

## O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL

Marielen Paura Orlando<sup>1</sup>

Orientador: Prof. Dr. Jairo José Gênova<sup>2</sup>

### RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar o princípio da intervenção mínima, seus fundamentos, consequências e exemplos dentro do ordenamento jurídico, demonstrando que este princípio, além de estar adequado aos ideais da Constituição Federal, às funções do direito penal e aos fundamentos da pena, dá origem a um modelo de direito penal capaz de alcançar o equilíbrio no conflito resultante do direito subjetivo do Estado de punir e do direito de liberdade do autor da infração penal. É certo que o direito penal, como forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos indivíduos, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve ser empregado somente quando os demais ramos do Direito mostrarem-se insuficientes na solução de conflitos, devendo a proteção penal recair somente em relação a bens jurídicos importantes. Nesse contexto, mostra-se razoável a adoção de medidas descriminalizadoras e despenalizadoras, pois a intervenção penal em situações desnecessárias, bem como a criação de uma enorme quantidade de leis, além de violar o princípio ora em análise, não contribui em nada para o controle da criminalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Princípio da Intervenção Mínima 2. Descriminalização 3. Despenalização.

### ABSTRACT

The present paper has as a main goal the analysis of the principle of minimum intervention, its foundations, consequences and cases within Brazilian legal system. The paper shows that this principle, apart from being in order with the Federal Constitution's ideals, Criminal Law's functions and prison sentences' fundaments, it origins a model of Criminal Law capable of reaching either the balance on the subjective law conflicts of the State's punishment rights as well as the right the author

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM - Marília /SP). E-mail: marielen\_orlando@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do UNIVEM.

of the criminal infringement of being free. It is certain that be Criminal Law, as a more violent type of State intervention on individual's lives, must be the *ultima ratio*, namely, it must be used only when the order branches of Law are not enough to solve the conflict. The criminal protection must be used only regarding to the important legal interests. In this particular context, it is reasonable the adoption of decriminalized measures, due that penal intervention at unnecessary cases, as well as the creation of a great amount of laws, besides violating the principle discussed do not contribute to the control of criminality.

**KEYWORDS:** 1. Principle of Minimum Intervention 2. Descriminalization 3. Legalization.

## INTRODUÇÃO

A prática de um ilícito penal dá origem a interesses conflitantes, já que, de um lado, surge o direito subjetivo de punir do Estado e, de outro, o direito de liberdade do autor da infração penal.

O Estado, ao mesmo tempo em que possui a pretensão punitiva, também tem a incumbência de tutelar a liberdade do imputado autor do crime, necessitando, pois, de um modelo de direito penal que, mesmo diante deste conflito, seja capaz de alcançar o equilíbrio.

Assim, tendo em vista os ideais da Constituição Federal, funções do direito penal e da pena, verifica-se que o modelo mais coerente de direito penal seria aquele orientado pelo princípio da intervenção mínima, já que é capaz de preservar os direitos sociais se colocar em jogo os direitos fundamentais de cada um, garantindo, ainda, que o exercício deste poder ocorra somente em ataques de real gravidade de uma forma controlada e limitada.

Desse caráter limitado de proteção penal, deduz que o direito penal deve atuar somente para a proteção de bens jurídicos relevantes (princípio da fragmentariedade) e quando os demais ramos do Direito revelarem-se insuficientes na proteção destes bens fundamentais (princípio da subsidiariedade).

Além disso, deve atuar nos casos de grave lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos fundamentais para as relações sociais (princípio da lesividade), desconsiderando bagatelas (princípio da insignificância).

A pena privativa de liberdade, tendo em vista o princípio da intervenção mínima, deve ser utilizada somente quando estritamente necessária, já que não respeita

todas as funções da pena, além de sua execução demandar custo excessivo para o Estado.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o princípio da intervenção mínima, suas consequências e exemplos dentro do direito penal, ressaltando que o tema é bastante amplo, não existindo a pretensão de esgotar toda a matéria, mas efetuar a abordagem dos principais aspectos que envolvem este tema tão polêmico e em voga nas discussões jurídicas, o que aponta, desde já, a relevância da pesquisa desenvolvida.

## 1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

O direito penal é um segmento do Direito, cuja função é proteger bens jurídicos importantes, que necessitam da rigorosidade deste ramo, desconsiderando bagatelas.

Cumprido ressaltar que, para a atuação do direito penal, é necessário a ocorrência de um ilícito penal, que se difere do ilícito jurídico, porque este é a contrariedade do fato social ao ordenamento jurídico, enquanto aquele somente ocorre com a lesão dos bens mais importantes da vida social.

De acordo com Jesus (2002, p. 05), o direito penal é definido como:

[...] o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Feitas essas considerações, surge uma pergunta: Quais seriam as funções do direito penal?

Analisando a doutrina brasileira, podemos destacar três posições a respeito das funções deste ramo do Direito.

A primeira posição, predominante na doutrina brasileira, afirma que a função do direito penal é proteger bens jurídicos. Adotada por Bruno (1984, p. 28), Mirabete (2004, p. 23) e Jesus (2002, p. 04).

Já a segunda posição entende que a função do direito penal é proteger bens jurídicos de maior significação e relevo, com a finalidade de alcançar a defesa social, ou seja, visa assegurar a sociedade e os valores significativos da vida para o corpo social; esta é adotada por Fragoso (1993, p. 04).

Por fim, a terceira posição defende que a função do direito penal é de proteção

dos valores ético-sociais e, apenas por inclusão, a proteção de bens jurídicos; esta é adotada por Capez (2005, p. 01).

Entretanto, sabemos que a função do direito penal está relacionada com a função político-constitucional, já que as funções do Direito e do Estado representam uma só e mesma função: possibilitar uma convivência harmônica, proporcionar o exercício da liberdade e controlar a violência; por este motivo, podemos afirmar que os limites do direito penal são os mesmos limites do Estado.

O direito penal deve se preocupar em proteger os fins do Estado assegurados constitucionalmente, que estão previstos nos artigos 1º a 5º da Constituição Federal.

No entanto, não podemos esquecer que esta forma de intervenção estatal também representa uma forma de violência e, muitas vezes, com o pretexto de combater a criminalidade, acaba por violar direitos fundamentais, sendo, assim, mais violento do que a própria violência que se almeja combater, representando a forma mais inadequada de solucionar os conflitos existentes, uma vez que a justiça criminal decide os conflitos, não apresentando solução para o problema.

Queiroz (2008, p. 115-120), na tentativa de demonstrar quando a intervenção penal é legítima, faz algumas considerações afirmando que o direito penal possui uma natureza instrumental e subsidiária, que a liberdade é a regra em nosso ordenamento jurídico, que a função principal do direito penal é a prevenção geral-negativa subsidiária, que é possível existir a prevenção sem a presença da intervenção jurídico-penal, que o direito penal representa um sistema de garantias e que a prevenção especial representa parte da prevenção geral.

Logo, ao afirmar que o direito penal possui uma natureza instrumental e subsidiária, quer demonstrar que a atuação desta forma de intervenção estatal é devida quando nenhum dos demais ramos do direito mostrar-se suficiente para solucionar o conflito social, respeitando sempre os valores e princípios constitucionais.

A alegação que a liberdade é a regra em nosso ordenamento jurídico e que o direito penal representa a afirmação da liberdade, significa que a nossa Carta Magna estabeleceu, no art. 5º, a inviolabilidade da liberdade. Por este motivo, a intervenção penal justifica-se somente quando estritamente necessária, ou seja, a liberdade somente pode ser restringida pelo direito penal para tutelar a própria liberdade, porque a

liberdade, no sistema democrático, é o limite e o fim do direito penal.

A afirmação de que a função principal do direito penal é a prevenção geral-negativa subsidiária significa que o fim da pena não pode ser apenas retributivo, mas também o de possibilitar a paz social, defendendo que um determinado comportamento somente pode ser tipificado quando não for possível inibi-lo com a atuação dos demais ramos do direito.

Queiroz (2008, p. 118), ao mencionar que é possível existir a prevenção sem direito penal, procurou demonstrar que:

[...] prevenir comportamentos delituosos nem sempre significa apelar ao direito penal, uma vez que não raro sua intervenção se revela criminógena, atuando contrariamente aos fins visados. Prevenir significará assim renunciar à intervenção jurídico-penal, por não existir adequação entre meio e fim.

Ademais, podemos mencionar como função do direito penal a garantia dos direitos do ser humano em relação ao poder punitivo do Estado, funcionando como protetor dos direitos fundamentais.

O direito penal impõe limites ao direito de punir, estabelecendo os direitos e deveres do Estado, da vítima e do réu, daí a afirmação que o direito penal representa um sistema de garantias. Essa função pode ser visualizada na proibição da tortura, princípio da presunção da inocência em que o indivíduo somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória entre outras garantias. Entretanto, esta função é esquecida, porque a sociedade está presa à ideia de que o direito penal representa castigo, retribuição.

A prevenção especial como parte da prevenção geral também se caracteriza como uma das funções do direito penal, já que é dever do Estado e, portanto, do Direito, promover condições para que o infrator reintegre-se à sociedade. Por este motivo, a pena privativa de liberdade deve ser utilizada quando estritamente necessária, por corresponder a um mal que, em algumas situações, caracteriza-se como necessário. Assim, proporcionando condições para que o infrator não volte a delinquir, estará contribuindo para a prevenção geral, que tem por objetivo evitar que delitos ocorram.

Portanto, o direito penal representa a forma mais desastrosa de intervenção do Estado na vida das pessoas, devendo, pois, ser utilizado somente quando os demais

ramos do Direito não forem suficientes para resolver os conflitos (princípio da subsidiariedade); somente as condutas mais graves e perigosas praticadas contra bens jurídicos importantes necessitam da presença deste referido ramo do Direito, impondo limites ao totalitarismo do poder estatal, já que, para que exista um controle da violência e da criminalidade, que são fenômenos bastante complexos, é necessário que os indivíduos se conscientizem, respeitando as regras de comportamentos existentes na sociedade, ainda que implícitas (leis éticas), o que não ocorrerá com a maximização do direito penal.

Nesse contexto, o mais razoável é a adoção de um direito penal mínimo, que nada mais é que o direito penal conforme a Constituição, pois a mínima intervenção jurídico-penal não representa somente um direito penal mais justo e eficaz, como também equivale a um programa de justiça social e pacificação de conflitos (QUEIROZ, 2008, p. 111).

Ademais, a opção pela adoção de um direito penal mínimo é o modelo que mais se amolda a um Estado definido como Democrático de Direito (CF, art. 1º).

Segundo Roberti (2001, p. 58), “a dimensão das liberdades do cidadão na Constituição Federal de 1988 não deixa margem a dúvidas de que não há mais espaço no Direito penal moderno para uma política criminal intervencionista”.

A Constituição Federal de 1988 realmente deixa evidente que a intervenção penal deve ser limitada, uma vez que estabelece como invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º caput), prevendo em seu artigo 1º do inciso III, como fundamento do nosso Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009, p. 23).

## 2 TEORIAS DA PENA

Vimos que a pena é a consequência da prática de um fato descrito como crime. Para entendermos a justificativa da medida punitiva, é necessário estudarmos as teorias da pena, sendo que as finalidades da sanção penal estão relacionadas às funções do direito penal.

Fragoso (1993, p. 04), na tentativa de demonstrar que as funções do direito penal estão associadas às teorias da pena, faz a seguinte afirmação:

A justificação da pena liga-se à função do direito penal, que é o instrumento de política social do Estado. O Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, serve do direito penal, ou seja, da pena e das medidas de segurança, como meios destinados à consecução e preservação do bem comum.

É possível afirmar que o meio de ação de que se vale o direito penal é a pena, que “no seu sentido propriamente jurídico, é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime” (BRUNO, 1976, p. 10).

Há quem entenda que a pena é uma solução imperfeita, já que não repara a situação anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto; a pena, no entanto, corresponde a uma necessidade (ROBERTI, 2001, p. 41).

A doutrina nos apresenta diversas teorias para explicar os fins da pena, que, por consequência, também explicam os fins do direito penal.

As teorias absolutas ou da retribuição veem a pena como um fim em si mesmo. Trata-se de uma retribuição jurídica ao mal praticado pelo criminoso, que se aplica pelo fato de o agente ter cometido uma infração penal. A pena se justifica *quia peccatum est*. (CAPEZ, 2005, p. 357).

Esta teoria não se preocupa com o sujeito ativo do crime, visualizando na pena um caráter estritamente retributivo. As teorias absolutas não buscam ressocializar o criminoso, mas simplesmente puni-lo, tendo como fundamento da sanção penal a exigência da justiça. É o mal justo oposto ao mal injusto do crime.

Queiroz (2008, p. 29-33) aponta as críticas frequentes em relação à teoria retributiva:

1) o direito penal tem como função permitir a convivência social, intervindo nos conflitos existentes que envolvam bens jurídicos relevantes, não sendo, portanto, função da pena realizar a justiça, mas imposição para que se possa existir uma convivência harmônica;

2) é irracional a tentativa de retribuir um mal cometido impondo um outro mal, qual seja, a pena, sendo contrária a qualquer tentativa de socialização do delinquente, bem como de qualquer finalidade preventiva;

3) desconsidera as limitações inerentes à intervenção penal, não sendo,

portanto, compatível com os ideais de nossa Constituição Federal que prevê uma série de direitos, garantias e princípios limitadores do direito penal;

4) parte do pressuposto de que todas as normas penais existentes são justas, devendo, como forma de retribuição de seu não cumprimento, impor a pena cominada.

Por outro lado, as teorias relativas, finalistas, utilitárias ou da prevenção, afirmam que “a justificação da pena está na necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem do Direito, pela prevenção do crime. A sua função é de instrumento de defesa da sociedade” (BRUNO, 1976, p. 14). Afirmam, ainda, que o delito não é a causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada.

Diferentemente das teorias absolutas, as teorias relativas dão à pena uma finalidade especial, a da prevenção, daí a expressão *punitur ut ne peccetur*. Esta prevenção pode ser geral ou especial (CAPEZ, 2005, p. 358).

As teorias de prevenção geral se dividem em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

A prevenção geral negativa é dirigida a todos os componentes da sociedade, destinatários da norma penal, tendo por finalidade intimidá-los a cometer infrações penais.

Queiroz (2008, p. 37-38) aponta as críticas decorrentes da finalidade da prevenção geral negativa:

1) a finalidade da pena é tão somente que os criminosos não mais pratiquem crimes, uma vez que o direito penal não tem o condão de mudar os valores éticos e morais do delinquente;

2) não é justo impor um mal a alguém para que outros se abstenham de praticar um mal;

3) não existe prova de que a prevenção geral negativa funcione na prática, já que a pessoa que possui a vontade de praticar um crime não irá se intimidar com o rigor da pena, bem como com a ameaça de sua execução.

Outrossim, a prevenção geral positiva tem por finalidade “infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao Direito, promovendo a integração social do delinquente” (QUEIROZ, 2008, p. 38).

Ademais, a prevenção geral positiva pretende proteger a vigência de valores éticos, bem como inculcar na sociedade o sentimento de tranquilidade, que é alcançado ao preservar, no caso concreto, um bem jurídico-penal, reafirmando a existência e a eficácia deste ramo do Direito.

Queiroz (2008, p. 43) aponta as críticas inerentes aos objetivos da prevenção geral positiva:

- 1) o direito penal não tem por objetivo fazer com que seus destinatários tenham consciência dos valores ético-sociais;
- 2) existe uma confusão entre duas formas de controle social: a moral e a jurídica.

Além dessas, existe, ainda, a prevenção especial que se divide em prevenção especial negativa e prevenção especial positiva (QUEIROZ, 2008, p. 35).

A prevenção especial negativa é dirigida ao autor da infração penal, exercendo sobre ele uma função intimidadora, corrigindo-o.

A prevenção especial positiva também é dirigida ao autor do delito, mas tem por finalidade ressocializá-lo, reintegrá-lo à comunidade social de modo a evitar a reincidência.

“A forma de prevenção especial que hoje mais requer a atenção dos penalistas é a que consiste em aplicar ao sentenciado um processo de ressocialização capaz de restituí-lo à vida livre sem problemas para o Direito” (BRUNO, 1976, p. 25).

Vale lembrar que o artigo 1º da Lei de Execuções Penais demonstra a opção pela adoção da prevenção especial, ao mencionar que o delinquente deve ser reintegrado à vida social.

Queiroz (2008, p. 56-59) aponta as críticas decorrentes da prevenção especial:

- 1) a prevenção especial é colocada em prática no momento da execução da pena, não sendo, portanto, uma teoria do direito penal, mas uma teoria de execução penal;
- 2) a punição não se justificaria em relação àqueles que se ressocializaram e se readaptaram no meio social;
- 3) assim como não é possível que o Estado, por meio da pena, ressocialize os sentenciados, também não é possível ressocializá-los contra sua vontade, uma vez que o

Estado não pode forçar os cidadãos a serem bons, mas apenas evitar que comportamentos delituosos ocorram; além disso, não tem o direito de reeducar, ressocializar a personalidade dos réus.

A teoria mista, eclética ou conciliatória concilia as precedentes, dando à pena tripla função: punir (teoria retributiva), prevenir (teoria da prevenção) e ressocializar (artigo 1º da Lei n. 7210/84, adotada pelo Código Penal em seu artigo 59), daí a expressão *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. “Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção” (MIRABETE, 2004, p. 245).

No entanto, a pena não pode ser considerada puramente retributiva (teoria absoluta), ou receber um caráter exclusivamente intimidador, atemorizando os indivíduos para que deixem de praticar crimes (teoria relativa), nem tampouco atribuir à pena o papel de ser o meio mais eficaz para todo e qualquer conflito social (ROBERTI, 2001, p. 41-42).

A pena, portanto, para alcançar sua finalidade, deve ter três funções: retribuir, prevenir e ressocializar (teoria eclética). E mais: deve respeitar os direitos fundamentais do delinquente, bem como os princípios da individualização, personalização e humanização, que são princípios fundamentais da pena, imprescindíveis para que o direito penal cumpra com suas funções de forma mais justa possível.

### **3 CONCEITO E ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

A partir do século XVIII, o direito penal passou a representar uma busca pela limitação do poder punitivo do Estado face ao cidadão, já que nos séculos passados este poder servia de opressão.

Assim, atualmente entende-se que o poder punitivo do Estado deve preservar os valores sociais sem colocar em jogo os direitos fundamentais de cada um, sendo que todo exercício do poder que se afastar deste fundamento constitui poder ilegítimo.

Para garantir que o poder punitivo seja exercido com seriedade, preservando os direitos individuais, garantindo também que tal poder seja utilizado em ataques de real gravidade de uma forma controlada e limitada, tem-se os princípios limitadores do

poder de punir do Estado como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima, ou também denominado da subsidiariedade ou da *ultima ratio*.

Este princípio contribui significativamente para a limitação da intervenção estatal, defendendo que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último remédio para a proteção dos bens jurídicos, ou seja, a proteção penal somente deve advir quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes.

Além disso, somente a lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos relevantes deve receber a proteção deste referido ramo do Direito.

Vale ressaltar que o princípio da legalidade limita o arbítrio judicial, mas não impede a criação de tipos penais iníquos e cominações de sanções cruéis e degradantes. Desta forma, há a necessidade de limitar o arbítrio do legislador, e para tanto tem-se o princípio da intervenção mínima (BITENCOURT, 2006, p. 17).

Bitencourt (2006, p. 17), a respeito do princípio em questão, afirma que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, 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.

Abordar a origem do princípio da intervenção mínima corresponde a uma tarefa bastante difícil, já que os autores pouco mencionam sobre o assunto.

Foi no século XVIII que houve o aparecimento do princípio da intervenção mínima. A incapacidade governamental da época, amealhado a insatisfação da burguesia em virtude das contradições do absolutismo político e o desenvolvimento do capitalismo, fez surgir na França o movimento iluminista, o qual se manifestava de forma contrária às práticas de sua época, como por exemplo, torturas e penas severas (ROBERTI, 2001, p. 65).

Os autores John Locke, Montesquieu e Beccaria manifestaram-se a favor da mínima intervenção do Estado.

John Locke entendia que antes dos governos existirem, os homens possuíam

direitos iguais e inalienáveis, tais como, liberdade, vida e a propriedade, cabendo ao governo apenas proteger esses direitos, o que limitava o poder. Montesquieu afirmava que educar vale mais do que punir, dispensando o grande número de leis. Mas a grande contribuição foi de Beccaria que contribuiu para um novo direito penal com respeito aos direitos humanos e dignidade individual da pessoa (ROBERTI, 2001, p. 65-66).

No ano de 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 8º determinou que “[...] a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias [...]” (FRANÇA, 2010). Assim, estabeleceu um princípio orientador e limitador da criação de condutas delitivas, prevendo que um fato somente deve ser considerado crime se necessário para a proteção de um bem jurídico relevante e que a sanção penal mostra-se legítima somente se indispensável.

Foi em 1980, com o “Informe do Conselho da Europa sobre Descriminalização” em Estrasburgo, que este princípio passou a ter o devido merecimento.

O documento internacional mais recente que se inclinou a favor de um direito penal mínimo foi intitulado As Regras de Tóquio (1990). Elas são orientações e sinalizações aos países signatários e estimulam esses países a introduzir em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade. Esse documento expressamente indicou a utilização do princípio da intervenção mínima, na Regra 2.6.

Vale ressaltar que a intervenção mínima corresponde a um princípio constitucional implícito, que não está expressamente disciplinado no texto constitucional, nem nas leis penais.

Roberti (2001, p. 68) ensina que a intervenção mínima do direito penal está estritamente ligada com o postulado da dignidade da pessoa humana, afirmando:

A) Reconhecido como intangível este postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza advém, a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite necessário, entendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como pernicioso para a harmonia da sociedade, sendo a Intervenção Mínima do Direito Penal inerente ao Estado Democrático de Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal.

### 3.1 Funções do Princípio da Intervenção Mínima

Segundo Lopes (1998, p. 403), dentre as funções do princípio da intervenção mínima é possível destacar três:

1) estabelecer as chamadas hipóteses de incidência das leis penais, já que o legislador deve ter seu poder limitado no momento da criação de tipos penais, posto que o direito penal possui um caráter subsidiário;

2) identificar hipóteses que, apesar da adequação da conduta a norma, exista circunstância que desaconselhe sua aplicação;

3) promover a mínima intervenção do Estado na esfera de liberdade da pessoa, devendo a pena ser a menor das aplicáveis nas circunstâncias, como já pregava Beccaria, posto que, o direito penal mínimo está ligado à mínima incidência da pena.

Já para Roberti (2001, p. 73), o princípio da intervenção mínima possui três funções dentro do ordenamento jurídico: 1) estabelecer as hipóteses de incidência das leis penais; 2) indicar os limites de restrição da liberdade de ação humana, para que seja alcançada pela norma penal; e, 3) estabelecer a necessidade da incidência da consequência do delito.

### 3.1.1 Hipóteses de Incidência das Leis Penais

Esta função pode ser vista de duas formas. Primeiramente, serve como limitador do poder criativo do crime, já que o direito penal deve ser utilizado somente quando os demais ramos do direito mostrarem ineficazes na solução de conflitos. Secundariamente, como um meio a cominar a sanção proporcional e pertinente (ROBERTI, 2001, p. 73).

É importante consignar que o legislador no momento da criação de tipos penais deve atentar-se para o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, considerando um fato como crime somente se indispensável para a proteção de um bem jurídico relevante.

Contudo, o princípio da intervenção mínima não se limita à não tipificação de condutas, mas também deve ser observado pelo legislador quando da cominação da pena. A pena privativa de liberdade deve ser a última das sanções a ser cominada, já que não ressocializa o indivíduo, além do custo de sua execução ser bastante elevado para o Estado.

Roberti (2001, p. 82) afirma que o sistema penal, ao criminalizar condutas, apenando-se com penas privativas de liberdade exacerbadas e desproporcionais, está assinando não só sua própria decadência, mas também da sociedade que busca proteger, já que deixa de exercer sua função de defesa social para cumprir uma função simbólica em relação aos marginalizados.

Desta forma, procurando equilibrar o poder punitivo do Estado e a liberdade do indivíduo é que se tem as penas alternativas substitutivas (Lei nº 9.714/98), bem como a composição civil e a transação penal (Lei 9.099/95), evitando a aplicação da pena privativa de liberdade.

É importante ressaltar um ponto bastante controverso levantado pelo princípio da intervenção mínima, qual seja, a possibilidade da fixação da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal.

Há quem defenda esta possibilidade, e um dos argumentos favoráveis é que se o juiz pode rejeitar a promoção da ação penal com base no princípio da insignificância, poderia perfeitamente aplicar a pena a um patamar muito aquém do abstratamente previsto em decorrência de uma atenuante.

O argumento contrário à fixação da pena aquém do mínimo legal é no sentido de que a aplicação da pena deve obedecer tanto o teto máximo quanto o teto mínimo, e, caso fosse permitido a fixação da pena abaixo do mínimo legal em decorrência das atenuantes genéricas, também deveria se emprestar a mesma consequência às agravantes, ou seja, fixar a pena acima do teto previsto no tipo penal, de modo a privilegiar a igualdade.

Apesar dos dois entendimentos serem coerentes em seus argumentos, a melhor posição é a não possibilidade da aplicação da pena aquém do mínimo legal previsto em decorrência de uma agravante. O tratamento divergente em situações que requerem o mesmo raciocínio violaria o princípio da igualdade.

Outrossim, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade de votos reconheceu no Habeas Corpus n. 94439/RS, a impossibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal (Brasil, 2009).

Cumprido ressaltar que a cominação da pena deve obediência ao critério da necessidade e suficiência. Apesar de ser difícil estabelecer o que seria suficiente e

necessário no momento da cominação da pena, Oliveira (1997, p. 151) apud Roberti (2001, p. 86) ensina que:

[...] a pena deve ser *suficiente* para demonstrar a força da sociedade organizada contra o agente do crime que atentar contra um de seus bens fundamentais, ao mesmo tempo que não deve ultrapassar os limites do *necessário*, pois punir além da necessidade, representa atuação estatal iníqua, demonstradora de censurável prepotência.

Feitas essas considerações, verifica-se que o princípio da intervenção mínima deve ser observado no âmbito do Poder Legislativo para impedir criminalizações desnecessárias. Além disso, deve ser observado quando da cominação da pena a fim de que esta seja suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

### 3.1.2 Circunstâncias que desaconselhem a aplicação da lei penal

Esta segunda função nada mais é que identificar hipóteses que apesar da adequação da conduta à norma, exista circunstância que desaconselhe sua aplicação (LOPES, 1998, p. 403), pois a tipicidade não se esgota em um raciocínio de subsunção.

Para que exista a intervenção do direito penal é necessário analisar se houve, no caso concreto, efetiva violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora ou a probabilidade deste acontecimento, já que a intervenção do direito penal somente se justifica nos casos em que há ataques graves a bens jurídicos importantes (ROBERTI, 2001, p. 88).

É necessário verificar a respeito da existência de alguma causa excludente de antijuridicidade, ressaltando que “existem condutas consideradas justas pela consciência social, que não se encontram acobertadas pelas causas de exclusão da antijuridicidade, quando então estaríamos falando do princípio da adequação social como causa supralegal de exclusão de antijuridicidade da conduta” (ROBERTI, 2001, p. 90).

Verifica-se a causa supra legal de exclusão de antijuridicidade quando há um descompasso entre a conduta criminosa e o socialmente permitido de modo a existir uma justificativa que desaconselhe a sua aplicação.

O raciocínio jurídico que permite chegar à conclusão de que o princípio da adequação social é uma causa supralegal de exclusão de antijuridicidade é que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 4º prevê que “omissa a lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito” (Brasil, 2009,

p. 139), o que autoriza a utilização dos princípios gerais do Direito, como por exemplo, o princípio da adequação social para excluir a antijuridicidade da conduta, sem desprezar o princípio da legalidade.

### 3.1.3 Necessidade da incidência da consequência do delito

O princípio da intervenção mínima aponta para a necessidade de descriminalização e para a não tipificação de novas condutas. Entretanto, existe um lado ainda pouco explorado, mas bastante significativo, qual seja, o de que a pena também está sujeita à regra da mínima incidência.

Assim, surge a terceira função do princípio em estudo, que corresponde à redução da aplicação da pena privativa de liberdade, já que a liberdade deve ser o último bem jurídico a ser sacrificado.

Beccaria (1999, p. 107) afirmou que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei”.

Segundo Barros (1996, p. 210) apud Roberti (2001, p. 95):

[...] a *adequação* traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da *necessidade* é que a medida restritiva seja indispensável a conservação do próprio ou do outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela *proporcionalidade em sentido estrito*, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.

A jurisprudência tem se manifestado neste sentido. Senão vejamos.

REGIME PRISIONAL - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE STRICTO SENSU) - CABIMENTO. O regime prisional deve ser fixado em consonância com o princípio da proporcionalidade, justificando-se a intervenção mínima do Estado no direito fundamental do cidadão (TJSP – Apelação 993050742830 – Relator Willian Campos. Data do Julgamento 02/06/2009 – Data de Registro 03/07/2009).

Desta forma, para aplicação de uma pena adequada é necessário o respeito aos seguintes princípios: adequação, necessidade, individualização da pena,

proporcionalidade, finalidade da pena, dignidade da pessoa humana e intervenção mínima.

Oportuno consignar que a pena privativa de liberdade não cumpre com todas as finalidades da pena, respeitando somente uma de suas funções, que é a de retribuição.

Frequentemente são divulgados os efeitos negativos da pena privativa de liberdade, que em nada contribui para o desenvolvimento de valores e para a ressocialização do delinquente, funcionando mais como uma máquina de crime do que um meio para combatê-lo.

Assim, mostra-se necessário a escolha de uma medida alternativa que venha a impedir a aplicação da pena privativa de liberdade, sendo que um dos processos aptos a alcançar este objetivo é o das penas alternativas.

No entanto, às vezes a aplicação da pena privativa de liberdade mostra-se inevitável, já que em algumas situações representa a alternativa mais indicada para o caso concreto, a qual deverá ser a menor das penas aplicáveis, a fim de buscar alcançar as funções do direito penal e o respeito aos direitos fundamentais.

#### 4 DESCRIMINALIZAÇÃO

A sociedade está presa à concepção de que a solução para os problemas é a criação de novas leis penais, crescendo desmedidamente o número de condutas típicas. A fim de deter esta inflação penal, surgem as medidas descriminalizadoras e despenalizadoras, as quais mostram-se adequadas ao princípio da intervenção mínima.

As Regras de Tóquio, denominadas oficialmente *Regras Mínimas das Nações Unidas*, trazem regras expressas quanto ao princípio da intervenção mínima, defendendo que “a utilização de medidas não-privativas de liberdade deve ser parte do movimento em prol da despenalização e discriminação, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido”.

A Resolução nº 05 de 19 de julho de 1999, que dispõe sobre as diretrizes básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências, também estabelece em seus artigos 4º e 5º uma vinculação entre o princípio da intervenção mínima e as medidas descriminalizadoras e despenalizadoras.

A diretriz prevista no artigo 4º é a de “defender o instituto das penas

alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio*” e a prevista no artigo 5º consiste na iniciativa de “apoiar a descriminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do direito penal” (BRASIL, 2010).

A fim de conhecer a respeito destas medidas, passemos a conceituá-las, lembrando que não existe um acordo entre os autores.

Segundo Cervini (1995, p. 72-74), a descriminalização pode manifestar-se sob três formas:

1) descriminalização formal, *de jure*, ou em sentido estrito: há a eliminação de toda a ilicitude, considerando legalmente e socialmente a conduta descriminalizada. Assim, impõe-se a retirada da norma do sistema penal.

Outras vezes, esse tipo de descriminalização corresponde a uma abstenção do Estado, deixando as pessoas diretamente interessadas na resolução do conflito (autocomposição).

2) descriminalização substitutiva: apesar do comportamento perder a antijuridicidade penal, não se torna legal e desejável. O que existe é a necessidade da “readaptação jurídica da norma, transferindo-a da esfera penal para outra de grau de ilicitude inferior de modo a enxugar o direito penal” (LOPES, 1998, p. 408).

As penas são substituídas por sanções de caráter não penal, posto que os crimes de pouca gravidade são transformados em ilícitos civis e infrações administrativas.

As razões que podem dar lugar ao tipo de descriminalização substitutiva derivam da íntima convicção do legislador de que os custos sociais da criminalização são maiores do que os benefícios. Em outra hipótese, a descriminalização desse tipo ocorre porque considera-se mais apropriada uma resposta alternativa (CERVINI, 1995, p. 73).

3) descriminalização de fato: apesar de formalmente a conduta ser considerada um ilícito penal, o sistema penal deixa de funcionar, eliminando a aplicação da pena. Há quem coloca a descriminalização de fato como forma de despenalização.

Importante consignar que na descriminalização de fato, que está diretamente vinculada ao princípio da adequação social, muito embora uma conduta permaneça típica no ordenamento jurídico, a sociedade

em geral não atribui a ela caráter delitivo. Esse processo de descriminalização, por vezes acarreta um ato de descriminalização formal, o que é perfeitamente compreensível, na medida em que a fonte originária do Direito Penal é a consciência do povo e, portanto, se esta não mais atribui ilicitude a um determinado comportamento social, não existe razão para que o ordenamento jurídico o mantenha como criminoso (ROBERTI, 2001, p. 139).

Para o próprio Comitê Europeu (1980) apud Cervini (1995, p. 75) a descriminalização de fato consiste no “fenômeno de redução (gradual) das atividades do sistema de justiça penal diante de certas formas de comportamento ou de certas situações, desde que não tenha havido mudanças na competência formal do sistema”.

Roberti (2001, p. 141) defende a descriminalização das contravenções penais, afirmando que “ao analisarmos os tipos contravençionais, temos a certeza de que eles, ou pelo menos a sua grande maioria, impõem concepções morais, comportamentos esses que sequer são reprovados pela sociedade”.

Neste mesmo sentido são os ensinamentos de Nucci (2008, p. 31):

Não se pode sustentar que, atualmente, torna-se relevante utilizar o Direito Penal como *ultima ratio* para punir condutas como “arremessar ou derramar em via pública, ou lugar de uso comum, ou de uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém” (art. 37 da LCP). Derramar algo na via pública com a potencialidade de sujar alguém é algo insípido para o cenário criminal. Possa se manter tal figura, querendo, como mera infração administrativa, sujeita à simples multa e nada mais. Porém, movimentar a máquina judiciária, ainda que se trate do Juizado Especial Criminal, é deveras ousado para tal contravenção”. Há vários outros exemplos como “emissão de fumaça, vapor ou gás” (art. 38); “provocação de tumulto ou conduta inconveniente” (art. 40); “perturbação do trabalho ou do sossego alheio” (art. 42); “vadiagem” (art. 59) e “mendicância” (art. 60).

Portanto, segundo o princípio da intervenção mínima, é necessário a descriminalização, já que o direito penal deve tipificar somente condutas de efetiva nocividade social, ou seja, que gerem dano ou perigo efetivo de dano a um bem jurídico relevante. Assim, delitos que perderam sua relevância penal em decorrência dos padrões sociais devem ser retirados do ordenamento jurídico, garantindo-se a dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

## 5 DESPENALIZAÇÃO

Nem sempre é fácil traçar uma linha divisória entre descriminalização e despenalização, já que é comum fazer a correlação entre delito e pena.

“Por despenalização entendemos o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal” (CERVINI, 1995, p. 75).

Segundo Gomes (1999, p. 57) apud Roberti (2001, p. 144):

[...] despenalizar significa adotar institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução.

A expressão despenalização transmite a ideia de deixar de penalizar, contudo, não é esse o seu verdadeiro sentido.

A despenalização consiste em evitar ao máximo a aplicação da pena privativa de liberdade, executando a pena de forma alternativa ao encarceramento, já que ao contrário do que se espera “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes permanece estável, ou, ainda pior, aumenta” (FOUCALT, 1999, p. 221).

O Comitê do Conselho Europeu (1980) apud Cervini (1995, p. 75/76):

[...] inclui neste conceito toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais; prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais.

A legislação penal, seguindo o princípio da intervenção mínima, visou a aplicação de sanções mais justas e eficazes aos crimes de pequena e média potencialidade, instituindo os chamados substitutivos penais.

Os substitutivos penais são meios de que se vale o legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal seja aplicada pena privativa de liberdade. Têm por objetivo substituir a pena privativa de liberdade já aplicada e estimular a reintegração social do condenado. Dentre eles, é possível destacar as penas restritivas de direito.

O Decreto Lei nº 2.848, de 1940, que deu origem ao Código Penal vigente previa três espécies de pena restritiva de direito: “As penas restritivas de direito são: I –

prestação de serviço a comunidade; II – interdição temporária de direitos; III – limitação de final de semana (art. 43, CP).

A Lei nº 9.714/98 veio a consolidar as penas restritivas de direito, alterando os artigos 43 e seguintes do Código Penal, acrescentando a prestação pecuniária, perda de bens e valores e prestação de serviços a entidades públicas.

Assim, posteriormente à Lei nº 9714/1998 as penas restritivas de direito passaram a ser: prestação pecuniária (art. 43, I e 45, §§1º e 2º, CP); perda de bens e valores (art. 45, §3º); prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas (art. 46, CP); interdição temporária de direitos (art. 47, CP), que abrange: proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo (art. 47, I e 56 CP); suspensão de autorização ou habilitação para dirigir (art. 57); proibição de frequentar determinados lugares e limitação de fim de semana (art. 48).

Dentre os exemplos do princípio da intervenção mínima merece destaque o artigo 51 do Código Penal, já que a Lei 9.268/96 deu-lhe nova redação, evitando a aplicação indiscriminada da pena privativa de liberdade (BRASIL, 2009, p. 333-334).

Anteriormente à Lei 9.268/96, o artigo 51 do Código Penal estabelecia: “a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução” (BRASIL, 2010).

Nesta linha, o parágrafo 1º previa que a cada dia-multa corresponderia um de detenção, não podendo ser superior a um ano, e o segundo estabelecia que a conversão da pena de multa em detenção poderia ser revogada, a qualquer tempo, se a multa fosse paga (BRASIL, 2010).

Ainda, foi revogado pela Lei n. 9.268/96 o artigo 182 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 2009, p. 983).

Hoje, estabelece o artigo 51 do Código Penal: “transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” (BRASIL, 2009, p. 334).

Desta forma, posteriormente à Lei n. 9.268/96, a pena de multa passou a ser considerada a dívida ativa da Fazenda Pública. Assim, a pena de multa perdeu o caráter de sanção penal, medida essa adequada ao princípio da intervenção mínima.

Cumpramos ressaltar, ainda, a existência de processos despenalizadores que visam evitar ou restringir a pena de prisão. Em nosso ordenamento jurídico é possível destacar os seguintes exemplos: sursis (art. 77, CP); livramento condicional; regime aberto ou semi aberto da pena de prisão, prisão domiciliar (art. 117, LEP), remição de pena pelo trabalho; anistia, graça e indulto (art. 107, II, CP) (ROBERTI, 2001, p. 147).

Neste contexto, é impossível deixar de mencionar sobre a Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/95, que representa uma tentativa de inserir o Estado na concepção menos intervencionista, visando dificultar a aplicação da pena privativa de liberdade e até mesmo a instauração ou prosseguimento do processo.

A lei remeteu aos juizados especiais todos os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”, nos termos do art. 61 (BRASIL, 2009, p. 1107).

Na tentativa de evitar as prisões para os delinquentes não habituais e menos perigosos, a Lei do Juizado Especial Criminal trouxe medidas despenalizadoras como a composição civil (artigo 72), que representa uma possibilidade das partes conciliarem e de compor o dano; transação penal (artigo 76), que é a possibilidade do Ministério Público *negociar* o não processo; representação nas lesões corporais leves e culposas (artigo 88) e a suspensão condicional do processo (artigo 89), situação em que o processo será suspenso por determinado período (BRASIL, 2009, p. 1107-1108).

Assim, as normas penais acima referidas determinam exemplos de medidas despenalizadoras adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, que têm por finalidade reparar o dano sofrido pela vítima, bem como evitar o encarceramento, tornando a solução do litígio mais rápida e eficaz.

A partir dessas considerações, verifica-se que são vários os exemplos do princípio da intervenção mínima em nosso ordenamento jurídico.

A opção por medidas de mínima intervenção estatal produz resultados positivos, já que se torna possível conciliar no caso concreto o poder punitivo e o respeito aos direitos fundamentais.

## 6 RAZÕES PARA A ADOÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

O direito penal mínimo representa o meio termo entre dois extremos: o abolicionismo penal e o direito penal máximo.

O abolicionismo penal propõe a extinção de todo o sistema penal, extinguindo os delitos, as penas, o Poder Judiciário, Ministério Público, polícia, penitenciárias, etc.

Os defensores do abolicionismo penal entendem que o Estado tem por fim proteger a sociedade, mediante meios que importem a própria abolição do direito penal e que a prisão representa um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem que ofenda a dignidade do ser humano (GRECO, 2005, p. 11).

Contudo, é inviável deixar para outros ramos do direito o tratamento de condutas como o latrocínio e o homicídio. Assim, é evidente que este movimento de política criminal é inaplicável em nossa sociedade, pois há situações que requerem a intervenção estatal.

Em contrapartida, há o movimento de Lei e Ordem, que surgiu nos Estados Unidos a partir dos anos setenta como reação ao crescimento da violência. Defende a criação de novos tipos penais e a atribuição de maior severidade às penas como formas de combater a criminalidade.

A política de tolerância zero é baseada no Movimento de Lei e Ordem, que pretende que o direito penal proteja todos os bens jurídicos, independentemente de sua relevância. Para que uma conduta seja considerada uma infração penal basta a vontade do legislador.

Segundo Lyra (1955, p. 159) apud Roberti (2001, p. 109) o direito penal máximo defendido pelo movimento de Lei e Ordem é baseado na seguinte ideologia:

[...] a pena se justifica como castigo e retribuição; os chamados crimes atrozos sejam punidos com penas severas e duradouras (morte e privação da liberdade longa); as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; a prisão provisória tenha o seu aspecto ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; haja diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.

Resumindo para o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem jurídico. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e

não como *ultima ratio*, cumprindo um papel educador e repressor, criminalizando todas as condutas tidas como socialmente intoleráveis (GRECO, 2005, p. 20).

Feitas essas considerações, mencionamos as razões para a adoção de um penal mínimo, dentre elas:

1. o direito penal representa a forma mais desastrosa de intervenção na vida dos cidadãos, por este motivo deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve intervir somente quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes para a solução dos conflitos (princípio da subsidiariedade). Esta proteção penal não pode ser ampliada a ponto de abranger todos os tipos de lesões possíveis, já que viver é um risco permanente e não corresponde à função do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos (TOLEDO, 1987, p. 17);

2. somente lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos relevantes deve receber a proteção do direito penal (princípio da fragmentariedade);

3. as condutas a serem criminalizadas não devem ofender ou colocar em perigo bens fundamentais para a sociedade ou o indivíduo (princípio da ofensividade), excluídas de qualquer possibilidade de incriminação aquelas ofensas (ou riscos) de pouca importância, nas quais subsiste uma escassa ofensa (princípio da insignificância). Estes dois princípios decorrem do caráter fragmentário do direito penal (BIANCHINI, 2002, p. 141);

4. ainda que não exista outro meio menos gravoso que possa ser utilizado, o direito penal há que se mostrar capacitado para alcançar o fim a que se destina, que é de reduzir a violência (princípio da adequação);

5. não se deve supervalorizar o direito penal, já que o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador ao suporem que, com a edição de novas leis penais mais severas, será possível resolver o problema complexo da criminalidade. Essa concepção do direito penal é falsa, pois logo se revela inútil diante do incremento descontente da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias (TOLEDO, 1987, p. 05);

6. a Constituição Federal prevê direitos e deveres ao garantir a integridade

peçoal contra a tortura e ao tratamento desumano ou degradante, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, o respeito à integridade física e moral do preso, dentre outros. Desta forma, para que estes direitos sejam respeitados, não há outra forma, senão a utilização de um direito penal mínimo;

7. a pena privativa de liberdade corresponde a um mal necessário para os delinquentes perigosos e que necessitam ser afastados da sociedade. Entretanto, deve ser evitada ao máximo, porque não repara a situação fática anterior. Além disso, “admitir a eficácia ressocializadora da prisão é desconhecer a realidade dos fatos” (ROBERTI, 2001, p. 47);

8. ao Estado cumpre solucionar os problemas da sociedade, compatíveis com os direitos do cidadão, sem se esquecer dos objetivos fundamentais de segurança da sociedade, de prevenção e de repressão do crime e de recuperação do delinquente, valendo para o alcance destes objetivos de um direito penal mínimo (ROBERTI, 2001, p. 154);

9. a criminalização desmedida de condutas gera consequências e efeitos negativos como, por exemplo, a chamada inflação legislativa, acarretando insegurança e incerteza jurídica. A insegurança decorre da impossibilidade de conhecimento de todas as leis e a incerteza do conflito aparente de normas;

10. enfraquece o direito penal a criminalização de condutas não detentoras de ofensividade, ou que a possuem em reduzida cota, já que a sua punição acaba servindo para que o sistema repressivo seja visto como iníquo, gerando desencontro entre a expectativa social e a norma penal. (BIANCHINI, 2002, p. 143);

11. o direito penal mínimo é dotado de certeza e racionalidade, já que o poder punitivo é limitado e obediente aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o direito penal deve ser orientado pelo princípio da intervenção mínima para que seja racional, justo e adequado aos ditames constitucionais, já que a função do Estado e do Direito representam uma só e mesma função.

É necessário desmistificar o entendimento que a criação descriteriosa de tipos penais e a atribuição de maior severidade às penas representam solução para o problema da criminalidade, caso contrário haverá um retrocesso em relação a muitas conquistas.

Outras funções do direito penal, que não de retribuição, precisam ser

conhecidas e seguidas, de forma a viabilizar um direito penal mínimo pautado em princípios constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual fenômeno da violência que atinge proporções alarmantes, a sociedade influenciada pela mídia tende a visualizar o direito penal como verdadeiro *salvador da pátria*, ou seja, como meio capaz de solucionar todos os problemas.

Entende-se que a única forma de reduzir a violência e a criminalidade é criar mais e mais condutas típicas e atribuir maior severidade às penas.

Todavia, a análise mais aprofundada da doutrina revela que este pensamento não condiz com a realidade.

Em virtude do Estado possuir a pretensão punitiva e ao mesmo tempo ter a incumbência de tutelar a liberdade do imputado autor do crime, é necessária a adoção de um direito penal que, mesmo diante deste conflito, seja capaz de alcançar o equilíbrio.

O direito penal mínimo corresponde ao único modelo capaz de garantir que o poder punitivo seja exercido com seriedade, preservando os direitos sociais sem colocar em jogo os direitos fundamentais de cada um, evitando assim a ocorrência de injustiças.

O princípio da intervenção mínima, fundamento de um direito penal mínimo, corresponde a um mandamento obrigatório, já que decorre da inviolabilidade da liberdade, prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal e da necessidade de respeitar a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, a criminalização somente deve existir se constituir meio necessário para a proteção de um bem jurídico relevante, já que a criação desmedida de condutas típicas gera consequências e efeitos negativos como, por exemplo, a chamada inflação legislativa, o conflito aparente de normas e a insegurança decorrente da impossibilidade de conhecimento de todas as leis.

Assim, em casos de eliminação da ilicitude, readaptação jurídica da norma penal ou aceitação social da conduta criminosa, apesar de formalmente típica, será necessária a adoção de medidas descriminalizadoras (descriminalização formal, substitutiva e de fato).

Outrossim, a pena privativa de liberdade deve ser evitada ao máximo, já que

além de não contribuir para a ressocialização do delinquente, a restrição ou privação de direitos somente se legitima se a sanção penal for estritamente necessária para tutelar outros bens de grande importância.

Por esta razão, medidas despenalizadoras devem ser adotadas, ou seja, deve-se evitar ao máximo a aplicação da pena privativa de liberdade, sendo vários os exemplos deste instituto no ordenamento jurídico.

É preciso deixar de supervalorizar o direito penal, já que o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais.

É necessário desmistificar o entendimento de que a criação descriteriosa de tipos penais e a atribuição de maior severidade às penas representam solução para o problema da criminalidade, uma vez que não são meios suficientes para convencer o infrator a desistir de suas ações criminosas.

Outras funções do direito penal, que não de retribuição, precisam ser conhecidas e seguidas, de forma a viabilizar um direito penal mínimo pautado em princípios constitucionais.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o princípio da intervenção mínima está adequado aos ideais da Constituição Federal, funções do direito penal e fundamentos da pena, representando um modelo de direito penal justo e adequado.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009. 1874 p.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Resolução n. 05 de 19 de julho de 1999**. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências. Disponível em: [www.portal.mj.gov.br](http://www.portal.mj.gov.br). Acesso em: 20 mar. 2010.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir: História da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1.

FRANÇA (País). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 02 de outubro de 1789**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima**. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 757, p. 402/411, nov. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004,

v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A intervenção mínima no âmbito do direito penal e o estado democrático de direito.** Prática Jurídica, ano VII, nº 81: Consulex, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal.** 3. ed. São Paulo.: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) de 14 de dezembro de 1990.** Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Regras%20Minimas%20das%20Nacoes%20Unidas%20Regras%20de%20Toquio.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2010.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação em Ação Penal n. 993061394936.** Relator: Willian Campos. São Paulo, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acesso em: 28 mar. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.