

**BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS  
PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E  
DA FRAGMENTARIEDADE NO DIREITO  
PENAL BRASILEIRO\***

**TALITA DA FONSECA ARRUDA FONTANA**

Advogada. Professora de Direito Penal licenciada;  
Mestranda em Direito pela Universidade  
Estadual de Maringá.

\* Orientação do Professor Dr. Luiz Regis Prado

---

\*Trabalho apresentado como requisito parcial para avaliação na Disciplina Princípios penais constitucionais, ministrada pelo Prof. Dr. Luiz Regis Prado, Mestrado em Direito, sub-área Direito Penal, da Universidade Estadual de Maringá.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 Limitações ao poder de punir do Estado - 3 Dos princípios constitucionais penais - 4 O princípio da intervenção mínima - 5 Conseqüências da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade - 6 Conclusão.

## **1 INTRODUÇÃO**

O princípio da intervenção mínima tem sido apontado como uma tendência dos Estados que estribados em diretrizes político-criminais não podem mais admitir uma atuação desnecessária do Direito Penal. A característica essencial do direito penal como *ultima ratio* se impõem, a despeito do aumento sem precedentes da criminalidade, notadamente a organizada, não se pode perder de vista a atuação mínima deste instrumento deveras contundente. Para que o Direito Penal possa ser eficaz é mister que observe os princípios mais caros à sociedade e por essa razão insculpidos na Constituição Federal. Dentre os princípios primordiais do Estado figura o da intervenção mínima. Tendo em vista que a “natureza das coisas” deve sempre ser observada, e como sabido não é da natureza do ser humano abrir mão de direitos sem que haja contrapartida, fica fácil concluir que com base no contrato social, o homem apenas aceita ser privado de alguns bens jurídicos em casos extremos. É nessa parcela de atos extremados contra bens jurídicos de primordial importância que poderá atuar o Direito Penal. Justamente por ser o instrumento mais agressivo que o Estado dispõe para efetuar o controle social é que tal controle somente pode ser chamado em último caso.

Este breve estudo tenta demonstrar que as infranqueáveis barreiras constitucionais das quais faz parte o princípio em tela, tem por escopo limitar o poder de punir do Estado. Tal limitação como se verá, deve ocorrer tanto na fase legislativa quanto na fase judicial. Sem a menor pretensão de esgotar o presente tema, objetiva-se incutir o debate e a reflexão acerca de tão importante garantia constitucional nitidamente restritiva do Direito Penal.

## **2 LIMITAÇÕES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO**

Todos os princípios, sejam eles constitucionais penais ou penais constitucionais, são balizas infranqueáveis ao direito de punir do Estado, ou seja, “operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva

estatal.”<sup>1</sup> Existem duas formas básicas dos princípios figurarem no ordenamento jurídico impondo a referida limitação, o primeiro ocorre quando a essência do princípio é unanimemente aceita pela sociedade e tornam-se leis, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. A segunda maneira se dá através da experiência jurídica, de um processo hermenêutico, figurando de forma implícita já que não estão escritos nas leis. Tais princípios estão implícitos na legislação positivada, “quer pela busca de soluções jurídicas utilizando o Direito Comparado, seja através de contextos doutrinários, como jurisprudenciais, tais como o da intervenção mínima e o da insignificância.”<sup>2</sup>

Como retro mencionado tais princípios plasmam toda a Constituição; no caso da Carta Magna de 1988, fica muito claro o seu caráter antropocêntrico o que não causa incoerência com as diretrizes do Direito Penal moderno que clama por uma política criminal não intervencionista<sup>3</sup>. Os princípios e garantias das liberdades do cidadão traçam uma rede de proteção dos direitos feita pelo Direito Penal e contra o Direito Penal ao mesmo tempo. Explica-se. Pode parecer que os princípios constitucionais penais visam legitimar o direito de punir do Estado, contudo serve muito mais para defender o cidadão do *ius puniendi* estatal arbitrariamente empregado, do que para dar-lhe força repressora.

Com a criação liberalista o Estado de Direito, que nasceu com o intuito de acabar com a arbitrariedade dos monarcas, todos passaram a estar submetidos à lei. Nada mais. Já o Estado Democrático acresceu mais uma limitação ao poder do Estado, ou seja, além de submeter-se as leis como todos os cidadãos foi obrigado a curvar-se a soberania popular, garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana. Infelizmente, nem uma forma nem outra foram capazes de alcançar a justiça social.

O que deve ser levado em conta é que num Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>, deve-se submeter-se as leis, mas sem descurar das diretivas sociais, perseguindo

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p.129

<sup>2</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001. p.54-55

<sup>3</sup> *Op.cit.*, p. 58.

<sup>4</sup> Se a noção de Estado adotada incluir o aspecto social, hoje em voga, ficam evidentes as preocupações apresentadas por André Luis Callegari, que aduz: “[...] a admissão de um Estado social, que intervém para procurar bem-estar aos cidadãos, não obriga postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão mais além do imprescindível para sua própria proteção. Ao contrário, em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos.” Tal idéia deixa claro que é possível a combinação do postulado da intervenção mínima como o Estado Social fomentado constitucionalmente. (CALLEGARI, André Luís. *O princípio da intervenção mínima no Direito Penal*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 769, nov. 1999, p.457).

certos fins, regidos por certos valores eleitos pela sociedade. É neste viés que a importância dos princípios aflora na sua forma mais primordial, eles é que conduzem as leis a convergirem com tais valores reitores insculpidos constitucionalmente. Tais postulados regulam em primeiro lugar o poder do legislador na medida em que determinam o conteúdo das normas, notadamente as de cunho penal. “Além disso, esses princípios são critérios para a redução do sistema penal, abalando a profissão de fé do legislador e de alguns doutrinadores, no sentido de que a pena privativa de liberdade seja a solução e traga uma contenção da criminalidade.”<sup>5</sup>

Sem a democracia, que instituiu o poder constituinte, que deu voz ao clamor popular e por isso é legítimo, os valores supremos assegurados na Carta Magna nunca passariam de meros enunciados para realidade social. Assim, tal transferência (letra da lei/realidade social) segue as diretivas dos princípios constitucionais notadamente os penais que são a *ultima ratio* de um Estado.

### 3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS<sup>6</sup>

Os princípios, não apresentam o aspecto funcional típico das regras, em razão do seu alto nível de abstração e de indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicados.

Deve ficar claro, no entanto, que mesmo com peculiaridades próprias de cada tipo normativo, um não se sobrepõe ao outro, pelo contrário são da mesma magnitude. Juntamente com as regras, os princípios fazem parte do ordenamento jurídico, o que leva a concluir que todas as normas possuem o mesmo nível hierárquico.

As normas principiológicas, cumprem a função de norteadoras de uma série de outras normas, dando sentido valorativo à Constituição, mas por outro lado, carecem de precisão de conteúdo, perdendo carga normativa. A perda de carga normativa acaba tornando as normas principiológicas, antes que sobrevivem acima das normas regras, ganhando força valorativa e orientando as demais normas.

---

<sup>5</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001. p.61

<sup>6</sup> Neste caso a utilização do termo “princípios constitucionais penais” é em sentido amplo, tendo em vista a importante diferenciação entre os princípios penais constitucionais dos quais, o da intervenção mínima e da fragmentariedade e os princípios constitucionais penais, que na definição de Luiz Regis Prado são “[...] princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou homogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal [...]” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro....op. cit.*, p.129). No mesmo sentido vide: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003. p.13 segs.; PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989. p. 22 e segs.

Mesmo sabendo que os princípios não geram direitos subjetivos, não deixam de ter suma importância, pois possuem função transcendental dentro da constituição. Eles é que dão feição de unidade ao texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais.

É por essa razão que os princípios ganham em abrangência, uma vez que irradiam por todas as demais normas, as chamadas regras, influenciando em sua interpretação, na determinação de seu conteúdo e, até mesmo, tornando inconstitucionais as regras cujo teor pretenda impor comandos que conflitem com os princípios.

Ademais, os princípios permeiam todo o ordenamento jurídico, dando as diretrizes de interpretação, criando uma interferência recíproca entre regras e princípios, que fazem com que a vontade constitucional só possa ser revelada através de uma interpretação sistemática, excluindo a possibilidade que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade. A letra fria da lei é sempre o ponto de partida do interprete, mas nunca é o de chegada.

Princípio é por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou o verdadeiro alicerce do sistema constitucional. Como os princípios dão à tônica de interpretação do sistema normativo, acabam conferindo harmonia ao sistema.

O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é mais do que isso, é um conjunto significativo, é unidade de sentido, é valor incorporado à regra. Estes valores compõem os princípios que nascem sempre antes da regra.

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas<sup>7</sup>, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do direito. Pode-se dizer que cada área do direito é a concretização de certo número de princípios, que constituem seu núcleo central, já que possuem todo o campo dentro de seu alcance. Neste trabalho pretende-se abordar tão somente os princípios penais constitucionais, mais precisamente o princípio da intervenção mínima do direito penal e seus consectários.

---

<sup>7</sup> Neste sentido vide: BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.p. 257; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 52; ALEXY, Robert. *Teoria delos Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.p. 83 apud. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2005 p. 65; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.39.

Os princípios são concretizados à medida que normas vão sendo editadas sob a sua égide.

Toda norma deve estar em conformidade com os princípios constitucionais e não o contrário. As normas são responsáveis por regras pontuais, determinada é sua abrangência, enquanto que os princípios devem ter sob sua luz todo o ordenamento jurídico constitucional.

Ademais o Direito Penal moderno tem por finalidade precípua a proteção de bens jurídicos, ou seja, aqueles bens que são indispensáveis tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva. Tal proteção se dá com substrato constitucional, que por sua vez, está calcado nos princípios reitores do Estado Democrático de Direito, quais sejam, “personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade.”<sup>8</sup>

Neste diapasão, por vezes a doutrina mais abalizada apresenta classificações diferentes, cada qual com as peculiaridades de quem as escreve, contudo quase todos os princípios mencionados são sempre arrolados, de maneira explícita ou implícita<sup>9</sup>. Ademais, o que tem relevo neste trabalho é o princípio da intervenção mínima<sup>10</sup> do direito penal e seus corolários.

#### 4 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O presente princípio não é tema recente para o direito penal. A dificuldade em observar sua trajetória reside na questão de que o princípio da intervenção mínima, embora presente em muitas legislações após a iluminação ocorrida

---

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p.54 e do mesmo autor: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p.129

<sup>9</sup> Neste sentido, entre outros, vide: princípios aceitos por Luigi Ferrajoli, apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O “modelo garantista” de Luigi Ferrajoli. *Boletim IBCCrim*, n. 58, edição especial, set. 1997 p.6.; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição...* op. cit., p.54; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro...* op. cit., p.129; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.13 segs.; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.p.64; DOTTI, René Ariel. *Reforma penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.336-353.; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999. p. 78 e segs.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.3; MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p.3

<sup>10</sup> Assevera Juarez Tavares, que “normalmente, o princípio da intervenção mínima é confundido com o princípio da subsidiariedade ou com o caráter fragmentário do Direito Penal, consoante à formulação de Binding ou com o princípio da necessidade da intervenção. Esta postura, entretanto, deve ser evitada.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992, p.82).

no séc. XVIII, quase sempre aparece de forma implícita<sup>11</sup>, porém nunca fragilizada. Por ser franca orientação de política criminal<sup>12</sup>, com o intuito de refrear a arbitrariedade do *ius puniendi*<sup>13</sup> estatal figura robustamente nas legislações modernas.

Beccaria fala pela primeira vez de forma evidente no princípio da intervenção mínima no título II de sua obra “Dos delitos e das penas”, o que fica exposto na seguinte idéia: “só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em por no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto.” Com extrema riqueza de conteúdo continua seu texto falando da base do direito de punir do ente estatal, refletindo: “O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo direito de punir que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.”<sup>14</sup>

A diretiva que indica a necessidade da intervenção mínima do Estado está presente em muitos documentos internacionais como, por exemplo, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem” de 1948, as “Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não-privativas de liberdades” de 1990, entre outros, que revelam que se usada uma interpretação sistemática, a conclusão evidente é a da presença marcante do postulado da intervenção mínima.

Não há como negar a presença do princípio penal constitucional da intervenção mínima no ordenamento jurídico brasileiro, já que é imperativo que figure entre os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

O denominador comum, o nó górdio da questão, encontrado no pensamento da esmagadora maioria dos doutrinadores que abordam a importância do direito penal mínimo, encontra-se na sua função de limitador do poder de punir estatal. Várias são as definições<sup>15</sup> do princípio em tela, contudo, não existe unanimidade;

---

<sup>11</sup> “O princípio da necessidade ou da intervenção mínima, mesmo não estando positivado em nosso catálogo principiológico constitucional e nem em nosso sistema normativo infraconstitucional, é um princípio que pode e deve ser deduzido, tanto pelo legislador quanto pelos aplicadores da lei, dos demais elementos principiológicos fundadores do Estado Democrático de Direito.” (COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000. p. 185).

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p.57

<sup>13</sup> No mesmo sentido: SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 9.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis; Bauru, SP: Edipro, 2000. p. 17.

<sup>15</sup> Algumas definições dos mais diversos autores: “Por sua vez, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.”

apenas quanto ao poder de limitação<sup>16</sup> do *jus puniendi* do Estado é que todos os doutrinadores concordam.

Assim, o princípio da intervenção mínima pode ser observado por três focos diferentes<sup>17</sup>. O primeiro visa esclarecer “onde o direito penal deve ir”, o segundo “até onde o direito penal pode ir” e o terceiro “porque o direito penal deve ir” (na direção apontada pela primeira função). Esclarece-se. Todas essas visões objetivam limitar de uma forma ou de outra o alcance do princípio da legalidade (postulado explícito e o mais citado pela doutrina abalizada), pois lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>, nenhuma pessoa pode ser acusada e muito menos penalizada por uma conduta que não esteja prevista em lei como crime, impondo balizamentos essenciais à atividade legislativa na seara penal. Não basta limitar a atuação do poder legiferante e dar margens ao arbítrio judicial<sup>19</sup>.

Na esfera judicial também se faz necessária a barreira infranqueável do princípio da legalidade como também se exige a atuação do postulado do direito penal mínimo. Para que a legalidade e suas garantias não sejam colocadas

---

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 3ª. ed. rev. e ampli. São Paulo: RT, 2003. p.56/57; “[...] o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando os demais à aplicação das sanções extra penais.” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003. v.1, p.57. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “[...] a limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma, é o que se denomina princípio da intervenção mínima.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 72.

<sup>16</sup> Também considera necessária a limitação do poder de punir do Estado, Gracia Martín MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos da dogmática penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 57.

<sup>17</sup> Tal princípio possui três faces teóricas, mas quando se fala de sua incidência nos Estados Latino-Americanos como um todo deve-se levar em conta as lições de Zaffaroni e Pierangeli que aduzem: “[...] o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face da nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1, p. 73).

<sup>18</sup> “Relativamente ao Direito Penal, à proteção à dignidade da pessoa humana serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade.” (TAVARES, Juarez. *Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992. p.77).

<sup>19</sup> O que deve restar claro, é que “o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõem-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11. Do mesmo autor, em texto escrito em conjunto com Luiz Regis Prado, conferir as mesmas idéias. BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Regis. *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 15, jul./set., 1996. p. 81- 96.

por terra, o controle das normas através da interpretação por parte dos julgadores é salutar. O juiz também deve ser um crítico das criminalizações excessivas ou até mesmo desnecessárias, numa tendência nefasta do direito penal simbólico, promocional<sup>20</sup> e por isso máximo ao invés de mínimo, do qual o magistrado é obrigado a discordar por ocasião de suas decisões, com o escopo de efetivar as garantias plasmadas na Constituição Federal de 1988.

Mas onde o Direito Penal deve ir? A primeira incumbência do princípio da intervenção mínima é a de estabelecer as hipóteses de incidência da lei penal. Neste viés o princípio em tela visa garantir que o poder legiferante siga fielmente os critérios<sup>21</sup> estabelecidos para o processo legislativo, atentando concomitantemente para a qualidade da legislação elaborada. Limita a utilização do poder de legislar ao mínimo possível e nas ocasiões de indiscutível necessidade<sup>22</sup>. Atua também restando, em parceria com o princípio da proporcionalidade, a quantificação das penas correspondentes a cada tipo penal criado. A obrigação precípua do direito penal é tutelar bens jurídicos, mas os bens jurídicos devidamente eleitos, haja vista que, a seara penal serve apenas para proteger os bens jurídicos mais caros a sociedade, no caso das lesões mais graves a estes mesmos bens. Noutro dizer, “[...] o direito valoriza suas normas, que se dispõe em escala hierárquica. Incumbe ao direito penal, em regra, tutelar os valores mais elevados ou preciosos, ou, se se quiser, ele atua somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade.”<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Neste viés “ao Direito Penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito – que historicamente sempre terá sido, mas que pelo menos seguramente o foi a partir da época das luzes - de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 73). Vide ainda neste sentido: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora Aguiar e Souza, 1951. p. 196. CARVALHO, Ivan Lira. O Direito Penal como instrumento inibidor da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 18, abr/jun. 1997. p.70.

<sup>21</sup> Ensina Juarez Tavares que o poder de punir do Estado deve ser limitado, e para isso devem ser obedecidos certos princípios, que são exigências de um Estado Democrático. Segundo o autor, “A *fortiori* servem esses princípios como critérios de seleção de crimes e cominação de penas. Podemos, inicialmente, classificar esses princípios em dois grandes grupos: a) princípios de limitação material e b) princípios de limitação formal. Os primeiros dizem respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem jurídico, à necessidade da pena, à intervenção mínima, à proporcionalidade e às categorias lógico-objetivas. Os segundos tratam da legalidade e seus corolários, bem como, conseqüentemente, da formação de tipos, dos fatores de reprovação e da punibilidade.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, número especial de lançamento, dez. 1992. p.76).

<sup>22</sup> Quando aborda o Direito Penal Liberal, Galdino Siqueira toca no princípio da intervenção mínima, contudo fala em “necessidade”. (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. t. 1, p. 63).

<sup>23</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*.

A escolha dos bens jurídicos a serem tutelados, também deve obedecer a regras rígidas<sup>24</sup>, com o fito de que o sistema não seja desnaturado por escolhas equivocadas. Os bens jurídicos devem representar fidedignamente os anseios e necessidades da sociedade da época da promulgação do texto constitucional. A escolha de bens jurídicos dignos de tutela penal deve ocorrer com substrato na regras e princípios constitucionais. Em alguns casos específicos, numa demonstração de atenção ao clamor popular, o legislador constituinte insculpiu na Carta Magna alguns mandatos expressos de criminalização<sup>25</sup>. Tais normas são exemplo, claro, de bens jurídicos com dignidade de tutela penal. Nos casos onde não exista mandato expresso de criminalização<sup>26</sup>, fica a critério do legislador infraconstitucional a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos, sempre pautado, como é evidente, nos princípios constitucionais e na natureza antropocêntrica e garantista da Constituição em vigor que alicerça o Estado Democrático de Direito brasileiro.

É notória a atual inflação penal no direito pátrio, o que comprova o fato de que toda vez que os legisladores relegam a segundo plano os ditames constitucionais, ficando sem balizas de atuação, a legislação invariavelmente deixa de atender aos critérios insubstituíveis para escolha dos bens jurídicos a serem protegidos e o Estado passa a interferir demasiadamente nas relações sociais. Todas as vezes que existe desproporção entre os delitos e as penas e ocorre aplicação desenfreada de medidas penais, nasce também o descrédito, ou seja, “o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente.”<sup>27</sup>

---

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001. p. 77.

<sup>24</sup> Segundo Luiz Regis Prado, com supedâneo em Rudolph, a escolha dos bens jurídicos devem obedecer algumas condicionantes, quais sejam: “1) Que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição. 2) Que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional. 3) Que um tipo penal seja portador de um bem jurídico, claramente definido não significa já sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido, diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.” apud PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição...* op. cit., p. 53

<sup>25</sup> *Idem*, p. 76 a 81.

<sup>26</sup> Mesmo havendo mandato expresso de criminalização o Direito Penal deve permanecer como *ultima ratio*, ou seja, “em um verdadeiro Estado social e democrático de direito, o Direito Penal pode e deve continuar a ser considerado como *ultima ratio*, não podendo haver uma obrigatoriedade incondicional de criminalização, mas sim uma possibilidade de criminalização, na medida do necessário, mesmo nos casos de ‘determinações’ constitucionais expressas.” (MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7 n. 25, jan./mar. 1999, p. 62.

<sup>27</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p.42

Se os “remédios” forem inocuizados que restará ao Estado como mecanismo formal de controle social? A resposta está na observação irrestrita do princípio da intervenção mínima, aliado aos demais tipos de controle formal da sociedade. A subutilização das demais esferas de controle formal do Estado sobrecarrega o sistema penal que nitidamente está em pane<sup>28</sup>. Relegar soluções aos demais ramos do direito, hodiernamente, aparenta ser a forma mais eficaz de acabar com as criminalizações inúteis e desarrazoadas<sup>29</sup>.

Neste momento, aponta-se para o segundo foco que deve ser encarado à luz do postulado da intervenção mínima, qual seja a questão de “até onde o direito penal deve ir”, revelando o *quantum* de liberdade dos cidadãos o direito penal pode restringir; até onde pode imiscuir-se nas esferas sociais.

*Prima facie* o princípio da intervenção mínima atua restringindo a atuação do direito penal aos casos onde todas as demais esferas de proteção de direitos não foram suficientemente eficientes. Quando a lesão jurídica não pode ser resolvida de outra forma, entre em ação o direito de *ultima ratio*<sup>30</sup>. Mas depois que o direito penal já interveio no conflito social de uma maneira ou de outra, existe uma segunda barreira, que consiste na limitação da exegese da letra da lei. O interprete deve ter em mente que as normas penais somente poderão atuar em último caso e de maneira contida, ou seja, o mínimo de atuação suficiente para resolver o conflito. Nesta segunda fase, “a intervenção mínima como princípio, terá sua penetração na dinâmica da hermenêutica como fundamento ao princípio da insignificância.”<sup>31</sup> Contudo, deve-se atentar para a total impossibilidade de confusão entre o princípio da insignificância e o postulado da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima visa atuar sempre em relação à escolha dos bens jurídicos mais importantes e das penas suficientemente aceitas pela sociedade, já o princípio da insignificância atua quando já se verificou que existe lesão a um bem jurídico que possui dignidade penal, mas o *quantum* lesionado é demasiadamente pequeno não incidindo necessidade de atuação penal.

---

<sup>28</sup> MAURACH, R. afirma que o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção dos bens, ao contrário condena o sistema penal à inanidade. apud. PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição...* op. cit., p. 57.

<sup>29</sup> Conveniente neste passo a lição de Cezar Roberto Bitencourt quando afirma “Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da ‘inflação legislativa’ reinante nos ordenamentos positivos.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 11).

<sup>30</sup> Neste sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.181.

<sup>31</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p.86.

Então endaga-se, porque utilizar o Direito Penal? Por derradeiro deve-se tratar da função exercida pelo princípio da intervenção mínima que perscruta o porquê da necessidade de atuação da esfera penal e o porquê da incidência da consequência jurídica do delito. O moderno Direito Penal não tolera a utilização desenfreada da pena privativa de liberdade como consectário quase obrigatório de toda infração penal. Tal visão consubstancia um pensamento retrogrado que por hora abre mão das garantias fundamentais, conseguidas a um custo altíssimo. Ora não é por que o Código Penal estatui no art. 5º inciso XLVI da CF/88, que este tipo de medida coercitiva deve ser empregada sem observação rígida do princípio sob comento. Um direito penal humanizado e muito mais preventivo que repressivo deve despenalizar muitas condutas na fase legislativa, mas enquanto tal reforma vai caminhando, *pari passu* deve ser aplicada também uma despenalização judicial na ocasião da aplicação da norma.

Existe um movimento despenalizador<sup>32</sup> que advoga pela aplicação da pena abaixo do limite mínimo fixado no preceito secundário da norma. Assim, “a partir do momento em que um fato se amolde perfeitamente ao tipo legal, e em não sendo hipótese de exclusão da antijuridicidade da conduta, importa indagar-se acerca da necessidade<sup>33</sup> da aplicação da pena ao infrator.”<sup>34</sup> A pena jamais pode ultrapassar o *quantum* mínimo suficientemente eficaz e deve ser aplicada somente nas situações estritamente necessárias. O binômio, merecimento e necessidade, deve estar presente em relação à conduta delitiva em todas as vezes que uma pena for aplicada. Tanto as circunstâncias legais quanto as judiciais devem ser levadas em conta no momento da fixação do montante da pena.

No que diz respeito às finalidades da pena e suas teorias, não se irá versar no presente trabalho, tendo em vista, o claro distanciamento do objeto pesquisado neste. Clarividente a idéia de que o princípio da intervenção mínima consubstancia típica orientação de política criminal<sup>35</sup>, tanto no momento da limitação *ex ante*, efetuada pelo legislador, quanto no momento *post factum*, da aplicação judicial do preceito secundário da norma penal. Como orientação

<sup>32</sup>TORON, Alberto Zacharias. Prevenção, retribuição e criminalidade (o “tao” do Direito Penal). *Fascículos de Ciências Penais, SAFE*. Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 3, jul/ago/set. 1993, p.4.

<sup>33</sup> Com muita propriedade fala sobre a necessidade da intervenção penal por meio da sanção o autor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira. OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5 n. 15, jan./mar. 1997, p. 145-152.

<sup>34</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 94.

<sup>35</sup> De forma veemente reafirma o caráter de política criminal do princípio sob estudo Bernd Schönemann. SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n.53, mar./abr. 2005, p. 23.

de política criminal que é a intervenção mínima em última instância acaba restringindo ao mínimo<sup>36</sup> a condenação a penas privativas de liberdade e conseqüentemente à privação do sagrado direito a liberdade.

## 5 CONECTÁRIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: FRAGMENTARIEDADE<sup>37</sup> E SUBSIDIARIEDADE

Justamente por serem conseqüências do relevante princípio da intervenção mínima é que tanto a fragmentariedade quanto a subsidiariedade também foram erigidos a princípios penais constitucionais. A característica da fragmentariedade foi registrada pela primeira vez pelo penalista Karl Binding<sup>38</sup> em 1896. A relação entre fragmentariedade e lacunosidade não é mais aceita no direito penal moderno, tal como ocorria na visão de Binding. Deve existir nítida separação entre a lacunosidade do direito e a fragmentariedade que nada mais é que a permissão de atuação do direito penal nas hipóteses onde houver ofensa ao bem jurídico protegido e tal lesão ou perigo de lesão seja gravíssima<sup>39</sup>. Do contrário a tutela dos bens jurídicos deverá ser efetuada por outros ramos do direito, perfeitamente capazes de resolver os casos que não são de ofensa extrema.<sup>40</sup>

O fato do direito penal ser a forma mais acintosa de intromissão na esfera social, reputa ao caráter fragmentário<sup>41</sup> de sua atuação uma virtude, pois

---

<sup>36</sup> Conveniente a reflexão feita por Isaac Sabbá Guimarães, no sentido de que a aplicação da norma penal levada a efeito pelos juizados especiais criminais converge com a finalidade do princípio da intervenção mínima. GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Intervenção mínima para um Direito Penal eficaz*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 800, jun. 2002. p. 496.

<sup>37</sup> Tal princípio também é chamado de princípio da essencialidade, a título de exemplo, vide: RIPOLLÉS, José Luis Diéz. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005. p. 151.

<sup>38</sup> Apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 86

<sup>39</sup> Ressalta Nilo Batista: "Constitui-se assim o Direito Penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo." (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*....op. cit., p. 86), neste sentido vide também: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 159.

<sup>40</sup> Ao diferenciar o Direito Administrativo do Direito Penal, José Frederico Marques reforça o caráter fragmentário do Direito Penal, deixando claro que aludido ramo do direito apenas pode ser utilizado em último caso. Assim ensina, "[...] o Direito Penal reforça a tutela do Direito Administrativo, sancionando complementarmente os atos ilícitos contra a administração, de forma a torná-los também ilícito punível." Fica evidente que mesmo quando o bem jurídico tutelado é o mesmo, a tutela penal somente incidirá quando a ofensa a tal bem seja inaceitavelmente grave. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. rev. atual. e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Campinas, São Paulo: Bookseller. 1997. v. II p. 40).

<sup>41</sup> "Fragmentário, porque não tutela todos os bens e valores existentes na vida social ou no mundo jurídico – ele seleciona 'fragmentos', aos quais resolve valorar como 'tipos penais'." ROSA, Antonio José Miguel Feu. *O Novo código pena*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 41.

representa proteção efetiva do cidadão contra o *ius puniendi* estatal, uma vez que, se assim não fosse, em qualquer tipo de lesão aos bens jurídicos eleitos, mesmo que de natureza quase irrisória seria necessária à intervenção drástica do direito penal e junto com ele suas nefastas conseqüências que maculam a vida de um condenado ou até mesmo apenas acusado, pelo resto de sua existência e às vezes até além dela.

Diante das sabidas conseqüências trazidas pela intervenção penal deve-se enaltecer sua característica essencial de *ultima ratio*<sup>42</sup> que é. Como último dos últimos recursos, e a mais contundente forma de controle social existente, o direito penal deve sempre ter-se por subsidiário. A subsidiariedade deste ramo é corolário do princípio da intervenção mínima na medida, que dele faz parte e o fortalece. Ora, somente quando tudo foi tentado e todos os demais ramos do direito foram incapazes de solucionar o conflito social, quando todas as demais formas de controle formal tomaram-se débeis, diante da força da inaceitabilidade da conduta pela sociedade, somente neste momento, nasce à autorização para que o Estado lance mão de seu mais pesado instrumento, o Direito Penal.<sup>43</sup>

Notadamente a subsidiariedade do direito penal também consubstancia medida de política criminal, uma vez que deve ficar clara a diretriz de um Estado tido por Democrático de Direito, assim deve-se fazer o mínimo uso possível desta ferramenta controladora.

O custo social de medidas extra-penais<sup>44</sup> de controle é muito mais aceitável. Neste diapasão, deve-se primar pelo implemento das soluções extra-penais, tornando os demais ramos do direito mais fortes e acreditados pela sociedade que não precisa utilizar-se do instrumento penal para qualquer espécie de ilícitos. Nesta esteira de raciocínio vai à recomendação do fomento imediato de um direito administrativo sancionador.<sup>45</sup>

---

Vide também: MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p. 4.

<sup>42</sup> Não se pode olvidar que “a pena é a *ultima ratio* na garantia do mínimo ético.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v.1, p. 45).

<sup>43</sup> Acatando o caráter subsidiário do Direito Penal aduz Álvaro Mayrink da Costa: “A sanção penal é a *extrema ratio* que utiliza o Estado, após esgotados todos os meios e num plano lógico-sistemático; pode ser posterior às outras normas não penais, no sentido de acrescentar, reforçar ou complementar a tutela prestada por normas não penais.” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 9).

<sup>44</sup> “Assim, sendo possível a tutela por via extra penal esta deve prevalecer. É a tendência que se verifica na Itália com o processo de despenalização, que transformou delitos e contravenções em infrações administrativas, especialmente porque muitas dessas infrações tinham cunho penal por ausência de previsão de prescrições de cunho administrativo.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26).

<sup>45</sup> Seguindo o mesmo viés, da mesma maneira como vem ocorrendo em países europeus como pontua Miguel Reale Júnior: “Os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França bem

Assim, “o princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente.”<sup>46</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Toda e qualquer intervenção na vida dos jurisdicionados deve ser fundamentada. O princípio da intervenção mínima fundamenta e limita a intromissão do instrumento penal, tendo em vista, que tal interferência é demasiadamente funesta. A mácula deixada pelo direito penal na vida de um indivíduo torna-se marca indelével, e justamente por isso, tal marca somente deve ser impressa em casos extremos. A Constituição Federal pátria protege a sociedade através do direito penal e também do próprio direito penal. Isso é assim, porque se não houvesse limitações ao poder de punir do Estado as garantias mínimas dos direitos dos cidadãos poderiam ser violadas sob qualquer pretexto.

Deve haver detida reflexão no sentido de que a violência não deve ser objeto de preocupações apenas da seara penal, mas sim, e, primordialmente das políticas públicas que se efetivarem as normas programáticas plasmadas na CF/88, sem sombra de dúvida, a criminalidade diminuirá vertiginosamente.

As diretrizes norteadoras da Constituição jamais podem ser abandonadas ou fragilizadas. A eleição dos bens jurídicos que terão dignidade penal deve obedecer rigorosamente tais diretrizes sob pena de contrariar o diploma Magno. Esta sublime tarefa cabe aos legisladores.

O princípio da legalidade de maneira isolada não é capaz de conter o arbítrio judicial, pois estaria limitado apenas formalmente ao estabelecimento de condutas de forma legalizada, contudo os valores que seriam protegidos ficariam ao bel prazer dos interesses do poder legiferante ou do casuísmo, assim imprescindível a atuação do postulado da intervenção mínima que limita o arbítrio tanto na fase legislativa, quanto judicial, protegendo a sociedade de criminalizações absurdas e iníquas.

---

demonstram como a escolha da via penal ou da via administrativa nada tem haver com a importância do bem jurídico, tratando-se antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único. Trata-se, portanto, de um problema de eficácia social, e não de uma questão de diversidade axiológica.” REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no Direito Penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n.28, out./dez. 1999, p. 122.

<sup>46</sup> ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001. p. 103.

Uma reforma de cunho axiológico na legislação penal constitui necessidade premente. A despenalização e a descriminalização de muitas condutas devem ser a tônica da referida reforma. A inflação legislativa ao invés de maximizar a proteção do corpo social, acaba por desnaturar a função de *ultima ratio* que o Direito Penal deve assumir de forma rigorosa. Enquanto a reforma não é implementada cabe aos hermeneutas do poder judiciário reduzir as injustiças praticadas tendo por base criminalizações desmedidas e desarrazoadas. Deve-se primar pela suficiência e necessidade das penalizações. Um Estado forte prescinde de um sistema penal recheado de normas. As demais esferas do Direito devem ser fomentadas quanto ao combate dos ilícitos que não possuem magnitude penal, deixando que o instrumento drástico fique realmente para as situações onde outras interferências seriam totalmente ineficazes.

Um Estado Democrático de Direito quedasse impossível sem o postulado da intervenção mínima.