

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**MARIELEN PAURA ORLANDO**

**O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL**

MARÍLIA  
2010

MARIELEN PAURA ORLANDO

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA

MARÍLIA  
2010

Orlando, Marielen Paura

O princípio da intervenção mínima no direito penal / Marielen Paura Orlando; orientador: Jairo José Gênova. Marília, SP: [s.n.], 2010.

95 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Direito Penal. 2. Princípio da Intervenção Mínima. 3. Descriminalização. 4. Despenalização.

CDD: 341.501



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Marielen Paura Orlando**

RA: 36373-1

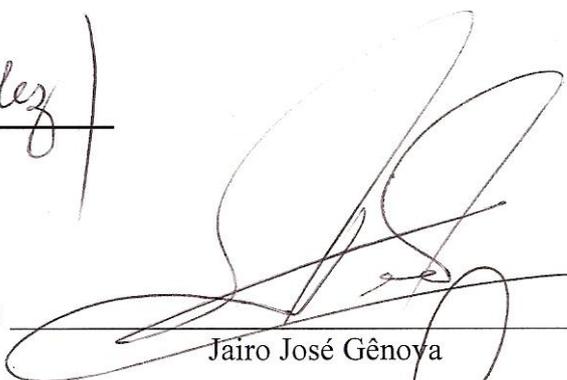
## O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

10,0 (dez)

ORIENTADOR(A):

  
Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR(A):

  
Carlos Ricardo Fracasso

2º EXAMINADOR(A):

  
Rodolfo Fares Paulo

Marília, 28 de junho de 2010.

*A Deus, por estar sempre guiando meus passos e me protegendo.*

*À minha querida mãe, por constituir admirável enquanto essência e nunca ter medido esforços em minha educação. Obrigada por estar ao meu lado nos momentos alegres e me amparar nos momentos difíceis. Agradeço por tudo e perdoe-me pelas horas de que a privei.*

*À memória de meu pai, pois, apesar do pouco tempo que pude desfrutar de sua presença, foi o suficiente para transmitir-me bons princípios e boas lembranças.*

*Ao meu orientador, Jairo José Gênova, que considero como um espelho pela sua sabedoria, simplicidade, eficiência e dedicação. Obrigada pela amizade e pela orientação enriquecedora e pertinente para a conclusão deste trabalho.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela força espiritual.

À minha mãe, pelo amor incondicional e por acreditar em minha capacidade.

Ao meu orientador Jairo José Gênova, pela notável capacidade intelectual que em muito contribuiu para a qualidade deste trabalho.

À amiga Mariana Baruel de Moura, pela verdadeira amizade construída durante os anos de faculdade. Obrigada pela fidelidade, sinceridade, companheirismo, carinho e lealdade, bem como pelas palavras dóceis e sábias nos momentos difíceis.

À amiga Cíntia Tukasan, por estar sempre honrando os atributos de uma verdadeira amizade. Agradeço pelo companheirismo e pelos momentos agradáveis que passamos juntas.

À amiga Bruna Pinotti Garcia, pela amizade e pertinentes sugestões que em muito contribuíram para enriquecer este trabalho.

A DD. Representante do Ministério Público Rita de Cássia Bérnago, pelas leituras, análises, pelos conselhos e pelas críticas, sempre muito enriquecedoras. Agradeço pelo carinho e atenção.

Agradeço, outrossim, a todos os professores e funcionários da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha – Univem, em especial os funcionários da biblioteca, sempre tão prestativos.

Por fim, agradeço a todos os amigos e familiares que, de alguma forma, contribuíram para o desfecho deste trabalho.

*“O melhor dos mestres é o estudo; e a melhor das disciplinas, o trabalho. Estudo, trabalho e talento são a tríplice arma com que se conquista o triunfo”. (Machado de Assis)*

ORLANDO, Marielen Paura. **O princípio da intervenção mínima no direito penal**. 2010. 95 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o princípio da intervenção mínima, seus fundamentos, conseqüências 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:** Direito Penal. Princípio da Intervenção Mínima. Descriminalização. Despenalização.

ORLANDO, Marielen Paura. **O princípio da intervenção mínima no direito penal.** 2010. 95 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

#### 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' fundamentals, 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 of being free of the author of the criminal infringement. It is certain that the 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 other 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:** Criminal Law, Principle of Minimum Intervention, Decriminalization, Legalization.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	11
1.1 Breve Evolução Histórica das Idéias Penais.....	11
1.1.1 Período Primitivo ou Direito Penal Primitivo .....	11
1.1.1.1 Fase da Vingança Privada.....	11
1.1.1.2 Fase da Vingança Divina.....	12
1.1.1.3 Fase da Vingança Pública.....	12
1.1.2 Período Humanitário .....	12
1.1.3 Período Criminológico .....	14
1.2 Funções do Direito Penal.....	15
1.2.1 Teorias da Pena.....	18
1.3 Bem Jurídico-Penal .....	22
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	27
2.1 Conceito de Princípios.....	27
2.1.1 Princípios Constitucionais .....	30
2.1.2 Princípio e Regra .....	31
2.2 Princípio da Legalidade .....	33
2.2.1 Princípio da Legalidade Formal e seus Respectivos Corolários.....	34
2.2.1.1 Princípio da Reserva Legal.....	34
2.2.1.2 Princípio da Taxatividade.....	35
2.2.1.3 Princípio da Irretroatividade .....	37
2.2.2 Princípio da Legalidade Material e seus Respectivos Corolários.....	38
2.2.2.1 Princípio da Ofensividade ou Lesividade .....	38
2.2.2.2 Princípio da Adequação Social.....	39
2.2.2.3 Princípio da Proporcionalidade.....	40
2.2.2.4 Princípio da Fragmentariedade e da Subsidiariedade.....	42
2.2.2.5 Princípio da Insignificância .....	43
CAPÍTULO 3 – O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA .....	48
3.1 Conceito e Origem.....	48
3.2 Funções do Princípio da Intervenção Mínima.....	50
3.2.1 Hipóteses de Incidência das Leis Penais .....	51
3.2.2 Circunstâncias que Desaconselhem a Aplicação da Lei Penal.....	53
3.2.3 Necessidade da Incidência da Conseqüência do Delito.....	54
3.3 Legislação Penal Excessiva .....	56
3.4 Descriminalização e Despenalização.....	58
3.4.1 Descriminalização .....	58
3.4.2 Despenalização .....	60
3.5 Críticas ao Direito Penal Mínimo.....	63
3.6 Razões para a Adoção de um Direito Penal Mínimo.....	64

CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	68
REFERÊNCIAS .....	70
ANEXOS .....	74

## 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 sem 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 conseqüências e exemplos dentro do direito penal.

Para compreensão do tema, portanto, o primeiro capítulo abordou de forma breve a evolução histórica das idéias penais, as funções do direito penal, teorias da pena e as considerações referentes ao bem jurídico penal.

Já o segundo, abordou a questão dos princípios penais constitucionais, ressaltando seu conceito, sua importância e suas diferenças com as regras, bem como suas funções dentro do ordenamento jurídico. Aqui, foi analisado, também o princípio da legalidade em seu aspecto formal e material. No aspecto formal, foram observados os seguintes princípios: da reserva legal, da taxatividade e da irretroatividade. Já no aspecto material, foram abordados os

princípios da ofensividade ou lesividade, da adequação social, da proporcionalidade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da insignificância.

Finalmente, no terceiro capítulo, buscou-se destacar o significado do princípio da intervenção mínima, o contexto de seu surgimento e suas funções.

Este capítulo também abordou questões referentes à descriminalização e suas formas no ordenamento jurídico, assim como os conflitos que a criação de um enorme número de leis pode resultar. Posteriormente, a análise incidiu sobre o conceito de despenalização e seus exemplos dentro do ordenamento jurídico.

Por fim, buscou-se apontar as críticas referentes ao direito penal orientado pelo princípio da intervenção mínima e estabelecer as razões para sua adoção, de modo a comprovar que este modelo está adequado ao perfil político constitucional adotado pelo Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Cumprido consignar que o tema é bastante amplo, não tendo este trabalho a pretensão de esgotar toda a matéria, mas efetuar a abordagem dos principais aspectos que envolvem este tema tão polêmico e em roga nas discussões jurídicas, o que aponta, desde já, a relevância da pesquisa desenvolvida.

## CAPÍTULO 1 – LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

### 1.1 Breve Evolução Histórica das Idéias Penais

É inquestionável a importância dos estudos da história do direito penal para a compreensão do Direito vigente, já que a conotação que o direito penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos (BITENCOURT, 2006, p. 35).

Noronha (1999, p. 20) afirma que “a história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”. Entretanto, o direito penal como sistema orgânico de princípios é conquista da civilização e não advém dos tempos primitivos.

Segundo Noronha (1999, p. 20-27), o estudo da história do direito penal pode ser dividido em três períodos bem distintos: primitivo, humanitário e criminológico.

#### 1.1.1 Período Primitivo ou Direito Penal Primitivo

O período primitivo teve início com a própria história da humanidade e terminou com a Revolução Francesa. Esse período é dividido em três fases: fase da vingança privada; fase da vingança divina; e fase da vingança pública.

##### 1.1.1.1 Fase da Vingança Privada

Nesta fase, cometido um crime, surgia a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), entretanto, o revide não guardava proporção com a ofensa, ocorrendo lutas que não atingiam somente o ofensor, mas também todo o seu grupo.

Se o transgressor fosse membro do grupo, podia ser punido com a *expulsão da paz*, que é o banimento, e, por ficar a mercê de outros grupos, seu futuro seria invariavelmente a morte. Todavia, se o transgressor pertencesse a outra tribo, a reação era a da *vingança de sangue*, ocorrendo lutas, movidas pelo grupo ofendido em relação àquele a que pertencia o ofensor, acabando por ocorrer o enfraquecimento de um dos grupos e sua conseqüente eliminação.

Na tentativa de evitar a dizimação das tribos, surge, então, como primeira conquista no terreno repressivo, a Lei de Talião, que determinava a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*.

Vale ressaltar que a Lei de Talião não é pena, mas um sistema punitivo, representando um avanço para a história do direito penal, uma vez que mitigou a abrangência da ação punitiva e representou a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.

Conquista igualmente importante foi a composição, em que o ofensor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade. O pagamento era feito para o ofendido ou para sua família por meio de moedas, gado, vestes, armas, entre outros, garantindo, assim, a impunidade. A pena de multa vigente no Código Penal de 1940 é um exemplo de composição.

### **1.1.1.2 Fase da Vingança Divina**

Nesta fase, vigora o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, que tinha a função de purificar a alma do criminoso por meio do castigo para que pudesse alcançar a bem-aventurança (NORONHA, 1999, p. 21).

A repressão ocorre para satisfazer a divindade, ofendida pelo crime. O castigo por delegação divina era usado pelos sacerdotes que aplicavam penas severas e cruéis, almejando a intimidação.

### **1.1.1.3 Fase da Vingança Pública**

Com a evolução da organização social, o Estado assume o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, existindo identidade entre poder divino e poder político.

O objetivo nesta fase é dar maior estabilidade ao Estado, visando à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel, mantendo a característica de vingança.

Predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas, o sigilo do processo, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e ignorando os direitos do ser humano (NORONHA, 1999, p. 24).

Em nenhuma das fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual, que somente a partir das conquistas do Iluminismo passou a integrar os mandamentos mais caros do direito penal (BITENCOURT, 2006, p. 38).

Nesta fase, verifica-se que, embora de caráter público, a pena mantinha a característica de vingança.

## **1.1.2 Período Humanitário**

Os rigores e excessos da legislação criminal e a crueldade das penas em meados do século XVIII vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de idéias que têm por fundamento a razão e a humanidade (BITENCOURT, 2006, p. 47).

As leis em vigor inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. A reforma dessa situação não podia esperar mais (BITENCOURT, 2006, p. 47).

Precusores dessas idéias foram os filósofos franceses, denominados enciclopedistas, dentre os quais se destacam Jean Jacques Rousseau, François-Marie Arouet Voltaire e Charles Louis de Secondat (Barão de Montesquieu).

Foi nesse ambiente que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, publica na Itália, em 1764, o livro *Dei Delitti e delle Pene* (Dos Delitos e das Penas). Com receio das represálias que as idéias reformistas pudessem acarretar, a primeira edição foi publicada anonimamente.

O autor Beccaria firmou em sua obra *Dos Delitos e das Penas* os postulados básicos do direito penal Moderno, dos quais o autor Mirabete (2004, p. 38-39) menciona os seguintes:

1) os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis;

2) só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente;

3) as leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos;

4) a prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e de sua autoria;

5) devem ser admitidas em Juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados;

6) não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso;

7) não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade;

8) a pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinqüente.

Os iluministas entendiam que o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva, por isso, faziam severas críticas aos excessos da legislação penal.

Beccaria “constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior” (BITENCOURT, 2006, p. 49), sendo, assim, muito importante para a reforma penal dos últimos séculos.

### 1.1.3 Período Criminológico

O movimento criminológico do direito penal iniciou-se com os estudos do médico italiano e professor César Lombroso.

Em 1875, Lombroso escreve seu livro *L'uomo delinquente*, expondo seus pensamentos e abrindo uma nova etapa na evolução das idéias penais; seus estudos consideram o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, procurando entender o delinquente do ponto de vista biológico.

Assim, em virtude de reconhecer o crime como consequência de múltiplas causas, ampliou a tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético.

As idéias de Lombroso podem ser resumidas, segundo Mirabete (2004, p. 40-41), nos seguintes pontos:

- 1) o crime é um fenômeno biológico em que a pessoa já nasce delinquente;
- 2) o criminoso nato apresenta características físicas e morfológicas específicas como assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, orelhas em forma de asa, cabelos abundantes, barba escassa, etc;
- 3) o criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, preguiçoso;
- 4) a causa da degeneração que leva ao nascimento do delinquente é a epilepsia, que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas;
- 5) existe a *loucura moral*, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, entretanto, o senso moral;
- 6) em virtude do crime ser um fenômeno biológico, o criminoso deve ser tratado e não punido.

Entretanto, Lombroso reconhece que é possível encontrar pessoas que não são criminosas, mas que possuam alguma das características acima elencadas.

Assim, Lombroso inicia o estudo da pessoa do delinqüente (antropologia criminal), procurando investigar as causas que levavam ao delito, buscando também os meios curativos ou tendentes a evitar o crime.

## **1.2 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.

Cumprir ressaltar que, para a atuação do direito penal, é necessária 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 Mirabete (2004, p. 21), dá-se o nome de direito penal “à reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança”.

No mesmo direcionamento, Jesus (2002, p. 05) define o direito penal como “[...] o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, 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?

É, portanto, importante abordar as funções do direito penal para compreender a complexidade de seus institutos.

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, sendo 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 a

assegurar a sociedade e os valores significativos da vida para o corpo social; esta é adotada por Fragoso (2003, 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. É adotada por Capez (2005, p. 01), que ensina:

A missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consigna o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

Entretanto, sabemos que a função do direito penal está relacionada à 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 essa 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 violenta 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 artigo 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, mais 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 idéia 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 (artigo 1º, CF).

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).

### **1.2.1 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).

Importante frisar que as penas regem-se pelo princípio da necessidade e da proporcionalidade, que, por sua vez, decorrem do princípio da intervenção mínima. Esses princípios serão analisados no segundo capítulo de forma mais detalhada.

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 vêem 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 freqüentes 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 delinqüente, bem como de qualquer finalidade preventiva;

3) desconsidera as limitações inerentes a 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 delinqüente;

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.

Ainda neste sentido, são os ensinamentos de Bruno (1976, p. 24):

Importa mais criar uma consciência em que imperativos de um comportamento conforme ao dever sufoquem possíveis impulsos de realização criminosa. Então, já não são precisos os efeitos da ameaça penal para a preservação de uma atitude infensa à prática de fatos puníveis. A indivíduos assim fundamentalmente ajustados às normas da vida social, de constituição orgânica equilibrada, com uma personalidade sem problemas, a ação preventiva de ameaça penal é desnecessária. Basta-lhes a consciência do dever e o respeito à estima pública para desviá-los de fatos contrários às normas de Direito. Mas há os desajustados e impulsivos, naturalmente inclinados a graves desvios de comportamento, que mesmo a ameaça penal dificilmente será capaz de deter diante do crime.

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 delinqüente” (QUEIROZ, 2008, p. 38).

Ademais, a prevenção geral positiva pretende proteger a vigência de valores éticos, bem como incutir na sociedade o sentimento de tranqüilidade, 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 à função 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 delinqüente, 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.

### **1.3 Bem Jurídico-Penal**

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal deve proteger os bens jurídicos mais importantes, por isso é preciso saber a origem da teoria do bem jurídico e o seu conceito para, posteriormente, verificarmos suas funções e os critérios para classificarmos, de fato, como bem jurídico-penal.

Foi a partir das idéias iluministas que a teoria do bem jurídico se desenvolveu e se projetou no direito penal. A passagem de um Estado Absolutista para um Estado Liberal fez com que a teoria do bem jurídico-penal ganhasse a importância que merecia, visto ser uma garantia do cidadão aceitar a criação de tipos penais incriminadores pelo Estado somente quando um bem jurídico estivesse sendo por ele protegido. Isso significa que o tipo penal passaria a exercer uma função seletiva de bens jurídicos, necessários à manutenção do corpo social (GRECO, 2005, p. 72).

O conceito de bem jurídico pode ser estático ou dinâmico. Se considerado estático, fácil será sua definição; entretanto, se considerado dinâmico, difícil será encontrar uma definição precisa de seu conceito.

Atualmente, o delito é visto como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; já bem constitui tudo que tem valor e satisfaz a uma necessidade do ser humano.

Dentre os bens existentes, o Direito seleciona os mais importantes, qualificando-os como bens jurídicos e protegendo-os.

Toledo (1987, p. 16) adota o conceito estático de bem jurídico, afirmando que bens jurídicos “são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

Já o conceito dinâmico de bem jurídico, este já seria de difícil definição, porque parte do pressuposto de que somente as relações sociais imprescindíveis poderiam ser objeto da tutela penal, surgindo a dúvida em saber qual relação jurídica poderia ser considerada significativa, afirmação esta que varia a cada momento.

É evidente, portanto, que o conceito dinâmico confunde-se com os critérios de seleção de bens jurídicos para fins de proteção pelo Direito, questão esta que veremos adiante.

Não podemos esquecer de mencionar as funções do bem jurídico. A doutrina menciona várias funções, existindo sempre um ponto convergente, que é o de caracterizar o bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal (LOPES, 2000, p. 10).

Segundo Prado (1996, p. 40-42), dentre as funções do bem jurídico destacam-se:

1) função garantidora: que corresponde à limitação do direito de punir do Estado. O legislador somente pode tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em situação de perigo bens jurídicos, limitando a atividade do legislador no momento da construção de tipos penais;

2) função teleológica ou interpretativa: o bem jurídico representa o núcleo da norma, funcionando como instrumento de interpretação, permitindo descobrir a natureza do tipo em questão;

3) função individualizadora: trata-se de um critério utilizado para a fixação da pena, já que, neste momento, é levado em consideração a gravidade da lesão ao bem jurídico;

4) função sistemática: o bem jurídico é levado em consideração na formação dos grupos dos tipos penais da parte especial do Código Penal.

Feitas essas considerações, passamos a analisar os critérios para a seleção de bens jurídicos que necessitam da proteção do direito penal.

Sabemos que o direito penal tem um caráter subsidiário e fragmentário e que nem todo bem jurídico deve ser tutelado pelo direito penal, devendo este referido ramo do Direito proteger os bens jurídicos mais importantes. No entanto, o problema é saber qual bem jurídico é relevante.

Vale, ainda, ressaltar que cada sociedade valoriza seus bens de acordo com sua cultura, tradição, e por este motivo o critério de bem jurídico relevante não pode ser absoluto, rígido. Além disso, a qualificação de um bem jurídico como relevante também depende do período histórico.

A doutrina se limita em afirmar que nem todo bem jurídico merece proteção penal, todavia não especifica quais seriam esses bens merecedores da tutela penal. A discussão a respeito de qual bem jurídico deveria receber o amparo do direito penal é bastante polêmica.

Há quem entenda que somente é possível a criação de normas incriminadoras se o bem a ser tutelado pelo direito penal for amparado constitucionalmente, defendendo que a Constituição deve servir como diretriz para a criação de tipos penais, devendo existir um indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais (PRADO, 1996, p. 75).

Esta corrente estritamente constitucionalista se desenvolveu fundamentalmente na Itália, cuja Constituição, desde sua interpretação, realça no art. 13 a importância da liberdade pessoal como valor que somente pode ser vulnerado pelo Estado quando se haja produzido uma lesão contra um bem de similar importância, isto é, de fundamento constitucional; de tal modo que somente se admite como bens jurídicos aqueles que tenham um conhecimento constitucional ao menos implícito (LOPES, 2000, p. 135).

No entanto, este entendimento, segundo Paschoal (2003, p. 60-67), possui duas vertentes: 1) o direito penal como espelho da Constituição e 2) o direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

A primeira vertente defende que o direito penal somente poderia proteger bens jurídicos expressamente previstos em nossa Carta Magna, independentemente de tratarem-se de direitos fundamentais (PASCHOAL, 2003, p. 60).

Outrossim, a segunda vertente argumenta que somente os bens jurídicos constitucionalmente previstos e qualificados como direitos fundamentais é que deveriam ser tutelados pelo direito penal. Assim, somente a ofensa a um valor dessa qualidade é que poderia permitir a intervenção desse referido ramo do Direito (PASCHOAL, 2003, p. 63).

Em algumas situações, a Constituição Federal (BRASIL, 2009, p. 26) indica condutas que devem ser criminalizadas, estabelecendo, por exemplo: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, XLI, CF); “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5º, XLII, CF); “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (artigo 5º, XLIV).

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (artigo 5º, XLIII).

Há o entendimento que o constituinte, no caso de determinação expressa de criminalização, que é o que ocorre acima, já estabeleceu a relevância do bem que se pretende tutelar, estabelecendo a necessidade da proteção do direito penal, não restando qualquer

liberdade para o legislador para aferir a necessidade deste tipo de proteção (PASCHOAL, 2003, p. 80).

Por outro lado, existindo apenas indicações de criminalização, o legislador ordinário é quem deverá aferir a necessidade de utilizar-se da intervenção penal, devendo pautar-se nas diretrizes estabelecidas na Constituição e nos valores nela previstos (PASCHOAL, 2003, p. 80).

Paschoal (2003, p. 84-85) afirma que

[...] assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade da tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar, significa voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do direito penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal. Não é admissível que em um momento se pregue que o direito penal deva ser o último recurso do qual o Estado lançará mão, e, em momento imediatamente posterior, postule-se que o Estado deverá dele se valer ainda que não represente a melhor forma de tutela.

Há, ainda, o entendimento de que existem bens que não estão previstos constitucionalmente e que pela sua importância deveriam ser protegidos penalmente, uma vez que pode ocorrer que valores não conhecidos no momento da edição da Constituição tornem-se fundamentais, já que os valores existentes na sociedade vão mudando conforme o transcorrer do tempo.

Dentre os critérios demonstrados, o mais razoável seria proteger penalmente os bens jurídicos importantes, independentemente de estarem previstos expressamente na Constituição Federal, já que a sociedade é dinâmica, podendo permitir a valores que não eram considerados importantes no momento da promulgação da Constituição tornarem-se fundamentais no transcorrer do tempo. Além disso, as disposições constitucionais são rígidas e o legislador penal não pode ficar preso ao conteúdo constitucional para tutelar penalmente um bem jurídico.

Ademais, os valores da sociedade mudam constantemente, por este motivo o legislador penal é quem deve escolher quais bens jurídicos necessitam da proteção do direito penal.

Conforme afirmam Busato e Huapaya (2003, p. 92),

[...] o critério de seleção ou hierarquização dos valores e interesses que o direito penal é chamado a proteger, de lesões ou colocações em perigo, não tem uma regra geral imutável, e sim depende da estrutura social determinada em um momento histórico. A decisão entre uma e outra postura não depende das bases valorativas que o próprio direito penal elaborou. A Constituição só constitui uma fonte de referência, mas tampouco estabelece os limites à seletividade ou hierarquização, já que a

sociedade evolui de maneira vertiginosa. Com isso, a presença de novos riscos e suas valorações jurídicas e apreciações de índole ideológicas, éticas ou políticas determinam mudanças no campo jurídico-penal que não vão, necessariamente, decorrer de alterações valorativas do campo constitucional.

Portanto, é o próprio legislador penal quem deve analisar qual bem jurídico deve ser tutelado penalmente, observando os limites do direito penal, que advêm dos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social, lesividade, entre outros (GRECO, 2005, p. 82-83). Assim, será possível proteger penalmente um valor que no momento da edição da Constituição Federal não foi contemplado e que, posteriormente, tornou-se relevante, contribuindo para a efetivação do princípio da intervenção mínima em que somente os bens jurídicos importantes merecem a proteção penal.

## CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

### 2.1 Conceito de Princípios

Para se analisar o conceito de princípios, cumpre levantar seus significados.

Ferreira (1986, p. 1393) define a palavra *princípios* em várias acepções: “S.m.pl. 1. Rudimentos. 2. Primeira época da vida. 3. *Bibliogr.V. folhas preliminares*. 4. *Filos.* Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”.

A palavra *princípio* no singular, ainda nos termos do referido dicionário indica, origem, causa primária, regra, lei.

Com precisão, aduz Reale (2002, p. 59) que a palavra princípios tem duas acepções: uma de natureza moral e outra de natureza lógica. Na vida possui natureza moral, já que quando se diz que determinada pessoa tem princípios é porque tem boa formação e sempre se conduz fundada em razões morais. Afirma que “o Direito não se funda sobre normas, mas sobre princípios que as condicionam e as tornam significantes”.

Canotilho (1998, p. 1.123) observa, ainda:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica.

Para Picazo (1983, p. 1.268) apud Bonavides (2006, p. 256): “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”.

Nery Junior (2009, p. 25-29) interpreta princípios segundo a obra de diversos autores, conforme abaixo se destaca.

Princípios na obra de Alexy são normas que estabelecem a realização de algo na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e reais existentes. A possibilidade jurídica é determinada pelos princípios e regras opostas. Assim, princípios são mandamentos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes graus. (NERY JUNIOR, 2009, p. 25).

Lenio Luiz Streck critica o positivismo, argumentando que os princípios vieram para superar a abstração da regra, e por este motivo não se pode caracterizar princípio como se fosse um postulado ou mandado de otimização. Afirma que com base nos princípios é

possível sustentar a existência de respostas adequadas para cada caso concreto, evitando a discricionariedade judicial. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 28-29).

Luis Virgílio Afonso da Silva utiliza os critérios de Robert Alexy, pois entende de forma diferente do conceito utilizado pela doutrina brasileira, que considera princípios como sendo as normas mais fundamentais de um sistema. Já as regras costumam ser uma concretização desses princípios, tendo um caráter mais instrumental e menos fundamental. Alega que em se adotando o critério proposto por Alexy muito dos princípios deveriam ser denominados regras, como por exemplo, o princípio da *nulla poena sine lege*, da legalidade, da anterioridade entre outros (NERY JÚNIOR, 2009, p. 27-28).

Merecem ser transcritas as lições de Espíndola (2002, p. 53) quando, buscando conceituar princípios, ensina:

Pode se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Assim, verifica-se que os princípios orientam o sistema normativo, sejam eles positivados (princípio da legalidade) ou não (princípios gerais do Direito).

Cumprido ressaltar que a não observância de um princípio é bastante grave, já que implica na ofensa de todo o sistema de comandos e não apenas de um único mandamento.

Segundo Mello (1988, p. 230) apud Lopes (2000, p. 33):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão de princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema.

Da leitura dos conceitos de princípios acima expostos observa-se um defeito: a omissão de seu caráter normativo.

A normatividade dos princípios encontra-se na conceituação formulada em 1952 por Crisafulli (1952, p. 15) apud Bonavides (2006, p. 257):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Guastini (1990, p. 112-120) apud Bonavides (2006, p. 257-258) retrata a normatividade dos princípios e resalta seis distintas definições de princípios que se encontram vinculadas a disposições normativas:

1) princípio se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade;

2) o vocábulo princípio é utilizado para se referir às normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação aos casos concretos;

3) a palavra princípio é empregada para se referir às normas ou disposições normativas de caráter programático.

4) o uso que os juristas às vezes fazem do termo princípio é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada;

5) o vocábulo princípio é empregado para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num outro subsistema do sistema jurídico;

6) a expressão princípio é utilizada para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas ao órgão de aplicação, cuja função é contribuir para a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Assim, verifica-se que a definição para princípios não é pacífica, já que os autores divergem sobre o assunto.

Vale ressaltar que os princípios representam uma garantia a todos os cidadãos contra eventuais ataques abusivos do Estado, sendo que todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas.

Os princípios ajudam, ainda, a adequar o sistema jurídico às novas situações e transformações da sociedade, sem a necessidade de edição de novas regras ou de modificações das já existentes para a regulamentação dos avanços sociais.

A partir dos entendimentos acima expostos, é possível conceituar princípios como verdades que irão fundamentar e direcionar o sistema normativo, representando verdadeiro alicerce dele, podendo ser expressos ou implícitos, positivados ou não. Além disso, contribuem para a interpretação, integração e aplicação do direito positivo e são de obediência obrigatória.

Ademais, o entendimento de Robert Alexy não pode ser descartado, pois os princípios não deixam de ser mandamentos otimizadores, já que buscam trazer melhorias para o Direito.

### 2.1.1 Princípios Constitucionais

A doutrina aborda a questão dos princípios constitucionais de forma minuciosa e bastante ampla. Entretanto, no presente trabalho apenas será feita uma breve abordagem sobre o assunto, no intuito de diferenciá-los dos demais princípios e demonstrar sua importância.

Antes de abordar os princípios constitucionais é interessante transcrever o pensamento de Canotilho (1991, p. 40) apud Espíndola (2002, p. 100):

*A Constituição é [...] uma lei, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial etc). Mas também, é uma lei diferente das outras: é uma lei específica, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como *constituintes*, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como *constituídos*, por ela mesma; é uma lei necessária, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma lei hierarquicamente superior – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis tem de submeter-se; é uma lei constitucional, pois, em princípio, ela detém o *monopólio das normas constitucionais*.*

Observa-se que os princípios constitucionais merecem menção especial, já que representam valores fundamentais da ordem jurídica. São o ápice do sistema jurídico e servem de critério para as normas, as quais devem estar em conformidade com os seus preceitos.

Segundo Rocha (1992, p. 25-26) apud Espíndola (2002, p. 80-81):

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se em normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. [...] As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. [...] E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. [...] O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal [...] Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral [...] A norma que dita um princípio constitucional [...] põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.

A doutrina menciona alguns princípios consagrados nos textos constitucionais, tais como: Estado de Direito, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, princípio presunção de inocência, da ampla defesa, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 corresponde a um sistema de princípios e regras, o que contribui para a racionalidade, segurança jurídica e superação de eventual complexidade.

Cumprir consignar que o ordenamento jurídico necessita tanto de regras como de princípios, pois se constituído apenas de regras, tornaria o sistema jurídico em limitada racionalidade, exigindo, assim, uma legislação exaustiva, isenta de qualquer possibilidade de complementação.

Outrossim, um sistema baseado exclusivamente em princípios também não seria ideal, já que a indeterminação e a existência de regras imprecisas levaria a uma grande complexidade bem como à insegurança jurídica.

Feitas essas considerações, resta evidente a importância dos princípios constitucionais, já que representam os valores mais relevantes do ordenamento jurídico, servindo de alicerce para o sistema jurídico. Além disso, servem de diretrizes para as futuras normas, já que são neles que se encontram fundamentos para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo constitucional e infra-constitucional.

### **2.1.2 Princípio e Regra**

A distinção entre princípio e regra não é pacífica. Barcellos (2002, p. 47-51) apud Greco (2005, p. 60-61) elenca os sete critérios mais utilizados pela doutrina para fazer a referida diferenciação:

1) conteúdo: enquanto os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, formando uma exigência da justiça, equidade e moralidade, as regras possuem um conteúdo não necessariamente moral;

2) origem e validade: a validade do princípio decorre de seu próprio conteúdo, enquanto que as regras derivam de outras regras ou dos princípios;

3) compromisso histórico: os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e do lugar;

4) função no ordenamento jurídico: os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. Sintetizam uma grande quantidade de informação de um

determinado ramo do Direito ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.

5) Estrutura lingüística: os princípios são mais abstratos que as regras, aplicando-se a um número indeterminado de situações, já em relação as regras é possível identificar suas hipóteses de aplicação.

6) Esforço interpretativo exigido: os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa para precisar seu sentido e inferir a solução que ele propõe para o caso do que as regras, já que estas demandam apenas uma aplicabilidade burocrática e técnica.

7) Aplicação: as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam, ou não se aplicam por inválidas, ao passo que os princípios admitem uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades existentes.

Outrossim, Alexy (2008, p. 85-91) estabelece diferenças entre princípio e regra, e afirma que norma é gênero, do qual princípio e regra são espécies. Aponta posições tradicionais como, por exemplo, que os princípios possuem um grau de generalidade elevado, enquanto que as regras possuem um grau de generalidade reduzido, e que os princípios seriam fundamentações para as regras. Entretanto, nega todas essas posições, aduzindo que podem existir regras com grau de generalidade elevado, servindo de fundamento para outras regras.

Alexy (2008, p. 90-91) afirma que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela se exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa.

Segundo o critério adotado por Alexy, os princípios da anterioridade e da reserva legal, previstos no artigo 1º do Código Penal, seriam uma regra, já que esta norma não pode ser aplicada gradualmente, pois ou existe uma lei que define um fato como crime, ou não existe, além de que não pode existir cominação parcial.

Feitas essas considerações, verifica-se que a distinção entre princípio e regra é um assunto bastante complexo e polêmico, mostrando-se importante sua compreensão por auxiliar no processo de interpretação e aplicação do Direito.

## 2.2 Princípio da Legalidade

O artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e o artigo 1º do Código Penal contêm o princípio da legalidade, segundo o qual estabelece que somente a lei pode considerar um fato como criminoso e indicar a pena cabível. Exclusivo para as *normas incriminadoras*, mas não aplicável às normas não incriminadoras.

Preconiza o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2009, p. 26). O artigo 1º do Código Penal traz redação praticamente idêntica (BRASIL, 2009, p. 331).

Assim, segundo o princípio da legalidade, a lei penal deve ser anterior aos fatos, o que significa a proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. Aponta, ainda, para a necessidade de leis escritas, já que proíbe a fundamentação ou agravamento da punibilidade pelos costumes e pela analogia, bem como proíbe a existência de leis indeterminadas.

No que tange à origem do princípio da legalidade há divergências sobre o assunto.

Batista (2005, p. 65) ensina que o princípio da legalidade surgiu historicamente com a revolução burguesa e exprime o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.

Outrossim, a posição majoritária entende que o princípio da legalidade surgiu pela primeira vez no século XIII, quando na Inglaterra, em 1215, o rei João Sem Terra assinou a *Magna Charta Libertatum*, prevendo em seu artigo 39 que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena não prevista em lei local (CAPEZ, 2005, p. 38).

Entretanto, somente no final do século XVIII, sob a influência do Iluminismo é que este princípio acabou tendo o devido merecimento. Em 1762, com a Teoria do Contrato Social de Rousseau, o princípio da legalidade foi ressaltado, já que o cidadão somente celebraria um pacto para viver em sociedade na medida em que as garantias contra o arbítrio fossem resguardadas, dentre estas garantias encontrava-se presente o princípio da legalidade (CAPEZ, 2005, p. 38-39).

Posteriormente, em 1764, Beccaria em sua obra *Dos delitos e das penas* também ressaltou a importância deste princípio. Com a Revolução Francesa, o princípio da legalidade acabou consagrado no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789 (CAPEZ, 2005, p. 39).

No Brasil, foi acolhido em todas as Cartas Constitucionais, a partir da Constituição Imperial de 1824, a saber: Constituições de 1824, artigo 179, §11; 1891, artigo 72, §15; 1934, artigo 113, §26; 1937, artigo 122; 1946, artigo 141, §27; 1967, artigo 153, §16; e 1988, artigo 5º, XXXIX (CAPEZ, 2005, p. 39).

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica. Constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo (BATISTA, 2005, p. 65 e 67).

Ademais, o princípio ora em análise representa uma garantia constitucional, já que limita o poder estatal de interferir na esfera da liberdade da coletividade.

Modernamente se fala em legalidade material e formal.

A legalidade material consiste na previsão de condutas que efetivamente atinjam bens jurídicos relevantes ou criem situações de risco concreto a esse bem. A legalidade formal consiste em um raciocínio de subsunção, ou seja, adequação da conduta praticada a uma norma criada pelo legislador competente.

Ocorre que a legalidade formal, por si só, não impede o arbítrio estatal, já que é possível existir penas desproporcionais, tipos abertos, abuso na criação de normas penais em branco e até mesmo tipos penais contemplando condutas que não lesem ou exponham a perigo bens jurídicos relevantes.

A maioria dos autores considera o princípio da legalidade como sinônimo de reserva legal. Entretanto, mais correta é a posição de Luisi (1991, p. 13), o qual entende que a legalidade formal se desdobra em três corolários: a) quanto às fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal), b) quanto à enunciação das normas penais incriminadoras (taxatividade), c) quanto à validade das disposições penais no tempo (irretroatividade).

## **2.2.1 Princípio da Legalidade Formal e seus Respetivos Corolários**

### **2.2.1.1 Princípio da Reserva Legal**

O primeiro postulado é a reserva legal, segundo o qual somente a lei pode definir crimes e cominar penas.

A reserva legal absoluta estabelece que somente a lei pode prever crimes, ficando proibida qualquer espécie de disciplina normativa. É adotada pelo Brasil (artigo, 22, I da

Constituição Federal), que proíbe a criação de crimes por medidas provisórias (artigo 62, §1º, I, *b*, da Constituição Federal).

Preconiza o artigo 22 da Constituição Federal: “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 2009, p. 33). Por sua vez, estabelece o artigo 62, §1º da Constituição Federal: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil” (BRASIL, 2009, p. 44).

Extraí-se da redação dos dispositivos que, no Brasil, somente pode ser criado um crime pelo Poder Legislativo por meio de lei.

Questão polêmica versa sobre a possibilidade de medida provisória sobre matéria penal em benefício do agente.

Capez (2005, p. 41) entende que se a medida provisória veicular *novatio legis incriminadora ou in pejus*, o vício de inconstitucionalidade jamais se convalidará, mesmo que seja convertida em lei. Entretanto, se a medida provisória versar sobre *novatio legis in melius* haverá mera ineficácia enquanto não convertida em lei, sendo que com a sua conversão em lei convalidará o ato normativo e produzirá efeitos.

Outrossim, há a reserva legal relativa em que o legislador fixa linhas fundamentais, delegando à Administração o detalhamento da conduta punível. É adotada pela Itália, onde é possível a criminalização por decretos-lei de urgência e por legislação delegada.

Em decorrência do princípio da reserva legal há a total proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do direito penal, a não ser quando *in bonam parte*, ou seja, para beneficiar o réu (LUISI, 1991, p. 17).

Vale ressaltar que o postulado da reserva legal encontra-se presente no artigo XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, que prevê:

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (ORGANIZAÇÃO..., 2010).

Desta forma, verifica-se que o direito de punir não mais representa um poder ilimitado e absoluto, já que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, seu direito penal deve ser obediente aos princípios constitucionais.

O princípio da reserva legal corresponde a uma garantia para os cidadãos, já que é necessária uma norma pré-estabelecida à ação que se julga delituosa para um fato ser considerado crime e merecedor de pena.

### 2.2.1.2 Princípio da Taxatividade

O princípio da taxatividade ou também denominado de determinação taxativa impõe que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, afastando tipos genéricos e demasiadamente abrangentes para que o arbítrio judicial seja reduzido ao máximo.

Este princípio corresponde a um postulado dirigido ao legislador para proibir a elaboração de tipos penais com expressões ambíguas, equívocas e vagas, de forma a dar margem a diferentes interpretações (LUISI, 1991, p. 18).

Cumprido ressaltar que a função exercida pelo princípio da legalidade, ou seja, a prévia definição da conduta na lei, de nada adiantaria se as normas não dispusessem de clareza.

Neste sentido ensina Batista (2005, p. 78):

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais *genéricos ou vazios*, valendo-se de *cláusulas gerais* ou *conceitos indeterminados* ou *ambíguos* equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.

A título de exemplo de violação do princípio da reserva legal, Bitencourt (2006, p. 16-17) critica a Lei n. 10792/03 por afrontar o princípio da legalidade penal, argumentando que a tipicidade legal exige que o comportamento considerado criminoso esteja descrito no tipo penal com precisão. Afirma, ainda, ser intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (artigo 52, §§1º e 2º), sem especificar o tipo de conduta que poderia caracterizar “alto risco” ou “suspeitas fundadas”.<sup>1</sup>

O princípio ora em análise comporta exceções, já que a proibição de cláusulas gerais não se estende aos tipos culposos, pois, neste caso, não há como detalhar todas as condutas que podem caracterizar imprudência, negligência e imperícia. Entretanto, nos crimes dolosos, a conduta típica deve ser descrita pormenorizadamente, pois, caso contrário, haveria

---

<sup>1</sup> A Lei n. 10792, de 1º de dezembro de 2003, altera a Lei n. 7210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Dispõe o artigo 52, §1º: “O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem *alto risco* para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (BRASIL, 2009, p. 977) (grifo nosso). Ainda, prevê o artigo 52, §2º: “Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação*, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando” (BRASIL, 2009, p. 977) (grifo nosso).

insegurança jurídica e daria margem ao arbítrio judicial por conta das várias interpretações possíveis.

No fundamento da determinação taxativa encontra-se divergências, pois há quem entenda que a função deste princípio é facilitar a compreensão do conteúdo da norma pelo destinatário, o que exige clareza e precisão em sua formulação. Por outro lado, há quem entenda que o objetivo deste princípio é facilitar a intimidação (LUISI, 1991, p. 19).

Pode-se dizer, então, que o princípio em questão preside a formulação técnica da lei penal e impõe ao legislador o dever de redigir normas claras e precisas de forma a existir obediência a um direito público subjetivo, qual seja, de conhecer o crime (lei anterior que o defina), facilitando o destinatário na apuração do que é penalmente proibido.

### **2.2.1.3 Princípio da Irretroatividade**

O princípio da irretroatividade, consagrado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, é um complemento do princípio da reserva legal, que expressa a necessidade de que a lei já esteja em vigor na data da época dos fatos, já que a lei somente alcança os fatos ocorridos depois de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores.

Estabelece o referido inciso: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 2009, p. 26).

Nesta linha, preconiza o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 2009, p. 331).

Cumprido ressaltar que o fundamento da criação do princípio da legalidade foi reagir contra leis posteriores ao fato, de forma a garantir que as normas sejam feitas para alcançar fatos futuros.

A irretroatividade transmite a segurança de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente por fatos que no momento de sua prática não eram apenados, ou o eram, mas de forma mais benéfica.

De acordo com o princípio da irretroatividade a lei penal não pode atingir fatos que ocorreram anteriormente à sua vigência (artigo 5º, XL da Constituição Federal), entretanto, retroagirá quando trazer algum benefício ao réu no caso concreto (artigo 2º, parágrafo único do Código Penal), já que, em regra, uma lei só tem eficácia entre sua vigência e sua revogação. Trata-se do princípio do *tempus regit actum*.

O princípio da irretroatividade da lei mais severa, previsto no artigo 5º, XL da Constituição Federal, é uma garantia constitucional à segurança e à liberdade das pessoas, já que, sem ele, fatos considerados lícitos em um determinado momento poderiam ser punidos no futuro. Além disso, se o indivíduo agiu lícitamente, tem o direito adquirido de não ser punido por lei posterior.

Merece menção especial o problema relativo às chamadas leis excepcionais e temporárias, já que poderia se pensar que, revogada a lei temporária ou excepcional, esta não poderia ser mais aplicada por conta do ordenamento jurídico não mais considerar determinado comportamento como criminoso.

As leis temporárias e excepcionais seguem o princípio da legalidade e da anterioridade, prova disso, é que não são aplicadas aos fatos praticados antes ou após a sua vigência. Porém, se seguissem o princípio da retroatividade de nada adiantaria sua existência, pois ninguém seria punido pelos fatos praticados em sua vigência.

Nos casos das leis temporárias ou excepcionais o tempo da conduta é elementar da norma, não interessando se no momento de sua aplicação está ou não em vigor. Ainda que sobrevenha uma lei temporária mais benéfica, ela não retroage, salvo se expressamente mencionar o período anormal ou ao tempo de vigência da lei temporária ou excepcional anteriores.

Desta forma, verifica-se que o princípio da irretroatividade, consequência do princípio da legalidade, corresponde a uma garantia de estabilidade no ordenamento jurídico, contribuindo para a ordem e segurança das relações sociais.

## **2.2.2 Princípio da Legalidade Material e seus Respective Corolários**

### **2.2.2.1 Princípio da Ofensividade ou Lesividade**

O princípio da ofensividade determina que o direito penal deve se interessar somente por condutas que efetivamente lesam bens jurídicos ou o colocam em risco de violação concreta.

O princípio, ora em análise, possui duas funções.

A primeira é servir de orientação a atividade legiferante, de forma a fornecer ao legislador subsídios para que adote na elaboração do tipo penal a exigência de que a conduta proibida viole bens jurídicos ou ao menos os coloquem em risco de violação efetiva (BITENCOURT, 2006, p. 28).

A segunda função é servir de critério interpretativo, a qual se verifica após o cometimento do fato considerado penalmente proibido. Esta função nada mais é que compelir o aplicador da lei a encontrar em cada caso a indispensável lesividade ao bem jurídico protegido (BITENCOURT, 2006, p. 28).

Batista (2005, p. 92-97) elenca quatro funções do princípio da lesividade:

1) impedir a criminalização de uma atitude interna, ou seja, as idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos não podem ser o fundamento de um tipo penal. Daí, o motivo pelo qual, a cogitação e a preparação de um crime não são punidas. É necessário que a conduta interna esteja associada a uma conduta externa;

2) proibir a criminalização de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Esta função veda a punição da autolesão, tentativa de suicídio, uma vez que essas condutas não ultrapassam o âmbito do próprio autor;

3) proibir a criminalização de simples estados ou condições existenciais, o que afasta o denominado direito penal do autor, ou seja, aquele que pune o agente por aquilo que ele é e não pelo o que fez. Zaffaroni (1986, p. 73) apud Batista (2005, p. 93) ensina que: “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o *ser*, senão o *fazer* dessa pessoa”;

4) proibir a incriminação de condutas desaprovadas pela coletividade que não afetem qualquer bem jurídico.

Trata-se de diferenças de práticas e hábitos, que não podem ser criminalizados, já que cabe ao direito penal tão somente proteger bens jurídicos alheios.

Cumpramos ressaltar que os delitos de perigo abstrato têm sido questionados com base no princípio da lesividade. A título de exemplo podemos mencionar a embriaguez ao volante, prevista no artigo 306 do Código de Trânsito, que inicialmente pode parecer aparentemente útil do ponto de vista da defesa social, mas representa ameaça à proteção do indivíduo contra uma atuação excessivamente intervencionista do Estado (CAPEZ, 2005, p. 22).

Desta forma, verifica-se que o princípio da ofensividade auxilia tanto o legislador quanto o intérprete do Direito, já que quando o legislativo não cumpre com sua função de tipificar condutas que efetivamente lesam bens jurídicos ou o colocam em risco de violação concreta, a solução é a intervenção do aplicador da lei no sentido de impedir que normas imperfeitas sejam aplicadas.

### **2.2.2.2 Princípio da Adequação Social**

O princípio da adequação social é aquele segundo o qual somente condutas consideradas inadequadas pela sociedade podem ser consideradas criminosas.

No que tange às conseqüências do princípio da adequação social não há consenso. A respeito do assunto ensina Bitencourt (2006, p. 25):

As conseqüências da chamada *adequação social* não encontram ainda o seu porto seguro. Discute-se se afastaria a *tipicidade* ou simplesmente eliminaria a *antijuridicidade* de determinadas condutas típicas. O próprio Welsen, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo-a, inicialmente, como excludente da tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da adequação social somente como *princípio geral de interpretação*, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.

Outrossim, há quem entenda que o princípio da adequação social corresponde a uma causa excludente de antijuridicidade, ressaltando:

[...] 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).

O raciocínio jurídico que permite chegar à conclusão de que princípio da adequação social é uma causa supralegal de exclusão de antijuridicidade é que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 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 desrespeitar o princípio da legalidade.

Apesar das duas posições, o melhor entendimento é que o princípio da adequação social afasta a tipicidade, já que é possível que um determinado comportamento se amolde perfeitamente a um tipo penal, preenchendo, pois, o requisito da legalidade formal. Entretanto, esta conduta pode não ser materialmente típica pelo fato de adequar-se ao socialmente permitido, o que permite afastar a tipicidade em decorrência do não preenchimento da legalidade material.

### **2.2.2.3 Princípio da Proporcionalidade**

O Código de Hamurabi foi o que tecnicamente nos primeiro forneceu o princípio da proporcionalidade ao pregar que a reação deveria ser proporcional à agressão, daí surgindo o ditado *olho por olho dente por dente*.

Atualmente encontra-se assento na exigência constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana proibição de certos tipos de sanções (artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal), individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal), maior rigor para casos de maior gravidade (artigo 5º, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal) e moderação para infrações menos graves (artigo 98, I, da Constituição Federal).

Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Com efeito, as idéias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a conseqüente proibição de excesso (BITENCOURT, 2006, p. 30).

A idéia de proporcionalidade é inerente ao ser humano, pois desde criança entendemos que alguns castigos são desproporcionais à desobediência, o que nos leva a sensação de injustiça (GRECO, 2005, p. 109).

O princípio da proporcionalidade pode ser visto sob três aspectos.

Pela *necessidade* em que se deve confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos. Pela *adequação* em que se espera que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos (BITENCOURT, 2006, p. 32).

Por fim, pode ser visto sob o âmbito da *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se deve apurar se as vantagens superarão as desvantagens (ANTUNES, 2009).

A proporcionalidade atua em dois momentos distintos. Inicialmente, considerando as penas cominadas em abstrato, situação em que a sanção cominada deverá ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente (GRECO, 2005, p. 111).

O legislador deverá considerar a importância do bem jurídico violado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Posteriormente, o legislador deverá comparar as figuras típicas para que seja realizada uma comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes (GRECO, 2005, p. 111).

O segundo momento de atuação do princípio da proporcionalidade é o da aplicação da pena, para que a sanção a ser aplicada seja compatível com a gravidade do delito praticado (GRECO, 2005, p. 111).

Assim, constata-se que há dois momentos de atuação do princípio da proporcionalidade, o primeiro direcionado ao legislador e que limita a atividade legislativa e o segundo direcionado ao juiz no momento da aplicação da pena.

Ademais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a incriminação de determinada conduta deve ocorrer somente se outros ramos do Direito revelarem-se incapazes de tutelar o bem jurídico a que se destina, atentando-se sempre para as vantagens e desvantagens da atuação do direito penal.

#### **2.2.2.4 Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade**

Os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade são corolários do princípio da intervenção mínima.

O princípio da fragmentariedade ou essencialidade é aquele segundo o qual o direito penal deve tutelar apenas as violações em relação aos bens jurídicos mais relevantes, protegendo, pois, apenas um fragmento de bens jurídicos (JESUS, 2002, p. 10).

Dias (2008, p. 212-213) afirma que a dignidade penal está intimamente relacionada com o caráter fragmentário do direito penal, pois somente deve receber a proteção deste ramo do Direito bens cujos valores são elementares e importantes para a vida em sociedade.

O direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável da tutela jurídica (LUIZI, 1991, p. 26).

O caráter fragmentário do direito penal, segundo Conde (1975, p. 19) apud Bitencourt (2006, p. 19), apresenta-se sob três aspectos:

- 1) defendendo que somente ataques de especial gravidade deve ser tutelado;
- 2) tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas;
- 3) deixando de punir ações imorais.

Assim, verifica-se que o princípio da fragmentariedade orienta a atividade legiferante, servindo de critério para criminalização, pois somente certas formas de ataques a bens jurídicos relevantes devem receber a tutela do direito penal.

Em razão do princípio da fragmentariedade é que o furto e o dano culposos não são puníveis, bastando a aplicação de indenização no âmbito cível.

Outrossim, o princípio da subsidiariedade, que presume sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo que deve ser ministrado apenas

quando nenhum outro se mostrar suficiente para resolver os conflitos, ou seja, a intervenção do direito penal só se legitima quando os outros ramos do Direito se revelarem ineficazes em sua intervenção (LUISI, 1991, p. 27).

Em sentido amplo, um fenômeno é subsidiário do outro quando opera depois que este operou e precisamente para suprir suas falhas ou fracassos: se não opera o principal com efetividade, que opere então o subsidiário ou acessório. É dizer de forma veemente, o direito penal é um mecanismo subsidiário em relação aos meios e instrumentos políticos e jurídicos de controle social. Quando as políticas sociais e econômicas e os demais ramos do ordenamento jurídico revelarem-se ineficazes, ao fim e ao cabo, na tarefa de proteger bens com relevância ético-social, o direito penal, que permanecia em estado latente e disponível em um segundo plano, deve atuar contundentemente para realizar aquela tarefa. A subsidiariedade descaracteriza, portanto, o direito punitivo como o instrumento principal de proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, de luta contra a criminalidade e de manutenção da paz coletiva. (DIAS, 2008, p. 212).

A carência da tutela penal está relacionada à característica da subsidiariedade do direito penal, já que o direito penal deve intervir somente quando outros meios menos gravosos à liberdade revelarem-se insuficientes em relação à proteção de bens jurídicos relevantes.

A título de exemplo do princípio da subsidiariedade dentro do ordenamento jurídico podemos mencionar o crime de desobediência (artigo 330, do Código Penal), já que se houver a aplicação de uma sanção civil ou administrativa, a pena não será aplicada.

A respeito do assunto discorre Batista (2005, p. 87):

Entre nós, existe uma curiosa aplicação *contra legem* do princípio da subsidiariedade no crime de desobediência (art. 330, CP). Embora a lei não faça qualquer ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar a pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da autoritária disposição penal.

Assim, o direito penal deve ser visto como a *ultima ratio*, concedendo primeiramente a proteção de bens jurídicos a outros ramos do Direito, como por exemplo, direito civil, direito administrativo, entre outros. Somente quando estes se mostrarem insuficientes é que o direito penal deve atuar para manter a segurança, paz e ordem social.

### **2.2.2.5 Princípio da Insignificância**

A preocupação a fatos de pouca gravidade é encontrada no Direito Romano, onde vigorava o princípio de que o pretor não deveria cuidar de causas menores, surgindo o brocardo *de minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido o princípio da insignificância no sistema penal por Claus Roxin, que, partindo da análise do crime de

constrangimento ilegal, entendeu que os fatos de pouca duração e de conseqüências menores, não eram prejudiciais para a sociedade (CAPEZ, 2005, p. 11).

Segundo este princípio, o direito penal somente deve preocupar-se com os ataques mais lesivos aos bens jurídicos, pois nem sempre uma ofensa a um bem jurídico protegido penalmente é capaz de configurar crime.

A respeito do princípio da insignificância, ensina Greco (2005, p. 97):

[...] o legislador, numa análise antecedente à criação típica, chegou à conclusão de que o patrimônio era um bem importante a ponto de merecer a proteção do direito penal, e de que, quando o agente não destruía o seu próprio patrimônio, sua conduta era lesiva e inadequada socialmente. Pois bem, o raciocínio anterior comprova a adoção dos princípios que servem de orientação ao legislador na criação dos delitos contra o patrimônio. Contudo, uma vez criadas as figuras típicas correspondentes aos delitos contra o patrimônio, a pergunta a ser feita a seguir, que diz respeito diretamente ao princípio da insignificância, é a seguinte: Embora o patrimônio tenha sido considerado abstratamente pelo legislador como um bem importante a ponto de merecer a proteção do direito penal, todo e qualquer patrimônio, no caso concreto, independentemente do seu valor, goza desse *status*? Obviamente, a resposta, aqui, só pode ser negativa. [...] Seria um raciocínio absurdo concluir que no art. 155 do Código Penal, por exemplo, todos os patrimônios possíveis e imagináveis estariam protegidos em virtude da criação do delito de furto.

Assim, segundo o princípio da insignificância, é necessário verificar se a conduta apesar de formalmente típica lesiona o bem jurídico tutelado. Caso a resposta seja negativa, a aplicação da lei penal em relação àquela conduta deverá ser afastada.

No que tange a natureza jurídica do princípio da insignificância há duas posições. A primeira posição entende que este princípio conduz à atipicidade do fato, já que segundo a teoria bipartida, o crime é entendido como uma conduta típica e antijurídica.

O fato típico, por sua vez, é composto por uma conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, resultado, nexa causal e tipicidade penal.

A tipicidade deve ser vista sob dois aspectos: formal e material. A tipicidade formal funda-se em um raciocínio de subsunção, ou seja, na adequação da conduta ao tipo penal. Já a tipicidade material, na qual é analisado o princípio da insignificância, requer lesão ou a colocação em perigo efetivo do bem jurídico penalmente tutelado (LOPES, 2000, p. 113-118).

Assim, o melhor entendimento é que o princípio da insignificância possui a natureza de causa que exclui a tipicidade do fato, pois o estudo da estrutura jurídica do crime não resistiria à análise da tipicidade penal. Entretanto, a segunda posição é que o princípio em análise afasta a ilicitude por ausência de antijuridicidade material, já que não há contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que cause lesão ou exponha a perigo de lesão um bem jurídico protegido (GRECO, 2005, p. 101-102).

Não obstante a doutrina aceite a aplicação do princípio da insignificância, há algumas objeções. Entretanto, tais objeções podem ser facilmente afastadas.

A principal crítica em relação ao princípio da insignificância é a dificuldade de fixação de critérios para a caracterização do que seria insignificante para o direito penal. A respeito do assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se e condicionou a aplicação do princípio da insignificância à presença de certos vetores:

[...] algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão provocada (BRASIL, 2009).

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência tem elaborado critérios razoáveis para auxiliar na identificação de condutas insignificantes para o direito penal.

A segunda crítica é a de que o princípio não se aplicaria aos crimes formais e de mera conduta. Todavia, esta posição não merece acolhida.

O princípio da insignificância não se aplica somente em relação aos crimes materiais, pois não se exige necessariamente a presença de um resultado naturalístico.

No que tange aos crimes formais e de mera conduta, a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância é verificada a partir do desvalor da ação, ou seja, a partir da probabilidade da conduta para a realização do evento.

A terceira crítica é a de que o princípio não pode ser aceito nos casos em que o legislador incrimina, expressamente, condutas de pouca relevância.

Bitencourt (2006, p. 12) ensina que não se pode confundir delito insignificante com crimes de menor potencial ofensivo, pois estes últimos, previstos no artigo 61 da Lei n. 9099/95, submetem-se aos Juizados Especiais Criminais, não podendo a ofensa ser considerada insignificante, já que a gravidade é perceptível socialmente.

Entretanto, nada impede que o representante do Ministério Público e o Juiz de Direito considerem um fato previsto como crime de menor potencial ofensivo como insignificante, reconhecendo-o como materialmente atípico.

Cumprе ressaltar, ainda, que o princípio da insignificância não viola o princípio constitucional da independência dos poderes, pois a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem funções do Poder Legislativo. No âmbito do Poder Judiciário, o que será analisado é o grau de intensidade, a extensão da lesão produzida ao bem jurídico penalmente protegido (BITENCOURT, 2006, p. 26-27).

Entendimento bastante interessante é de Greco (2005, p. 102-103) que afirma a impropriedade da expressão *crime de bagatela* para caracterizar delitos insignificantes, pois se a insignificância conduz à exclusão da tipicidade em decorrência da ausência de tipicidade material, não se pode chamar um fato atípico, indiferente para o direito penal, de crime de bagatela, senão como um fato de bagatela, que não merece a atenção do direito penal.

O princípio da insignificância pode ser identificado no ordenamento jurídico em relação ao crime de descaminho de bens, em que o débito tributário e a multa não excederem R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), situação em que a Fazenda Pública se recusa a efetuar a cobrança em juízo, sob o argumento de que esta quantia é irrisória e não compensa a instauração de uma execução fiscal. Este mesmo raciocínio serviu para considerar atípica a sonegação fiscal de até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida (BRASIL, 2008).

Lopes (2000, p. 78) afirma que, freqüentemente, a doutrina tem confundido o princípio da intervenção mínima com o princípio da insignificância, Entretanto, apesar dos institutos serem correlatos, são diferentes.

O que parecia ser desde o início o óbvio e o distinto dos princípios da intervenção mínima e da insignificância: o primeiro opera uma transformação nos valores abstratamente selecionados para compor o sistema penal, importando um maior rigorismo na eleição das condutas, observando-se o seu grau de gravidade no ambiente social para determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo; por seu turno, o princípio da insignificância é que dirige uma hermenêutica dinâmica projetada sobre o direito penal já construído, buscando atualizar e materializar a tipicidade e a ilicitude em função do resultado concreto da ação ou do móvel inspirador do comportamento. Implica definir o princípio da intervenção mínima como regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas. O princípio da insignificância, por sua banda, é definido como regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do preenchimento integral do tipo. O princípio da intervenção mínima está diretamente afeto aos critérios do processo legislativo de elaboração de leis

penais, sendo sua utilização judicial mediata, cabível apenas como recurso para dar unidade sistêmica ao direito penal. O princípio da insignificância é de utilização judicial imediata como forma de determinar a existência do crime em face da tipicidade material e da ilicitude concreta. (LOPES, 2000, p. 82).

Ante o que foi exposto, percebe-se que o princípio da insignificância é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio básico do direito penal, funcionando como instrumento de interpretação restritiva da norma penal, afastando do âmbito da lei penal as condutas formalmente típicas que não lesionam efetivamente o bem jurídico tutelado.

## CAPÍTULO 3 – O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

### 3.1 Conceito e Origem

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 desse 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:

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, amalhado 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 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, estabelecendo que “as medidas privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima” (ORGANIZAÇÃO..., 2010).

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:

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 perniciosa 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.

Desta forma, verifica-se que a intervenção mínima corresponde a um princípio implícito, já que decorre das previsões constitucionais do artigo 5º, *caput*, que estabelece como invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como do artigo 1º, III, que impõe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009, p. 23).

Assim, constata-se que a restrição do direito à liberdade deve ocorrer somente quando estritamente necessário, consagrando o princípio da intervenção mínima.

### **3.2 Funções do Princípio da Intervenção Mínima**

O estudo das funções do princípio da intervenção mínima é fundamental para entender suas conseqüências práticas.

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 de que, apesar da adequação da conduta à 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;

3) estabelecer a necessidade da incidência da conseqüência do delito.

### 3.2.1 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 se mostrarem ineficazes na solução de conflitos. Secundariamente, como um meio a cominar a sanção proporcional e pertinente (ROBERTI, 2001, p. 73).

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.

O critério para classificar um bem jurídico como relevante e, portanto, merecedor da tutela penal já foi abordado no capítulo 1, item 1.3.

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) faz uma crítica quanto ao uso abusivo da pena privativa de liberdade, alegando 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 a 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 têm as penas alternativas substitutivas (Lei n. 9714/98), bem como a composição civil e a transação penal (Lei n. 9099/95), evitando a aplicação da pena privativa de liberdade.

Roberti (2001, p. 82-83) afirma que o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLVI, ao insculpir o princípio da individualização da pena, determinando que adotasse, dentre outras, a seguintes: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos, não quis atribuir a pena privativa de liberdade, prevista em primeiro lugar, a única forma de solucionar os problemas existentes.

É necessário que o legislador faça uso das outras sanções penais constitucionalmente consagradas, instituindo no preceito secundário da norma penal incriminadora *penas alternativas*, como penas autônomas e distintas das privativas de liberdade, sendo certo que, para uma efetiva proteção de muitos bens jurídicos, prescinde-se da pena privativa de liberdade como primeiro recurso repressivo, e para proteção de outros, essa cominação penal drástica há que ser prescrita como *extrema ratio*, da *ultima*

*ratio*, a fim de garantir a realização da justiça. Assim, leis penais, ao invés de criarem sanções alternativas, segundo um critério de substitutividade em face às penas de prisão, devem criar penas dentre as previstas no inciso constitucional supra mencionado, em conformidade com o grau de lesividade do dano causado pela conduta prevista no tipo legal (ROBERTI, 2001, p. 83).

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.

Outro argumento favorável à fixação da pena abaixo do mínimo legal é o artigo 65 do Código Penal.

O dispositivo estabelece como circunstâncias que sempre atenuam a pena, entre outras, a idade do agente (menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença), o desconhecimento da lei e o fato de ser o crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral (BRASIL, 2009, p. 335).

A respeito do assunto ensina Roberti (2001, p. 84):

[...] quando da cominação da pena privativa de liberdade, apenas o grau máximo deverá estar previsto expressamente, e não o patamar mínimo. Isso porque as balizas limitativas estabelecidas pelo legislador nem sempre propiciam ao magistrado uma perfeita individualização da pena, quando de sua aplicação. Possuindo ele outros parâmetros estabelecidos na Parte Geral do Código Penal para cumprir tal mister, estes poderão dar ensejo a aplicação da pena a um patamar muito aquém do abstratamente previsto, ou, até mesmo, dependendo do caso concreto, a sua não-aplicação [...].

Outrossim, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade de votos reconheceu a impossibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal:

AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (BRASIL, 2009).

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 conseqüência às agravantes, ou seja, fixar a pena acima do teto previsto no tipo legal, de forma a privilegiar o princípio da 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, já que a pena privativa de liberdade não pode ser fixada acima do máximo legal previsto em decorrência de uma agravante. O tratamento divergente em situações que requerem o mesmo raciocínio violaria o princípio da igualdade.

Além disso, o respeito ao mínimo legal funciona como um parâmetro para a aplicação da pena, de forma a evitar decisões arbitrárias e discrepantes.

Cumprido ressaltar que a cominação da pena deve obedecer 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, mais se assemelhando a uma vingança do grupo do que a uma justa retribuição do mal praticado.

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.

### **3.2.2 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).

Dentro deste contexto, importante ressaltar a importância do princípio da insignificância, segundo o qual, para que uma conduta seja considerada criminosa, não basta a adequação da conduta à norma penal (tipicidade formal), mas também que exista efetiva violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora (tipicidade material).

Assim, o princípio da insignificância deve ser obedecido pelo intérprete da lei, a quem deverá verificar que, apesar de existir a tipicidade formal, inexistente a tipicidade material, hipótese em que a conduta proibida restará atípica, afastando a aplicação da norma penal de modo a buscar a real função do direito penal.

Roberti (2001, p. 90) afirma que é necessário verificar a respeito da existência de alguma causa excludente de antijuridicidade, ressaltando:

[...] 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, o qual decorre do descompasso entre a norma penal incriminadora e o socialmente permitido ou tolerado.

Contudo, é necessário apurar qual o raciocínio jurídico que nos permite chegar a esta conclusão, vez que o direito penal deve ser orientado pelo princípio da legalidade.

A Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 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). Este artigo autoriza a utilização dos princípios gerais do Direito, como por exemplo, o princípio da adequação social para excluir a ilicitude da conduta sem desprezar o princípio da legalidade.

Entretanto, como já vimos no item 2.2.2.2, não há consenso em relação às consequências do princípio da adequação social, pois a respeito do assunto há duas posições. A primeira defende que este princípio afasta a tipicidade da conduta e a segunda entende que o princípio da adequação social corresponde a uma causa excludente de antijuridicidade.

Apesar das duas posições, o melhor entendimento é que o princípio da adequação social afasta a tipicidade da conduta, pelos motivos já expostos no tópico 2.2.2.2.

### **3.2.3 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.

A despenalização a ser feita pelo Poder Legislativo representa uma medida de longo prazo, devendo socorrer-se de outras alternativas para a efetivação do princípio da intervenção mínima.

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”.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2009, p. 335). Este artigo impõe a observância do princípio da proporcionalidade, já analisado no item 2.2.2.3, e que é estruturado por três subprincípios: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

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. (SÃO PAULO, 2010).

Desta forma, mostra-se necessário apurar se a medida a ser aplicada é útil para atingir o fim perseguido. Após se proceder à análise do princípio da adequação, entendendo-se que a medida é adequada, necessário se faz analisar se não existe outra igualmente eficaz, mas menos gravosa ao direito fundamental envolvido. Por fim, cumpre avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim, ou seja, deve verificar as desvantagens do meio e as vantagens do fim.

É bastante interessante o entendimento de Greco (2005, p. 113-118) a respeito da necessidade e suficiência da pena:

As funções de reprovar e prevenir a prática de futuras infrações penais é que ditam a necessidade da pena. [...] se no caso concreto não se conseguir identificar que a aplicação de uma pena atingirá as suas funções de prevenção – geral e especial –, deverá o agente ser absolvido. O princípio da culpabilidade, mediante o juízo de censura que se produz no plano concreto, deverá servir de norte ao julgador, para auxiliá-lo a encontrar a pena que seja necessária à prevenção e à reprovação do crime. Se, no caso concreto, o

jugador entender que a pena privativa de liberdade não é necessária, em razão da culpabilidade do agente, poderá, se o preceito secundário do tipo penal incriminador permitir, ou mesmo se for possível a substituição de acordo com as regras da parte geral do Código Penal, determinar outra, de natureza diversa. Em nossa legislação penal, temos a hipótese do chamado *perdão judicial*, que, em última análise, corrobora a tese de que nem sempre a pena se faz necessária, mesmo diante do fato de ter o agente praticado uma conduta típica, ilícita e culpável. A exemplo do que ocorre nas circunstâncias previstas no §5º do art. 121 do Código Penal, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as conseqüências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Como se percebe pela leitura do mencionado parágrafo, a própria lei penal fez menção à ausência de necessidade de aplicação da pena, uma vez presente aquelas hipóteses. [...] A finalidade da consignação do princípio da necessidade, no capítulo correspondente à aplicação da pena, no qual está inserido o mencionado artigo 59, faz com que o raciocínio seja no sentido de que a pena é, efetivamente, necessária. Entretanto, entre as penas cominadas, qual delas, qualitativamente, se entenderá como necessária aos fins previstos também por este mesmo artigo [...]. Pena suficiente será aquela que, quantitativamente, melhor representar as funções de reprovar e prevenir os crimes, não podendo, outrossim, ficar além, ou mesmo aquém, das exigências do fato praticado pelo agente.

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.

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

Assim, mostra-se necessária a escolha de uma medida alternativa que venha impedir a aplicação da pena privativa de liberdade, e um dos processos aptos a alcançar este objetivo é o das medidas despenalizadoras, que será abordada neste trabalho.

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.

### **3.3 Legislação Penal Excessiva**

Apesar do entendimento de que a criação de um enorme número de leis em nada adianta, o legislativo parece não seguir este pensamento, crescendo desmedidamente o número de leis penais a partir de meados do século XIX.

É possível verificar, principalmente por meio da mídia, o discurso de que a única forma de reduzir a criminalidade é a criação de novos tipos penais e atribuição de maior

severidade às penas. Todavia, a análise mais aprofundada da doutrina revela que essa concepção do direito penal não diminui a criminalidade.

Luisi (2003, p. 27-31) interpreta o entendimento de pensadores sobre o tema, conforme abaixo citado.

Uma das primeiras constatações do fenômeno da inflação legislativa foi de Carl Joseph Mittermaier, em trabalho datado de 1819, enfatizando que um dos erros do direito penal é a excessiva extensão da legislação e a convicção entre os legisladores de que a coação penal representa a única forma de combater comportamentos contrários ao ordenamento jurídico. Entendia, ainda, que a criação de uma enorme quantidade de condutas típicas representa uma das formas de decadência não só do direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica (LUISI, 2003, p. 27).

Segundo Luisi (2003, p. 27-28), o magistrado criminalista Giuseppe Puccioni sustentava que a ampliação do direito penal levaria a duas conseqüências: a primeira é que os Tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a segunda um agravamento das finanças públicas.

A expressão *hipertrofia do direito penal* foi usada pela primeira vez por Reinhart Frank em 1898, o qual salientava que o uso da pena tem sido abusiva, perdendo parte de seu crédito e de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir, do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente (LUISI, 2003, p. 27-28).

Para Luisi (2003, p. 30-31), atualmente existe uma preocupação com a excessiva legislação penal, havendo inúmeras advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena em decorrência da criação descriteriosa de delitos.

Assim, Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa; Carlos Enrico Paliero fala em crescimento patológico da legislação penal. Herbert Packer ensina que a partir do século passado houve um enorme alargamento das leis penais por entender que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa. (LUISI, 2003, p. 30-31).

Todavia, é preciso atentar-se para os riscos da inflação legislativa, já que constitui um sério problema que interfere na estrutura dos demais princípios constitucionais do direito penal, tais como, o princípio da necessidade e da proporcionalidade.

Ademais, a criação de uma enorme quantidade de leis penais dá origem ao surgimento do chamado conflito aparente de normas, ofendendo sem dúvida o princípio da taxatividade.

Por todo o exposto, verifica-se ser falsa a crença de que somente se reduz a criminalidade com definição de novos tipos penais e a atribuição de maior severidade às penas, pois estas práticas além de não contribuírem em nada para a solução do problema, o qual não se deixa vencer apenas por armas jurídico-penais; acarreta, ainda, conseqüências negativas, conforme acima explanado, banalizando o direito penal.

### **3.4 Descriminalização e Despenalização**

#### **3.4.1 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 descriminação, em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido” (ORGANIZAÇÃO..., 2010).

A Resolução n. 05/99 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).

No presente trabalho foram abordadas a descriminalização e a despenalização no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. A fim de conhecer a respeito destas medidas descriminalizadoras, passa-se 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 legal e socialmente permitida 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.

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 coloque 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).

Outro exemplo mencionado na doutrina como desnecessário de proteção penal é o crime de posse sexual mediante fraude.

Portanto, segundo o princípio da intervenção mínima é necessária 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.

### 3.4.2 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 idéia 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 n. 2848/40 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 (artigo 43, CP)” (BRASIL, 2009, p. 333).

A Lei n. 9714/98 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, com a Lei n. 9714/1998, as penas restritivas de direito passaram a ser: prestação pecuniária (artigo 43, I e 45, §§1º e 2º, CP); perda de bens e valores (artigo 45, §3º); prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (artigo 46, CP); interdição temporária de direitos (artigo 47, CP), que abrange: proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo (artigo 47, I e 56 CP); suspensão de autorização ou habilitação para dirigir (artigo 57); proibição de freqüentar determinados lugares e limitação de fim de semana (artigo 48) (BRASIL, 2009, p. 333-334).

Dentre os exemplos do princípio da intervenção mínima merece destaque o artigo 51 do Código Penal, já que a Lei n. 9268/96 deu-lhe nova redação, evitando a aplicação indiscriminada da pena privativa de liberdade.

Anteriormente à Lei n. 9268/96 o artigo 51 do Código Penal estabelecia: “a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-lá ou frustra a sua execução” (BRASIL, 2010).

Nesta linha, o §1º previa que a cada dia-multa corresponderia um de detenção, não podendo ser superior a um ano, e o §2º 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. 9268/96, a pena de multa passou a ser considerada dívida ativa da Fazenda Pública. Assim, a pena de multa perdeu o caráter de sanção penal, medida essa adequada ao princípio da intervenção mínima.

Cumprе 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 (artigo 77, CP); livramento condicional; regime aberto ou semi-aberto da pena de prisão, prisão domiciliar (artigo 117, LEP), remição de pena pelo trabalho; anistia, graça e indulto (artigo 107, II, CP) (ROBERTI, 2001, p. 147).

Neste contexto, é impossível deixar de mencionar sobre a Lei dos Juizados Especiais – Lei n. 9099/95, 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 artigo 61 (BRASIL, 2009, p. 1107).

Na tentativa de evitar as prisões para os delinquentes não habituais e menos perigosos, a Lei dos Juizados Especiais 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.

### **3.5 Críticas ao Direito Penal Mínimo**

Há vários críticos do direito penal mínimo, dentre eles, o magistrado Martini (1999, p. 01), que afirma que enquanto os índices de violência chegam a patamares nunca vistos, mostrando-se o Estado cada vez mais incapacitado e impotente para solucionar a questão da segurança pública, paradoxalmente se almeja descriminalizar condutas tidas como delituosas.

Para Martini (1999, p. 01) o problema da superpopulação carcerária realmente exige um árduo trabalho de base para ser equacionado, mormente porque depende de elevada vontade política, mas é bom lembrar que essa solução não é responsabilidade do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo, ou seja, o Judiciário cuida tão somente de processos e de reeducandos cuida o Executivo. Continua Martini (1999, p. 03):

O governo, ao invés de ficar criando soluções mirabolantes, deveria primeiro se movimentar no sentido de dar efetividade à Lei de Execuções Penais, lei esta que está em vigor desde 11 de julho de 1.984 e até hoje não pode ser aplicada na sua totalidade, por falta de medidas que deveriam já ter sido adotadas pelo próprio Estado, tal como a criação em cada cidade de casa do albergado, de colônias penais agrícolas e industriais, de presídios com alas de trabalho etc. Diz que irá substituir as penas reclusivas pelas administrativas e restritivas de direito, porém, hora alguma mencionou em criar condições para que tais penas possam ser cumpridas a contento, já que as restritivas de direitos estão previstas na LEP e não são aplicadas, repito, por falta de estrutura governamental, ou seja, não há locais adequados para cumpri-las. Desta forma, ao se tentar encontrar uma solução ao problema da super população carcerária, não se deve voltar apenas e tão somente para a prevenção especial, esquecendo-se das demais finalidades que são, iguais ou mais importantes. Em primeiro lugar, ninguém vai preso por estar rezando, ou fazendo caridade ao seu semelhante. Se o indivíduo foi colocado na prisão é porque veio a cometer conduta anti-social tida como ilícita. Então, quando deixar o presídio, se tiver personalidade ruim, sairá um pouco mais criminoso do que já era. Salvo raríssimas exceções, durante o tempo em que labuto com o direito, nunca vi um homem de bem, pai de família, cumpridor de seus deveres, ir parar na prisão e ter permanecido por lá mais do que o tempo necessário para que se esclarecesse a sua índole. Quem está preso, friso, é porque lesou algum bem penalmente.

As idéias repressivas propagadas pelo movimento de Lei e Ordem são aceitas pela população, que, manipulada pela mídia e influenciada pelo contexto social de violência, almeja uma solução rápida para a criminalidade.

Cumprido ressaltar que essas críticas feitas ao direito penal mínimo são desprovidas de embasamento teórico, além de desconsiderar as tendências do direito penal moderno.

Ademais, as críticas referentes ao direito penal mínimo procuram justificar suas idéias no alto índice de criminalidade, esquecendo da origem do problema que, na maioria das vezes, é social.

Neste contexto surge o direito penal como o *salvador da pátria* para solucionar e não resolver os conflitos sociais existentes.

Assim, a sociedade, confiante na solução dos problemas que estão sendo disciplinados pela lei, continua aguardando a diminuição da criminalidade que nunca ocorrerá somente por este meio (ROBERTI, 2001, p. 110).

### **3.6 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 atrozes 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 espectro 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 de 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 o 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 pessoal 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 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 esquecer-se dos objetivos fundamentais de segurança da sociedade, de prevenção e de repressão do crime e de recuperação do delinquentes, valendo para o alcance destes objetivos de um direito penal mínimo (ROBERTI, 2001, p. 154);

9) a criminalização desmedida de condutas gera conseqüências 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 da 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 de 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.

A importância de seu estudo ocorre em virtude dos princípios corresponderem a verdades que irão fundamentar e direcionar o sistema normativo, representando verdadeiro alicerce dele, contribuindo para a interpretação, integração e aplicação do direito positivo.

No presente trabalho, vários foram os princípios interligados com o princípio da intervenção mínima, dentre eles o da subsidiariedade e da fragmentariedade, segundo os quais o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve ser empregado somente quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes à solução de conflitos, devendo, a proteção penal recair somente em relação a bens jurídicos importantes.

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 conseqüências 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 delinqüente, 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 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 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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicabilidade na Problemática das Provas Ilícitas em Matéria Criminal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

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.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95749/PR**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94439/RS**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 597270/RS**. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Brasília, 26 de março de 2009. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 26 de janeiro de 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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.

DIAS, Fábio Freitas. O Princípio da Intervenção Mínima no Contexto de um Estado Social e Democrático de Direito. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA**, Canoas, v. 9, p. 203-214, jan./jun. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. Tradução 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.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

MARTINI, Paulo. **Direito Penal Mínimo: A Sociedade Pede Socorro**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 05 jan. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Direito Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. A Intervenção Mínima no Âmbito do Direito Penal e o Estado Democrático de Direito. **Consulex Prática Jurídica**, ano VII, n. 81, p. 31, dez. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <[http://www.dudh.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=49&Itemid=59](http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59)>. Acesso em: 02 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **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.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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.

## ANEXO A – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02 de outubro de 1789

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar seus direitos e deveres; de modo que seus atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser a qualquer momento confrontados com o fim de toda instituição política, sejam mais respeitados, para que as reclamações dos cidadãos, fundamentadas em geral em princípios simples e incontestáveis, voltem-se sempre para a manutenção da Constituição e a felicidade geral.

Por conseguinte, a **ASSEMBLÉIA NACIONAL** reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º Os homens nascem e vivem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais só podem ser fundamentadas no interesse comum.

Art. 2º O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º O princípio de toda Soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma instituição nem nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela.

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outro: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como única baliza a que assegura aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Essas balizas só podem ser determinadas pela Lei.

Art. 5º A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não for proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos.

Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão quando assim determinado pela lei e de acordo com as formas que ela prescreveu. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos. Mas todo

homem intimado ou convocado em nome da lei deve obedecer imediatamente: ele se torna culpado pela resistência.

Art. 8º A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Art. 9º Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado. No caso de se julgar indispensável sua prisão, qualquer excesso desnecessário para se assegurar de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º Ninguém deve ser perseguido por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não atrapalhe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Art. 12º A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública: essa força é, portanto, instituída para o benefício de todos e não para a utilidade particular daqueles a quem ela está confiada.

Art. 13º Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração, uma contribuição comum é indispensável: ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, de acordo com suas faculdades.

Art. 14º Os cidadãos têm o direito de constatar, por si mesmos ou por seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente e de vigiar seu emprego, de determinar sua quota, lançamento, recuperação e duração.

Art. 15º A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público.

Art. 16º Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

Art. 17º Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dele privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, assim o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

## ANEXO B – Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso:

A **ASSEMBLÉIA GERAL** proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de

nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Art. 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. 4º Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.

Art. 5º Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Art. 6º Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.

Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Art. 8º Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 9º Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Art. 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Art. 11º

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

Art. 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

Art. 13º

1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Art. 14°

1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.

2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Art. 15°

1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade.

2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.

Art. 16°

1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.

2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

Art. 17°

1. Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade.

2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.

Art. 18° Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Art. 19° Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Art. 20°

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

#### Art. 21°

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Art. 22° Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

#### Art. 23°

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições eqüitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração eqüitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Art. 24° Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.

#### Art. 25°

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

#### Art. 26°

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

#### Art. 27º

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.

2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

Art. 28º Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração.

#### Art. 29º

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Art. 30º Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.

ANEXO C – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), de 14 de dezembro de 1990

Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990.

**A ASSEMBLEIA GERAL,**

Tendo em consideração a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, assim como outros instrumentos internacionais de direitos do homem relativos aos direitos das pessoas em conflito com a lei,

Tendo igualmente em consideração as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, assim como a importante contribuição dada por estas regras às políticas e práticas nacionais,

Lembrando a Resolução n. 8 do Sexto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes relativa às soluções alternativas à prisão,

Lembrando também a Resolução n. 16 do Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, relativa à redução do número dos reclusos, soluções alternativas à prisão e reinserção social dos delinquentes,

Lembrando ainda a secção XI da Resolução n. 1986/10 do Conselho Econômico e Social sobre as penas substitutivas da prisão, na qual, designadamente, era pedido ao Secretário-Geral que elaborasse um relatório sobre as penas substitutivas da prisão destinado ao Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e que estudasse a questão com vista à formulação de princípios básicos neste domínio, com a assistência dos institutos das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes,

Consciente da necessidade de elaborar abordagens e estratégias locais, nacionais, regionais e internacionais no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto, assim como da necessidade de elaborar regras mínimas, como está sublinhado na secção do relatório do Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência sobre a sua quarta sessão, relativa aos meios mais eficazes de prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos delinquentes,

Convicta de que as penas substitutivas da prisão podem constituir um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da coletividade, tanto no interesse do delinquente quanto no da sociedade,

Consciente do fato de que as penas restritivas de liberdade só são justificáveis do ponto de vista da segurança pública, da prevenção do crime, da necessidade de uma sanção justa e da dissuasão e que o objetivo último da justiça penal é a reinserção social do delinquente,

Sublinhando que o aumento da população penitenciária e a superlotação das prisões em muitos países constituem fatores susceptíveis de entravar a aplicação das Regras Mínimas para o tratamento de reclusos,

Tomando nota com satisfação do trabalho realizado pelo Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência, assim como pela Reunião Preparatória Inter-regional do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, sobre o tema II “As políticas de justiça penal e os problemas da pena de prisão, as outras sanções penais e as medidas de substituição”, e pelas reuniões regionais preparatórias do Oitavo Congresso,

Exprimindo a sua gratidão ao Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e Extremo Oriente para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes pelo trabalho realizado com vista à formulação das Regras Mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, assim como às diversas organizações intergovernamentais e não governamentais que participaram nestes trabalhos, em especial a Fundação Internacional Penal e Penitenciária pela sua contribuição nas atividades preparatórias,

1 Adota as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, anexas à presente resolução, e aprova a recomendação do Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência no sentido de que estas regras sejam denominadas “Regras de Tóquio”;

2 Recomenda a implementação e aplicação das Regras de Tóquio à escala nacional, regional e inter-regional, tendo em conta o contexto político, econômico, social e cultural e as tradições de cada país;

3 Solicita aos Estados membros que apliquem as Regras de Tóquio no quadro das suas políticas e práticas;

4 Convida os Estados membros a levarem as Regras de Tóquio à atenção, especialmente dos responsáveis pela aplicação das leis, do Ministério Público, dos juízes, dos funcionários encarregados de controlar a liberdade condicional, dos advogados, das vítimas, dos delinquentes, dos serviços sociais e das organizações governamentais que participam na aplicação das medidas não privativas de liberdade, e dos representantes do poder executivo e do corpo legislativo assim como da população;

5 Solicita aos Estados membros que elaborem um relatório de cinco em cinco anos, a partir de 1994, sobre a aplicação das Regras de Tóquio;

6 Solicita insistentemente às comissões regionais, aos institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, às instituições especializadas e outras entidades do sistema das Nações Unidas, às outras organizações intergovernamentais competentes e às organizações não governamentais dotadas de estatuto consultivo junto do Conselho Econômico e Social que participem ativamente na aplicação das Regras de Tóquio;

7 Solicita ao Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência, que considere como matéria prioritária, a aplicação da presente resolução;

8 Solicita ao Secretário-Geral que tome as disposições necessárias para elaborar um comentário sobre as Regras de Tóquio, que será apresentado para aprovação e ulterior difusão pelo Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência na sua décima segunda sessão, dando especial atenção às garantias legais, à aplicação das Regras e à elaboração de princípios diretores similares a nível regional;

9 Convida os institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes a auxiliarem o Secretário-Geral nesta tarefa;

10 Solicita insistentemente às organizações intergovernamentais e não governamentais e às outras entidades interessadas que se associem ativamente a esta iniciativa;

11 Solicita ao Secretário-Geral que tome as medidas necessárias para assegurar a mais ampla difusão possível das Regras de Tóquio, designadamente comunicando-as aos Governos, às organizações intergovernamentais e não governamentais competentes e outras partes interessadas;

12 Solicita ainda ao Secretário-Geral que elabore, de cinco em cinco anos, a partir de 1994, um relatório a submeter ao Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência sobre a aplicação das Regras de Tóquio;

13 Solicita finalmente ao Secretário-Geral que auxilie os Estados membros, a pedido destes, a aplicarem as Regras de Tóquio e a elaborarem regularmente um relatório sobre o assunto ao Comitê para a Prevenção do Crime e a Luta contra a Delinquência;

14 Solicita que a presente resolução e o anexo junto sejam comunicados a todos os órgãos das Nações Unidas interessados e sejam incorporados na próxima edição da publicação das Nações Unidas intitulada Direitos do Homem: Compilação de Instrumentos Internacionais.

68.<sup>a</sup> sessão plenária, 14 de Dezembro de 1990.

## ANEXO

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)

### I – PRINCÍPIOS GERAIS

#### 1 Objetivos fundamentais

1.1 As presentes Regras Mínimas enunciam uma série de princípios básicos tendo em vista favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

1.2 As presentes Regras visam encorajar a coletividade a participar mais no processo da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento dos delinquentes, assim como desenvolver nestes últimos o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade.

1.3 A aplicação das presentes Regras tem em conta a situação política, econômica, social e cultural de cada país e os fins e objetivos do seu sistema de justiça penal.

1.4 Os Estados membros esforçam-se por aplicar as presentes Regras de modo a realizarem um justo equilíbrio entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e as preocupações da sociedade relativas à segurança pública e à prevenção do crime.

1.5 Nos seus sistemas jurídicos respectivos, os Estados membros esforçam-se por introduzir medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções a fim de reduzir o recurso às penas de prisão e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito dos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reinserção dos delinquentes.

## 2 Campo de aplicação das medidas não privativas de liberdade

2.1 As disposições pertinentes das presentes Regras aplicam-se a todas as pessoas que são objeto de procedimento de julgamento ou de execução de sentença, em todas as fases da administração da justiça penal. Para os fins das presentes Regras, estas pessoas são denominadas “delinquentes” - quer se trate de suspeitos, de acusados ou de condenados.

2.2 As presentes Regras aplicam-se sem discriminação de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outra condição.

2.3 Para assegurar uma grande flexibilidade que permita tomar em consideração a natureza e a gravidade da infração, a personalidade e os antecedentes do delincente e a proteção da sociedade e para se evitar o recurso inútil à prisão, o sistema de justiça penal deverá prever um vasto arsenal de medidas não privativas de liberdade, desde as medidas que podem ser tomadas antes do processo até às disposições relativas à aplicação das penas. O número e as espécies das medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de tal modo que se torne possível a fixação coerente da pena.

2.4 O estabelecimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encarada e seguida de perto e a sua aplicação deve ser objeto de uma avaliação sistemática.

2.5 Procurar-se-á, no respeito das garantias jurídicas e das regras de direito, tratar o caso dos delinquentes no quadro da comunidade evitando o recurso a um processo formal ou aos tribunais.

2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

2.7 O recurso a medidas não privativas de liberdade deve inscrever-se no quadro dos esforços de despenalização e de descriminalização, e não prejudicá-los ou retardá-los.

## 3 Garantias jurídicas

3.1 A adoção, a definição e a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser prescritas por lei.

3.2 A escolha da medida não privativa de liberdade é fundada em critérios estabelecidos relativos tanto à natureza e gravidade da infração como à personalidade e antecedentes do delinquente, ao objetivo da condenação e aos direitos das vítimas.

3.3 O poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente competente em todas as fases do processo, com toda a responsabilidade e de acordo unicamente com as regras de direito.

3.4 As medidas não privativas de liberdade que impliquem uma obrigação para o delinquente e que sejam aplicadas antes do processo, ou em lugar deste, requerem o consentimento do delinquente.

3.5 As decisões relativas à aplicação de medidas não privativas de liberdade estão subordinadas a exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente, a pedido do delinquente.

3.6 O delinquente tem o direito de apresentar junto da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente uma petição ou uma queixa relacionada com aspectos que atinjam os seus direitos individuais na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

3.7 Devem ser previstas disposições adequadas para o recurso e, se possível, para a reparação dos prejuízos decorrentes da não observância dos direitos do homem reconhecidos no plano internacional.

3.8 As medidas não privativas de liberdade não admitem experimentações médicas ou psicológicas efetuadas sobre o delinquente, nem podem comportar risco indevido de dano físico ou mental para este.

3.9 A dignidade do delinquente submetido a medidas não privativas de liberdade deve estar protegida em qualquer momento.

3.10 Quando da aplicação de medidas não privativas de liberdade, os direitos do delinquente não podem ser objeto de restrições que excedam as autorizadas pela autoridade competente que proferiu a decisão de aplicar a medida.

3.11 A aplicação de medidas não privativas de liberdade faz-se no respeito pelo direito do delinquente e da sua família à vida privada.

3.12 O processo pessoal do delinquente é estritamente confidencial e inacessível a terceiros. Só podem ter acesso a ele as pessoas diretamente interessadas na tramitação do caso, ou outras pessoas devidamente autorizadas.

#### 4 Cláusula de proteção

4.1 Nenhuma das disposições das presentes Regras deve ser interpretada como excluindo a aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, e dos outros instrumentos e regras relativos aos direitos do homem reconhecidos pela comunidade internacional e relativos ao tratamento dos delinquentes e à proteção dos seus direitos fundamentais enquanto seres humanos.

## II – ANTES DO PROCESSO

### 5 Medidas que podem ser tomadas antes do processo

5.1 Quando isso for adequado e compatível com o seu sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça penal podem retirar os procedimentos contra o delincente se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial para fins da proteção da sociedade, da prevenção do crime ou da promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Serão fixados critérios em cada sistema jurídico para determinar se convém retirar os procedimentos ou para decidir sobre o processo a seguir. Em caso de infração menor, o Ministério Público pode impor, sendo caso disso, medidas não privativas de liberdade.

### 6 A prisão preventiva como medida de último recurso

6.1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima.

6.2 As medidas substitutivas da prisão preventiva são utilizadas sempre que possível. A prisão preventiva não deve durar mais do que o necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1. e deve ser administrada com humanidade e respeitando a dignidade da pessoa.

6.3 O delincente tem o direito de recorrer, em caso de prisão preventiva, para uma autoridade judiciária ou para qualquer outra autoridade independente.

## III – PROCESSO E CONDENAÇÃO

### 7 Relatórios de inquéritos sociais

7.1 Quando seja possível obter relatórios de inquéritos sociais, a autoridade judiciária pode socorrer-se de um relatório preparado por um funcionário ou organismo competente e autorizado. Este relatório deverá conter informações sobre o meio social do delincente susceptíveis de explicar o tipo de infração que este comete habitualmente e as infrações que lhe são concretamente imputadas. Deverá conter igualmente informações e recomendações pertinentes para fins de fixação da pena. Os relatórios deste gênero serão concretos, objetivos e imparciais e as opiniões pessoais serão claramente indicadas como tais.

### 8 Penas

8.1 A autoridade judiciária, tendo à sua disposição um arsenal de medidas não privativas de liberdade, tem em conta, na sua decisão, a necessidade de reinserção do delinquente, a proteção da sociedade e do interesse da vítima, que deve poder ser consultada sempre que for oportuno.

8.2 As autoridades competentes podem tomar as seguintes medidas:

- a) Sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a advertência;
- b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal;
- c) Penas privativas de direitos;
- d) Penas económicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa;
- e) Perda ou apreensão;
- f) Restituição à vítima ou indenização desta;
- g) Condenação suspensa ou suspensão da pena;
- h) Regime de prova e vigilância judiciária;
- i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- j) Afetação a um estabelecimento aberto;
- k) Residência fixa;
- l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto;
- m) Uma combinação destas medidas.

#### IV – APLICAÇÃO DAS PENAS

9 Disposições relativas à aplicação das penas

9.1 As autoridades competentes têm à sua disposição uma vasta gama de medidas de substituição relativas à aplicação das penas tendo em vista evitar a prisão e ajudar o delinquente a reinserir-se rapidamente na sociedade.

9.2 As medidas relativas à aplicação das penas são entre outras, as seguintes:

- a) Autorizações de saída e colocação em estabelecimento de reinserção;
- b) Libertação para fins de trabalho ou educação;
- c) Libertação condicional, segundo diversas fórmulas;
- d) Remissão da pena;

e) Indulto.

9.3 As decisões sobre medidas relativas à aplicação das penas estão subordinadas, exceto no caso da anistia, ao exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade independente competente, a pedido do delinquente.

9.4 Qualquer forma de libertação de um estabelecimento penitenciário que conduza a medidas não privativas de liberdade deve ser encarada o mais cedo possível.

## V – EXECUÇÃO DAS MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

### 10 Vigilância

10.1 A vigilância tem por objetivo diminuir os casos de reincidência e facilitar a reinserção do delinquente na sociedade de modo a reduzir ao máximo as oportunidades de reincidência.

10.2 Quando uma medida não privativa de liberdade requer vigilância, esta é exercida por uma autoridade competente, nas condições definidas pela lei.

10.3 Para cada medida não privativa de liberdade, convém determinar o regime de vigilância e tratamento melhor adaptado ao delinquente tendo em vista ajudá-lo a emendar-se. Este regime deve ser periodicamente examinado e, sendo caso disso, adaptado.

10.4 Os delinquentes deverão, se necessário, receber uma assistência psicológica, social e material e serão tomadas disposições para reforçar os seus laços com a comunidade e facilitar a sua reinserção na sociedade.

### 11 Duração das medidas não privativas de liberdade

11.1 A duração das medidas não privativas de liberdade não ultrapassa o período estabelecido pela autoridade competente de acordo com a legislação em vigor.

11.2 Pode pôr-se fim a uma medida não privativa de liberdade quando o delinquente reage favoravelmente à sua aplicação.

### 12 Condições das medidas não privativas de liberdade

12.1 Quando a autoridade competente fixa as condições a respeitar pelo delinquente, deverá ter em conta as necessidades da sociedade e as necessidades e os direitos do delinquente e da vítima.

12.2 Estas condições são práticas, precisas e no menor número possível e visam evitar a reincidência e aumentar as oportunidades de reinserção social do delinquente, tendo também em conta as necessidades da vítima.

12.3 No começo da aplicação de uma medida não privativa de liberdade, são explicadas ao delinquente, oralmente e por escrito, as condições de aplicação da medida, assim como os seus direitos e obrigações.

12.4 As condições podem ser modificadas pela autoridade competente, de acordo com a lei, em função dos progressos realizados pelo delinquente.

### 13 Como assegurar o tratamento

13.1 Em certos casos convém, no âmbito de uma medida não privativa de liberdade, preparar diversas soluções tais como métodos individualizados, terapia de grupo, programas com alojamento e tratamento especializado de diversas categorias de delinquentes, tendo em vista responder mais eficazmente às necessidades destes últimos.

13.2 O tratamento é efetuado por especialistas que têm a formação requerida e uma experiência prática apropriada.

13.3 Quando se decide que um tratamento é necessário, convém analisar os antecedentes, a personalidade, as aptidões, a inteligência e os valores do delinquente, em especial as circunstâncias que conduziram à infração.

13.4 Para aplicação das medidas não privativas de liberdade, a autoridade competente pode apelar ao concurso da coletividade e aos vetores de socialização.

13.5 O número de casos entregues a cada agente deve manter-se, tanto quanto possível, a um nível razoável a fim de assegurar a eficácia dos programas de tratamento.

13.6 A autoridade competente abre e gere um processo para cada delinquente.

### 14 Disciplina e desrespeito pelas condições do tratamento

14.1 O desrespeito das condições a observar pelos delinquentes pode conduzir à modificação ou à revogação da medida não privativa de liberdade.

14.2 A modificação ou a revogação da medida não privativa de liberdade só pode ser decidida pela autoridade competente depois de um exame pormenorizado dos fatos relatados pelo funcionário encarregado da vigilância e pelo delinquente.

14.3 O insucesso de uma medida não privativa de liberdade não deve conduzir automaticamente a uma medida de prisão.

14.4 Em caso de modificação ou de revogação da medida não privativa de liberdade, a autoridade competente esforça-se por encontrar uma solução de substituição adequada. Uma pena privativa de liberdade só pode ser pronunciada se não existirem outras medidas adequadas.

14.5 O poder de prender e de deter o delinquente que não respeita as condições enunciadas é regido por lei.

14.6 Em caso de modificação ou revogação da medida não privativa de liberdade, o delinquente tem o direito de recorrer para uma autoridade judicial ou outra autoridade independente.

## VI – PESSOAL

### 15 Recrutamento

15.1 No recrutamento, ninguém pode ser objeto de uma discriminação fundada na raça, cor, sexo, idade, língua, religião, opiniões políticas ou outras, na origem nacional ou social, nos bens, no nascimento ou qualquer outro motivo. A política de recrutamento deverá ter em conta as políticas nacionais de ação em favor dos grupos desfavorecidos e a diversidade dos delinquentes colocados sob vigilância.

15.2 As pessoas nomeadas para aplicar medidas não privativas de liberdade devem ser pessoalmente qualificadas e ter, se possível, uma formação especializada apropriada e uma certa experiência prática. Estas qualificações serão claramente definidas.

15.3 A fim de ser possível recrutar e manter pessoal qualificado, convém assegurar-lhe um estatuto, uma remuneração e vantagens adequadas, tendo em consideração a natureza do trabalho pedido, e oferecer-lhe possibilidades de aperfeiçoamento e perspectivas de carreira.

### 16 Formação do pessoal

16.1 A formação visa fazer com que o pessoal tome consciência das suas responsabilidades em matéria de reinserção dos delinquentes, da proteção dos direitos dos delinquentes e da proteção da sociedade. Deve igualmente sensibilizá-lo para a necessidade de uma cooperação e de uma coordenação das atividades com outros órgãos competentes.

16.2 Antes de assumirem as suas funções, os agentes receberão uma formação que incide, designadamente, sobre a natureza das medidas não privativas de liberdade, os objetivos da vigilância e as diversas modalidades de aplicação das ditas medidas.

16.3 Uma vez em funções, os agentes manterão atualizados e desenvolverão os seus conhecimentos e as suas qualificações profissionais graças a uma formação permanente e a cursos de reciclagem. Serão previstos meios apropriados para este fim.

## VII – VOLUNTARIADO E OUTROS RECURSOS DA COLECTIVIDADE

### 17 Participação da coletividade

17.1 A participação da coletividade deve ser encorajada, porque constitui um recurso capital e um dos meios mais importantes de reforçar laços entre os delinquentes submetidos a medidas não privativas de liberdade e as suas famílias e a comunidade. Esta participação deve completar os esforços dos serviços encarregados de administrar a justiça penal.

17.2 A participação da coletividade deve ser considerada como uma oportunidade para os seus membros de contribuírem para a proteção da sua sociedade.

### 18 Compreensão e cooperação por parte do público

18.1 Os poderes públicos, o sector privado e o grande público devem ser encorajados a apoiarem as organizações voluntárias que participem na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

18.2 Devem ser regularmente organizadas conferências, seminários, simpósios e outras atividades para melhor se fazer sentir que a participação do público é necessária para a aplicação das medidas não privativas de liberdade.

18.3 É conveniente recorrer aos meios de comunicação social, sob todas as suas formas, para fazer com que o público adote uma atitude construtiva que conduza a atividades apropriadas para favorecerem uma ampla aplicação do tratamento em meio aberto e a integração social dos delinquentes.

18.4 Deve fazer-se tudo para informar o público sobre a importância do seu papel na aplicação das medidas não privativas de liberdade.

## 19 Voluntários

19.1 Os voluntários são rigorosamente selecionados e recrutados segundo as aptidões exigidas para os trabalhos considerados e o interesse que têm por eles. São convenientemente formados para o desenvolvimento das funções específicas que lhes sejam confiadas e podem receber apoio e conselhos da autoridade competente, que podem também consultar.

19.2 Os voluntários encorajam os delinquentes e as famílias a entrarem em ligação concreta com a coletividade e a ampliá-la, fornecendo-lhes conselhos e qualquer outra forma de assistência apropriada, de acordo com os seus meios e as necessidades dos delinquentes.

19.3 No exercício das suas funções, os voluntários estão cobertos por um seguro contra acidentes e ferimentos e por um seguro contra terceiros. As despesas autorizadas relativas ao seu trabalho são-lhes reembolsadas. Os serviços que prestam à comunidade deverão ser oficialmente reconhecidos.

## VIII – INVESTIGAÇÃO, PLANIFICAÇÃO, ELABORAÇÃO DAS POLÍTICAS E AVALIAÇÃO

### 20 Investigação e planificação

20.1 Convém procurar interessar as entidades tanto públicas quanto privadas, na organização e na promoção da investigação sobre o tratamento dos delinquentes em meio aberto, que constitui um aspecto essencial da planificação.

20.2 A investigação sobre os problemas com que se debatem os indivíduos em causa, os práticos, a comunidade e os responsáveis deve ser efetuada de modo permanente.

20.3 Os serviços de investigação e de informação devem ser integrados no sistema de justiça penal para recolher e analisar os dados estatísticos pertinentes sobre a aplicação do tratamento de delinquentes em meio aberto.

### 21 Elaboração das políticas e preparação dos programas

21.1 Os programas relativos às medidas não privativas de liberdade devem ser planificados e aplicados de modo sistemático como parte integrante do sistema de justiça penal no processo de desenvolvimento nacional.

21.2 Os programas devem ser regularmente revistos e avaliados a fim de se tornar mais eficaz a aplicação das medidas não privativas de liberdade.

21.3 Deve efetuar-se um exame periódico para avaliar o funcionamento das medidas não privativas de liberdade e ver em que medida conseguem atingir os objetivos que lhes foram fixados.

## 22 Ligação com outros organismos aparentados e atividades conexas

22.1 Devem ser implementados a diferentes níveis os serviços necessários para assegurar a ligação entre, por um lado, os serviços responsáveis pelas medidas não privativas de liberdade, os outros sectores do sistema da justiça penal, os organismos de desenvolvimento social e de proteção social, tanto públicos quanto privados, em domínios tais como a saúde, o alojamento, a educação e o trabalho, e os meios de comunicação social por outro lado.

## 23 Cooperação internacional

23.1 Far-se-ão esforços para promover a cooperação científica entre países no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto. Convém reforçar o intercâmbio entre os Estados membros sobre as medidas não privativas de liberdade quer se trate de investigação, de formação, de assistência técnica ou de informação por intermédio dos institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes e em estrita colaboração com o serviço da prevenção do crime e de justiça penal do Centro para o Desenvolvimento Social e as Questões Humanitárias do Secretariado da Organização das Nações Unidas.

23.2 Convém encorajar a realização de estudos comparativos e a harmonização das disposições legislativas para alargar a gama das opções não institucionais e facilitar a sua aplicação para lá das fronteiras nacionais, de acordo com o tratado tipo relativo à transferência de vigilância de delinquentes que beneficiam de uma suspensão da execução da pena ou de uma liberdade condicional.

## ANEXO D – Resolução N° 05, de 19 de julho de 1999

Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA**, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista a decisão adotada à unanimidade, na reunião de 19 de julho de 1999,

Considerando a competência deste Conselho para fixar diretrizes de política criminal e penitenciária para todo o País (art. 64, I, Lei n. 7210/84);

Considerando a fundamentação inserta nos documentos sobre política criminal e penitenciária elaborados pelos Conselheiros Luiz Flávio Borges D'Urso e Nilzardo Carneiro Leão;

Considerando disposto na Constituição Federal, na Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984, bem como na Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994 deste Conselho, que fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil;

Resolve estabelecer como Diretrizes Básicas de:

### I - POLÍTICA CRIMINAL

Art. 1º Desenvolver efetiva política de promoção do homem no plano social, dando-lhe oportunidade de emprego, e prestando-lhe assistência médica e educação básica, de primeiro e segundo graus e profissional.

Art. 2º Proporcionar ao sistema jurídico sua reclamada agilização, instituindo ritos procedimentais simplificados, com vista a facilitar a tramitação de processos, - ampliação da área de competência dos juizados criminais especiais, revisão do critério de férias coletivas -, passos importantes para a restauração da confiança no Poder Judiciário.

Art. 3º Adotar efetiva política de proteção a bens jurídicos essenciais, como a vida e o patrimônio público e privado, implementando medidas de natureza preventiva, tais como a de eficaz policiamento ostensivo -, e repressiva - dentre essas, a de dar cumprimento aos mandatos de prisão.

Art. 4º Defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio*.

Art. 5º 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.

Art. 6º Fazer integrar aos currículos das Faculdades de Direito, como disciplinas obrigatórias, a Criminologia e o Direito Penitenciário ou Direito de Execução Penal.

Art. 7º Alertar para a ineficácia de regramentos normativos que visem a alargar a tipificação penal e oferecer maior rigor no tratamento de certos crimes, especialmente quando venham a contrariar o regime progressivo de cumprimento de pena, cientificamente voltado para reintegração social do condenado.

Art. 8º Motivar a comunidade, por intermédio de campanhas de esclarecimento, para a cooperação com a política de prevenção ao crime.

Art. 9º Atentar para as modernas manifestações de criminalidade, como poluição sonora, do ar, das águas, da paisagem, uso criminoso da informática e crime organizado.

Art. 10 Apoiar as iniciativas que busquem o disciplinamento ético dos programas de televisão, que banalizam a violência e o sexo e são exibidos em horários nos quais crianças e adolescentes estão despertos.

Art. 11 Adotar medidas que objetivem o desarmamento da população, porém, sem deixá-la inerte ante o banditismo armado.

Art. 12 Manter campanhas permanentes de esclarecimento à criança e ao adolescente acerca de comportamentos de segurança nas ruas e dos males do uso de drogas, dando ênfase aos benefícios da educação e da prática dos desportos.

Art. 13 Repudiar propostas como a de pena de morte, pena perpétua e redução de idade-limite da responsabilidade penal.

Art. 14 - Encorajar as iniciativas, inclusive de caráter legal, de amparo às vítimas de crimes.

## II - POLÍTICA PENITENCIÁRIA

Art. 15 Possibilitar o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próximos à residência da família do condenado.

Art. 16 Ampliar as vagas do sistema penitenciário, evitando o recolhimento de condenados e presos provisórios em delegacias policiais.

Art. 17 Priorizar a construção de miniprisiones para abrigar no máximo 300 reclusos, se possível adaptando as Cadeias Públicas de pequeno porte, especialmente as localizadas nas comarcas do interior, para integrá-las na estrutura do sistema prisional de cumprimento da pena.

Art. 18 Construir estabelecimentos federais, de segurança máxima, nomeadamente em regiões de fronteiras ou em zonas de grande concentração de criminalidade violenta.

Art. 19 Dar oportunidade aos que cumprem pena privativa de liberdade de acesso a tratamento humano, estudo e trabalho, apoiando convênios com órgãos públicos e parcerias com entidades de direito privado.

Art. 20 Manter campanhas permanentes de esclarecimento à opinião pública sobre a necessidade de aperfeiçoar a execução da pena, buscando, nesse sentido, a cooperação da OAB, dos clubes de serviço, das universidades, da Igreja, de confissões religiosas e instituições similares.

Art. 21 Estimular a composição e instalação de Conselhos da Comunidade em todas as comarcas do País, assim como a descentralização dos Conselhos Penitenciários.

Art. 22 Incentivar a instalação de Centros de Observação Criminológica, forma e modo de ensejar tratamento penitenciário adequado ao condenado.

Art. 23 Recomendar o exato cumprimento do que dispõem os arts. 66, VII e 68 parágrafo único, da LEP, a saber: visitas obrigatórias de Juizes e Promotores de Justiça aos estabelecimentos prisionais.

Art. 24 Proceder à qualificação do pessoal penitenciário, através de programas de formação e aperfeiçoamento, institucionalizando a Escola Penitenciária Nacional e estimulando a criação de escolas análogas nos Estados.

Art. 25 Realizar programas de prevenção e tratamento de DST/AIDS e dependência química, nas unidades penais.

Art. 26 Promover, de modo permanente, assistência jurídica aos condenados, aos presos provisórios, aos internados e aos egressos, através das Defensorias Públicas, dos Serviços de Assistência Judiciária mantidos pela OAB, assim como por Escritórios de Prática Forense dos Cursos ou Faculdades de Direito.

Art. 27 Reconhecer que é imprescindível, para a otimização do sistema penitenciário, seja ele informatizado.

Art. 28 Prever dotações orçamentárias específicas para o setor penitenciário, proibido seu emprego em outra destinação.

Art. 29 Viabilizar, junto ao Congresso Nacional, a remição da pena pela educação, assim como a exclusão da medida de segurança, - a ser encarada como um problema de saúde -, da alçada do Juiz da Execução Penal.

Art. 30 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.