>>. Acesso em 30 set. 2012.

SALVUCCI, Deminis Sevilha. **Bem jurídico-penal e o princípio da lesividade**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP. Presidente Prudente/SP, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/618/633>>. Acesso em: 13 out. 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Cirilo Cordeiro; CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**. Faculdade São Roque. v. 01. n. 01. 2010. Disponível em <http://www.facsaroque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf>. Acesso em 13 out. 2012.

SOUSA, Valdivino Alves de. **Direito X Sociedade**, 2007. Disponível em <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-x-sociedade-1472/artigo/>>. Acesso em 03 ago. 2012.

VAZ, Laurita. HC N° 103483 SP. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996222/habeas-corpus-hc-100311-rs-stf>>. Acesso 08 out. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3.ed. São Paulo: RT, 2001.

Disponível em: <<http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20090627153503AA6X98o>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

Disponível em: <<http://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20081028193355AAyQspT>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/vindita/>> Acesso em: 03 ago. 2012.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IRRELEV%C3%82NCIA+NA+ESFERA+PENAL&s=jurisprudencia>. Acesso: em 08 out. 2012.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14361149/habeas-corpus-hc-103483-sp-2008-0070326-3-stj/inteiro-teor>. Acesso em: 08 out. 2012.