

O princípio constitucional da intervenção penal mínima

Maíra Silveira da Rocha Nowicki Varela¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Significado e evolução histórica do princípio constitucional da intervenção penal mínima. 2.1 Os princípios constitucionais penais. 2.2 O princípio constitucional da intervenção penal mínima. 2.3 Evolução histórica do princípio da intervenção penal mínima e o problema da incriminação excessiva. 3 O direito penal mínimo. Caráter subsidiário e fragmentário do direito penal. 3.1 O direito penal mínimo. 3.2 Caráter subsidiário do direito penal. 3.3 Caráter fragmentário do direito penal. 4 Descriminalização, despenalização e desjudicialização. 4.1 Considerações iniciais. 4.2 Descriminalização. 4.3 Critérios para a criminalização segundo o princípio da intervenção penal mínima. 4.4 Despenalização. 4.5 Desjudicialização ou diversificação. 5 Conclusões. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O sistema jurídico-penal do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social, pois impõe as mais graves sanções jurídicas: penas e, em alguns casos, medidas de segurança.

O delito constitui, por sua vez, ao menos em tese, a mais grave forma de transgressão de normas. Assim, incriminam-se comportamentos a fim de proteger determinados bens e interesses considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição de sanção e de sua efetiva execução, evitar que esses comportamentos se realizem.

Saber quais bens jurídicos devem ser protegidos sob a ameaça de pena, ou seja, os critérios para criminalizar comportamentos, é uma questão fundamental em um Estado Democrático de Direito. O certo é que devem ser protegidos penalmente os bens de maior valor e significado social.

A pena é a *ultima ratio* do sistema. Deve ser imposta exclusivamente quando não houver outras medidas suficientes para solucionar satisfatoriamente o conflito e reabilitar o sujeito, pois o nosso sistema penal não reeduca nem ressocializa o agente do crime. Ao contrário, ele favorece a reincidência. E está provado que a imposição da pena privativa de liberdade realimenta este sistema, que reflete a desastrosa estrutura política e socioeconômica do País, atingindo quase que somente os pobres e desfavorecidos.

Assim, é de suma importância o princípio da intervenção mínima do Estado na esfera penal, o qual se baseia em incriminar e fornecer resposta penal somente a condutas que atinjam bens jurídicos de grande importância para a sociedade.

Convém ressaltar que o princípio da intervenção penal mínima decorre do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, ou seja, o Estado não deverá intervir com a sanção jurídico-penal para proteger todas as condutas lesivas, mas somente aquelas que agredirem de forma intolerável os bens jurídicos de grande relevância e apenas se não existirem outros remédios extrapenais eficientes e necessários para punir tais lesões.

Devido às consequências negativas da criminalização de certas condutas, os custos sociais que a intervenção penal demanda e a ineficácia desta, o sistema penal precisa ser mudado urgentemente, mediante a aplicação de formas alternativas de controle social, que precisam ser empregadas no lugar dos métodos tradicionais.

Diante desse falho, inchado e caro sistema jurídico-penal, faz-se necessário descriminalizar, despenalizar e desjudicializar certos comportamentos. É preciso excluir a competência do Direito Penal para decidir sobre condutas que não atinjam valores fundamentais para a convivência social e possam ser evitadas e reprimidas de formas efetivamente construtivas e ressocializadoras, e não mediante um castigo que implique consequências trágicas para o agente e toda a coletividade.

2 Significado e evolução histórica do princípio constitucional da intervenção penal mínima

2.1 Os princípios constitucionais penais

Ao contrário das normas, os princípios caracterizam-se como preceitos universais e abstratos e são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico. Apesar disso, Gomes Canotilho e Vital Moreira constatarem que os princípios “podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios”.²

¹ Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Candido Mendes - UCAM, Rio de Janeiro. Pós-graduada em Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Servidora pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cargo de Oficial de Apoio Judicial.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê diversos princípios que protegem o indivíduo em face do sistema punitivo estatal e, como afirma Bitencourt, tais princípios poderiam ser chamados de “princípios reguladores do Controle Penal [...] ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”.³

Maurício A. Ribeiro Lopes, ao descrever a existência de princípios penais explícitos e implícitos no art. 5º da Carta Magna brasileira, afirma que os mesmos “têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo e garantista*”.⁴

O princípio da dignidade humana (art. 1º da CF) constitui o mais importante dentre aqueles consagrados no Estado Democrático de Direito, pois ele direciona e democratiza todo o sistema penal, na medida em que dele derivam os princípios constitucionais penais.

Assim, a Constituição Federal consagra princípios que fornecem diretrizes ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, pois limitam a intervenção estatal nos direitos primordiais do indivíduo e da sociedade.⁵ Entre esses princípios, deve-se destacar: reserva legal (que abrange o princípio da irretroatividade maléfica), retroatividade benéfica, humanidade, pessoalidade, culpabilidade, ofensividade, individualização da pena (que abrange o princípio da proporcionalidade) e intervenção penal mínima.

Com isso, a criação da norma penal deverá obedecer aos princípios penais constitucionalizados, a fim de que se retirem deles a “legalidade, legitimidade e justificativa para a regulamentação sancionadora da conduta humana”.⁶

2.2 O princípio constitucional da intervenção penal mínima

Sabe-se que o Estado utiliza o Direito Penal como instrumento de uma política social de concretização dos objetivos constitucionais. Como afirma Paulo Queiroz, “O direito penal não é uma exigência natural, moral, divina ou transcendental de qualquer tipo; é, isto sim, uma opção política com vistas a assegurar a preservação de determinados interesses vitais”.⁷

Assim, para proteger bens e interesses de grande valor social e evitar a transgressão às normas, o Estado impõe a mais grave sanção jurídica através da incriminação de certas condutas e aplicação de penalidades.⁸

O princípio da intervenção penal mínima ocupa uma função importante para assegurar as garantias individuais previstas na Constituição, pois, como afirma Fernando Galvão, “é a expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal”.⁹

Apesar do princípio da intervenção mínima não se encontrar expresso na Constituição Federal nem no Código Penal, a elaboração e aplicação da lei penal devem se basear nele, pois, como afirma Cunha Luna, é um princípio imanente, “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”.¹⁰

A Constituição Federal, ao proclamar, em seu art. 5º, que os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis e colocar, no art. 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, permite-nos deduzir nesses princípios expressos o da intervenção mínima, pois somente se admite a restrição ou privação de tais direitos, com a aplicação de sanções, se for necessário proteger os direitos fundamentais do homem.¹¹

Segundo Luiz Regis Prado, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) limita o *jus puniendi*, no sentido de que pressupõe que a tutela penal só deve tratar daqueles bens jurídicos fundamentais da sociedade e caso

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 82. *Apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal - parte geral*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.39.

⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, v. 3, p.73.

⁵ *Idem. ibidem*. p.73-74.

⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 94.

⁷ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.116.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 275.

⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 90.

¹⁰ CUNHA LUNA, Everardo. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 30. *Apud* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.85. Série Direito Brasileiro.

¹¹ LUISI, Luiz. La función de garantía del derecho penal moderno. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, 1973. p. 215 et seq. *Apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 40.

não existam outros métodos eficientes “para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana”.¹²

A intervenção mínima tem por objetivo garantir que o legislador, no momento de escolha dos comportamentos a serem punidos, tenha cuidado para não incriminar aqueles que possam ser resolvidos por outros ramos do Direito. Segundo Capez, tal princípio também alcançaria o intérprete do Direito, para que este não tipificasse ações quando houvesse outras formas jurídicas de resposta, menos danosas que o sistema punitivo estatal.¹³

O Direito Penal também não deve intervir nas condutas em que sua atuação, como afirma Paulo Queiroz, “se revele claramente ineficaz, ou, pior ainda, contraproducente, como é o caso do lenocínio, aborto, ‘jogo do bicho’[...]”, tendo em vista os prejuízos advindos da clandestinidade decretada pelo Direito Penal, pois a violência inerente a tais atividades é, muitas vezes, fruto da intervenção penal.¹⁴

2.3 Evolução histórica do princípio da intervenção penal mínima e o problema da incriminação excessiva

O princípio da reserva legal impõe limites ao arbítrio do julgador. Apesar disso, o respeito à prévia legalidade dos delitos e das penas não impede que o Estado, como afirma Maurício Lopes, crie “tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar, ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador”.¹⁵

Os ideais iluministas de igualdade e liberdade impuseram a adoção de princípios limitadores da interferência estatal nas liberdades individuais, como forma de proteger os direitos fundamentais do homem. E, como afirma Ferrajoli, a principal característica do movimento iluminista na esfera penal foi “a mitigação e minimização das penas”.¹⁶

Dessa forma, os primeiros textos constitucionais receberam o revolucionário conceito de pena que vários filósofos e penalistas, como Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani, formularam contra as “penas inutilmente excessivas”.¹⁷ Tal concepção é, nos tempos atuais, amplamente aceita, ressaltando-se que a pena, ao buscar prevenir delitos, deve ser “necessária” e “a mínima dentre as possíveis”.¹⁸

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a fim de evitar o arbítrio estatal na criação de crimes, determinou, em seu art. 8º, que a lei apenas deve estabelecer “penas estrita e evidentemente necessárias”.¹⁹ O art. 16 da Constituição francesa de 1793 e o art. 12 da de 1795 previram também esta norma.²⁰ Já o art. 9º da Declaração de Virgínia, de 1776, proibiu “castigos cruéis ou inusitados”, como descreve Ferrajoli.²¹

Com essa norma, afirma Luiz Luisi, impôs-se um princípio que orienta e limita o poder de criar delitos.

Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.²²

Segundo Roxin, a teoria dos fins da pena de Liszt já estabelecia que, para castigar um comportamento, deve haver necessidade, ou seja, somente devem ser previstas penas criminais no caso de não existirem outras medidas suficientes para a proteção do bem jurídico afetado. Ressalta o ilustre autor, ainda, que também é preciso que a pena seja idônea. Assim, esta não deve ser aplicada, mesmo se não existirem formas menos gravosas de defesa, quando não for eficaz ou se for prejudicial, sob o aspecto político-criminal.²³

Luiz Luisi afirma que o princípio da intervenção penal mínima se encontra implícito na Constituição italiana vigente e pode ser inferido de normas expressas, como a que proclama ser a liberdade da pessoa inviolável, o

¹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.56-60.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 21.

¹⁴ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p.120.

¹⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 317.

¹⁷ *Idem, ibidem*. p. 317.

¹⁸ *Idem, ibidem*. p. 317.

¹⁹ *Idem, ibidem*. p. 317.

²⁰ *Idem, ibidem*. p. 317.

²¹ *Idem, ibidem*. p. 317.

²² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.39.

²³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz *et al.* 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998, p. 57-58.

que faz concluir que os fatos a serem puníveis encontram limites dentro da estrita necessidade. Alude também que, na Constituição alemã, a limitação da interferência penal é prevista na norma que dispõe que a “dignidade da pessoa humana é sagrada. E todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger”.²⁴

A época do Iluminismo, Montesquieu afirmava que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”²⁵ e Beccaria salientava que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”.²⁶

Por sua vez, Jeffery afirmava que “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, mas não necessariamente menos delitos”.²⁷

Ocorre que, apesar do princípio da intervenção mínima ter sido consagrado no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e estar ligado às idéias iluministas que almejavam reduzir a quantidade de leis, sobretudo as penais, a “poucas, claras e simples leis”²⁸, na segunda metade do século XIX, como descreve Luiz Luisi, as normas penais multiplicaram-se de maneira desproporcional, de forma a preocupar os penalistas de diversas culturas.²⁹

Como afirma Maurício Ribeiro Lopes, o uso excessivo da sanção criminal (inflação legislativa) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, “condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”.³⁰

Em 1819, Carl Joseph Anton Mittermaier já enfatizava que a criação de um número exagerado de crimes pelos legisladores, com o objetivo de “combater qualquer força hostil que se pusesse em contradição com a ordem jurídica”, manifestava a decadência não só o direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica.³¹

Já o magistrado e criminalista Giuseppe Puccioni, em 1855, ao comentar que o Código Penal da Toscana, de 1853, falava em “delitos de mínima importância política”, concluiu que a ampliação do direito criminal levaria “a duas indúvidas consequências: a primeira é de que os Tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a segunda é de um agravamento das finanças públicas sobre quem recai o encargo de manutenção dessa ingente massa de condenados”.³²

Segundo Heleno Fragoso, a postura do legislador que, ao utilizar a idéia de prevenção geral, exagera nas medidas punitivas, com o intuito de diminuir a criminalidade, gera um “autêntico direito penal terrorista, de inspiração medieval”.³³

Fernando Capez, por sua vez, ressalta que “o Direito Penal não pode desgarrar-se de seus fundamentos éticos para, em um pragmatismo exacerbado, ser apenas útil aos propósitos do controle social”.³⁴

Vários estudiosos comentaram a hipertrofia do Direito Penal, como demonstra Luiz Luisi. Francesco Carrara, em 1883, falava da “nomomania ou nomorréia” penal. Já Franz Von Listz, em 1896, enfatizava que a legislação de sua época fazia “um uso excessivo da arma da pena”. Ambos defendiam a necessidade de se readotar o sábio aforisma da jurisprudência romana, *minima non curat praetor*. Reinhart Franck, em 1898, empregou o termo “hipertrofia penal” e ressaltou que o “uso da pena tem sido abusivo, e por isso perdeu parte de seu crédito, e, portanto, 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”.³⁵

Como afirma Shecaira, um

Direito Penal que se quer democrático deve se utilizar da pena aferindo no caso concreto a sua real necessidade e eficácia, tanto para o agente do delito quanto para a sociedade que sofreu o prejuízo com a infração. Para tanto, o legislador e o juiz devem estar atentos aos princípios norteadores da sanção penal em um Estado Democrático de Direito, máxime na imposição da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno direito penal democrático.³⁶

²⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 39-40.

²⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. F. H. Cardoso e L.M. Rodriguez. São Paulo, 1962, p.109. *Apud* BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 84.

²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. A. Carlos Campana. São Paulo: J. Bushatsky, 1978, p.307. *Apud* BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 84.

²⁷ *Apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 29.

²⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 1988, p. 97. *Apud* LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 41.

²⁹ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 41.

³⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.* p. 92.

³¹ LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 41.

³² *Idem, ibidem*, p. 41.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência do direito penal*. In: *Lições...* cit. p. 438.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 6.

³⁵ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 42.

³⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 48.

No Brasil, o primeiro Código Penal republicano sofreu um número enorme de alterações e acréscimos, o que fez com que o governo editasse, em 1932, uma consolidação das leis penais para identificar a vasta legislação penal extravagante em vigência. Também o Código Penal de 1940, cuja parte especial ainda vigora,

foi acrescido por uma série vultuosa de leis que prevêem novos tipos penais, em sua maioria totalmente desnecessários e em desacordo com as reais injunções, e outros elaborados de modo a comprometer a seriedade da nossa legislação penal, chegando em alguns casos a conotações paradoxais e hilariantes.³⁷

Segundo Fernando Capez, o Direito Penal brasileiro sempre tendeu para a intervenção mínima, pois, em muitos casos, transferiu a tutela dos conflitos sociais para esferas extrapenais, atuando somente na proteção de bens jurídicos de maior gravidade, o que evidencia seu caráter fragmentário e subsidiário. Entretanto, a sua atual postura mais intervencionista e preventiva, considerada pelos críticos como produto do Movimento de Lei e da Ordem, caracteriza-se por métodos bastante repressivos, com o intuito de responder à crescente insegurança social gerada pelo aumento da criminalidade e para garantir uma maior paz social.³⁸

Para Heleno Fragoso, é paradoxal que a crise do sistema ocorra no momento em que a evolução técnica do Direito Penal, com a teoria finalista da ação, iniciada no começo do século XX, tenha atingido níveis de perfeição realmente notáveis, com uma aplicação mais justa e igualitária da lei penal.³⁹

Fenômeno que passou a ocorrer na Europa, segundo Luiz Luisi, devido à preocupação com a excessiva criminalização, foi a despenalização das bagatelas criminais e a inserção de métodos orientadores para o legislador, na criação de delitos.⁴⁰

Expõe, ainda, o citado autor que, a partir de 1967, iniciou-se na Itália um processo de “deflação penal”. Pequenas infrações criminais transformaram-se em administrativas; delitos em que se aplicava a pena pecuniária foram despenalizados; contravenções, descriminalizadas. Mas o mais importante acontecimento havido na Itália foi a criação de normas, formalizadas através de circulares do Conselho de Ministros, a partir de 1983, que recomendavam ao legislador a utilização dos critérios da proporção e da necessidade na criação de delitos. Assim, para que fosse criado um tipo penal, seria preciso que a conduta ofendesse valores fundamentais de forma efetiva e com real gravidade e não existisse outro meio, dentro do ordenamento jurídico, que prevenisse e reprimisse com a mesma eficiência da pena.⁴¹

No século XX, enfim, várias advertências foram feitas sobre o declínio do poder intimidatório da pena devido à criação exacerbada e desmedida de crimes. Francesco Carnelutti utiliza a expressão “inflação legislativa”, sustentando que seus resultados são semelhantes aos da inflação monetária, pois “desvalorizam as leis e, no concernente às leis penais, aviltam a sua eficácia preventiva geral”.⁴²

Conclui-se que é necessário diminuir a atuação do Direito Penal. Apesar disso, o legislador reage, sistematicamente, diante do aumento da criminalidade, com novas incriminações. A criminologia contemporânea demonstrou, como afirma Heleno Fragoso, que a prática de delitos constitui um fenômeno sociopolítico, ligado a condições sociais, no qual o sistema punitivo pouco atua. Assim, “É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas”.⁴³

3 O direito penal mínimo. Caráter subsidiário e fragmentário do direito penal

3.1 O direito penal mínimo

O princípio da intervenção penal mínima insere critérios que orientam o legislador na escolha dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a harmonia social, como descreve Rogério Greco.⁴⁴ Também exclui da tutela penal condutas que perderam sua importância com a evolução social e podem ser protegidas eficientemente por outros ramos do Direito. A propósito, André Copetti afirma que,

Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se

³⁷ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 43-44.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 6.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 435.

⁴⁰ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 44.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 45.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. La crisi della legge. In: *Discorsi intorno al diritto*, p. 178. *Apud* LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 42.

⁴³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 440.

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - parte geral*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 53.

dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.⁴⁵

Segundo Nilo Batista, o princípio da intervenção mínima se relaciona com o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.⁴⁶

Dessa maneira, a subsidiariedade e a fragmentariedade do sistema penal resultam do fato de este ser um “remédio sancionador extremo”⁴⁷, que deve ser aplicado somente quando os demais ramos do Direito não forem eficazes em proteger o bem jurídico daquelas agressões intoleráveis ao convívio social, pois, como afirma Maurach, não se justifica “aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave”.⁴⁸

3.2 Caráter subsidiário do direito penal

A subsidiariedade do Direito Penal deriva, primeiramente, da Constituição Federal, que cria tal sistema e fixa suas bases e limites e dá validade a todo o ordenamento jurídico, pois, como diz Hesse, a Carta Magna “estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, convertendo-se, assim, em elemento de unidade”.⁴⁹

Queiroz divide em duas espécies a subsidiariedade do Direito Penal. Segundo o autor, entende-se por subsidiariedade lógico-sistemática a sua relação com o próprio Direito. Já por subsidiariedade sociopolítica, o fato de tal sistema depender de toda a estrutura social que o cerca.⁵⁰

Em relação à subsidiariedade do sistema penal pela sua conexão com os demais ramos de Direito, Roxin afirma que

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘última ratio da política social’ e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos.⁵¹

Na mesma linha, Fernando Capez afirma que o caráter subsidiário da tutela penal significa que a norma penal tem por objetivo suplementar a proteção jurídica em geral. A pena só será aplicada se não houver outras medidas eficazes na defesa dos bens jurídicos.⁵²

Além dessa ligação com todo o ordenamento jurídico, o caráter subsidiário do Direito Penal, como descreve Alice Bianchini, resulta da limitação que o Estado Social e Democrático de Direito lhe impõe, ou seja, o sistema punitivo deve somente proteger os “bens jurídicos fundamentais à coexistência, promovendo o livre desenvolvimento da personalidade humana”.⁵³

Nessa perspectiva, o princípio da intervenção mínima permite a compreensão do caráter subsidiário do Direito Penal, que pressupõe, como examina Luiz Luisi, que tal sistema deve ser

a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.⁵⁴

⁴⁵ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87. *Apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad. F. Muñoz Conde e D. M. Luzón - Pena. Sevilla: Universidade de Sevilla, 1981, p. 31. *Apud* BATISTA, NILO. *Op. cit.*, p.86-87.

⁴⁸ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. *Apud* BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 86-87.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1983, p. 17. *Apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p. 71-72

⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário ...* p. 77.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I., p. 65. *Apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 51.

⁵² CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 5-6.

⁵³ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 7, p. 77. Série As Ciências Criminais no Século XXI.

⁵⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 40.

Já no que diz respeito à subsidiariedade sociopolítica, Muñoz Conde caracteriza o Direito Penal como subsistema, por estar em um plano secundário, pois é

puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. A norma penal não cria, com efeito, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano em sociedade [...]. A norma penal, o sistema jurídico-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se se considera como continuação de um conjunto de instituições, públicas e privadas (família, escola, formação social, etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência os indivíduos através da aprendizagem e internalização de determinadas pautas de comportamento.⁵⁵

Assim, tendo em vista que o sistema punitivo utiliza, “com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas”,⁵⁶ como revela Jorge de Figueiredo Dias, somente deve atuar quando todos os instrumentos de política social e, principalmente, de política jurídica se mostrarem incapazes e impróprios na tutela do bem jurídico.

Como ensina Heleno Fragoso, a pena e, principalmente, a privativa de liberdade, pelo seu elevado custo social, somente deve ser utilizada quando não houver outra medida, ou seja, como *ultima ratio*.⁵⁷

Eugenio Raúl Zaffaroni caracterizou as prisões como “jaulas de deteriorar”,⁵⁸ pelo fato de corromperem, gerarem violência e dessocializarem o infrator. Como afirma Paulo Queiroz, “O Direito Penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente - e talvez por isso mesmo -, a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social”.⁵⁹ E, por isso, não se deve utilizar desenfreadamente este instrumento que se mostra, “empírica e insistentemente, ineficaz ou cujos custos sociais excedam às suas pretensas vantagens”.⁶⁰

Schmidt, ao analisar a teoria da necessidade defendida por Liszt, por meio da qual se “proíbe ao Estado impor restrições à liberdade motivadas por quaisquer fins de política estatal ou de poder que pudessem ser sugeridos pela razão de Estado”, assinala como o princípio da subsidiariedade é importante para o Direito Penal.⁶¹

Nesse sentido, ensina Nilo Batista que, “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa”.⁶²

Enfim, pelo fato de a intervenção punitiva limitar e violar direitos, ainda que haja permissão estatal, tal interferência deve ser mínima e realizada de forma racional. Como afirma Bianchini, “É função do Estado interferir, o mínimo possível, na vida do cidadão, garantindo-se a máxima liberdade”.⁶³

3.3 Caráter fragmentário do direito penal

Fernando Capez afirma que o princípio da intervenção mínima deriva do caráter fragmentário do Direito Penal, que “se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, ponteados por ilhas de tipicidade”.⁶⁴

A fragmentariedade, consequência dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal, caracteriza-se, como descreve Maurício Antônio Ribeiro Lopes, pelo fato de que o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos, nem proíbe todas as condutas que os afetem. Ao contrário, somente devem-se criminalizar as condutas mais graves e intoleráveis pela sociedade, as quais agridam os bens jurídicos mais importantes.⁶⁵

Segundo Paulo de Souza Queiroz,

Daí dizer-se *fragmentária* essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre o todo de uma realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 37. *Apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p. 77-78.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 78.

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 445.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas - deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis, 1990, p.106-108. *Apud* QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário...* p. 30.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário...* p. 31.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p.144.

⁶¹ EB. SCHMIDT. Franz V. Liszt, und die heutige problematik des strafrechts. In: *Festschrift fur J. Von Gierke*, 1950, p. 223. *Apud* ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 58.

⁶² BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 86.

⁶³ BIANCHINI, Alice. *Op. cit.*, p. 77-78.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p.19.

⁶⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 93.

dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável.⁶⁶

Binding já afirmava que o Direito Penal não constitui um “sistema exaustivo” de proteção de todos os bens jurídicos do indivíduo, mas representa um “sistema descontínuo” que criminaliza ilícitos em razão da indispensabilidade da proteção jurídico-penal.⁶⁷ Na mesma linha, afirma Fernando Capez que tal “sistema é, portanto, descontínuo, fragmentado (um tipo aqui, um tipo ali, outro lá, e assim por diante)”.⁶⁸

Assim, como assegura o citado autor, a fragmentariedade do Direito Penal explica a intervenção subsidiária e mínima do sistema penal, de modo que a intervenção estatal deve transferir a proteção dos bens jurídicos a outros campos do Direito, e só é cabível quando a conduta atingir valores fundamentais para a convivência social.⁶⁹

Ao explicar a fragmentariedade do sistema penal, que não é absoluto na proteção dos bens jurídicos, pois defende somente ataques intoleráveis aos mesmos, Luiz Regis Prado afirma que essa característica não significa “deliberada lacunosidade da tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas antes limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade”.⁷⁰ Afirma, portanto, que o que ocorre é “uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”.⁷¹

Na opinião de Fernando Capez, há uma imperfeição no sistema elaborador de normas, pois, muitas vezes, dentro de um mesmo tipo penal, que trata de situações abstratas e abrangentes, há o enquadramento de ações irrelevantes, como também de outras de grande gravidade para a sociedade. Diante disso, faz-se necessário observar a fragmentariedade do Direito Penal e o emprego de outros recursos que reparem a falha no sistema, como a intervenção mínima.⁷²

Percebe-se, então, que a grande dificuldade seria determinar o momento legítimo da intervenção punitiva, pois somente se faz necessária a tutela penal para proteger aqueles bens jurídicos que possuam dignidade penal, comportamentos que ofendam ou ameacem provocar um grave prejuízo social, e se tal intervenção for adequada e eficiente e não existirem outros instrumentos menos gravosos e agressivos ao direito dos indivíduos, como afirma Luiz Regis Prado. Tudo isso porque a lei penal “atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante”.⁷³

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a cominação penal, “como resposta a uma ação que não afeta o direito de ninguém, é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida, porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade republicana”.⁷⁴

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, se observarmos as tendências atuais do direito penal nos países centrais, veremos que

não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção *particularmente preventiva* ou *particularmente reparadora*, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.⁷⁵

Assim, como descreve Paulo de Souza Queiroz, deve-se ter em vista que o Direito Penal,

como técnica de controle social, é um só instrumento, um só meio - não o mais importante nem o mais indicado - a serviço daqueles fins constitucionalmente outorgados ao Estado (CF, arts. 1º, 3º e 5º). É o braço armado da Constituição Nacional e, portanto, o último guardião da juridicidade.⁷⁶

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário...* p.119.

⁶⁷ JESCHECK, Hans H. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 73. *Apud* LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 94.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 20.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 5-6.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 57-59.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 52. *Apud* BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁷² CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 20-21.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal...* p. 92.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.240-241. *Apud* BIANCHINI, Alice. *Op. cit.*, p. 54.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.101.

⁷⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p.132.

4 Descriminalização, despenalização e desjudicialização

4.1 Considerações iniciais

Helena Fragoso afirma que o sistema punitivo é utilizado de acordo com os interesses e preconceitos do legislador e advoga uma reforma no sistema repressivo do Estado. Também indaga qual seria o alcance do sistema penal na defesa dos valores de validade geral em uma sociedade pluralística e democrática e até que limite a definição ideológica de uma conduta como criminosa corresponde à realidade do funcionamento do “aparato policial-judiciário repressivo”.⁷⁷

Para Juarez Tavares, não há nenhum critério científico na elaboração de leis, que atende somente à momentânea opinião pública, à mídia e à classe dominante. Assim, afirma que, através do

processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objetivo jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típico das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. [...] Estudos de Haferkamp na Alemanha e Weinberger na França demonstram que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder efetuado no marco das forças hegemônicas atuantes no Parlamento. A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simplesmente manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.⁷⁸

A pena privativa de liberdade, que deveria garantir a recuperação social do condenado, encontra-se em grave crise. A prisão deforma a personalidade, contribui para a marginalização do indivíduo e a criminalidade. Ressalta Fragoso, citando Carney, que diversas pesquisas demonstraram

os efeitos nocivos da reunião de pessoas do mesmo sexo, em ambiente autoritário, a que se ajusta o preso [...], afastando-se dos padrões do mundo livre (prisonização). No ambiente de sexualidade pervertida, submetem-se os presos ao código opressivo dos delinquentes. Os efeitos psíquicos agravam-se com o processo de estigmatização, a separação angustiosa dos entes queridos, o parentesco interrompido, circunstâncias devastadoras para o espírito humano.⁷⁹

Para Helena Fragoso, nesse contexto podemos incluir a ociosidade, a superpopulação, a promiscuidade e a corrupção que estão presentes em diversas prisões. Diante disso, pode-se afirmar, tranquilamente, que, “se mandarmos o delinquente para a prisão, a possibilidade de que com isso ele se torne um delinquente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade”.⁸⁰

Excelentes prisões foram construídas neste século. Apesar disso, o que se constata é que os altos índices de reincidência são mantidos em qualquer tipo de prisão. Com isso, pode-se concluir, nos dizeres de Benjamin Frank, que “o problema da prisão é a própria prisão”.⁸¹

Segundo Christie, o sistema penal atual focaliza apenas o delito, e não considera os desejos da vítima, as características individuais do criminoso nem da sociedade local, razão pela qual, ao excluir todos esses fatores, o sistema inviabiliza múltiplas opções que deveriam ser utilizadas.⁸²

A criminologia, ao analisar o sistema repressivo, demonstrou que a justiça criminal funciona como mecanismo de marginalização social, pois somente atua sobre os indivíduos desfavorecidos da sociedade. Como afirma Helena Fragoso, os pobres

constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das *batidas* policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações [...]. Os ricos

⁷⁷ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 437-438.

⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*, p.73-74. *Apud* CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁹ CARNEY, Louis P. *Corrections and the community*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1977, p. 9. *Apud* FRAGOSO, Helena Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 443-444.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 443-444.

⁸¹ FRANK, Benjamin. *Contemporary corrections*. Virgínia: Reston Publishing, 1973, p.149. *Apud* FRAGOSO, Helena Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 443-444.

⁸² CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Trad. Mariluz Caso. México: Fundo de Cultura Econômica, 1984, p. 60-61. *Apud* QUEIROZ, Paulo. *Funções...* p.127.

livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam doentes e são transferidos para os hospitais.⁸³

A observância do princípio da intervenção mínima para conter a criminalização excessiva e reduzir condutas típicas já previstas, como descreve Luiz Luisi, é fundamental para que não se implemente o “jargão jurídico da anomia, ou seja: temos muitas leis, e não temos, a rigor, leis”, pois lhes falta a necessária eficácia.⁸⁴

Diante disso, a política criminal contemporânea deveria tender a descriminalizar, despenalizar e desjudicializar condutas, como uma forma de evitar uma interferência tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal.

Deve-se ressaltar, por outro lado, que os processos de descriminalização, despenalização e desjudicialização devem ser implementados de forma cautelosa, sem exageros, e devem sempre considerar as consequências que possam advir tanto para o sistema punitivo quanto para a sociedade.

4.2 Descriminalização

Devido ao exagerado aumento na criminalização de condutas, importantes encontros para discutir este problema foram realizados. Pode-se afirmar que o debate sobre a descriminalização começou a ser feito em âmbito mundial em 1973, na cidade italiana de Bellagio, em um encontro convocado pela Associação Internacional de Direito Penal e outras entidades. Segundo Luiz Luisi, estiveram presentes nesse evento os mais ilustres penalistas contemporâneos.⁸⁵

Em 1975, como descreve o eminente autor, ocorreu novo debate sobre o tema, no V Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente. Já em 1979, em Siracusa, na Itália, a discussão foi retomada em nível mundial pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais. Em Strasburgo, no ano de 1980, foi publicado o Informe sobre a descriminalização, elaborado pelo Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade. Em 1984, o tema foi discutido no Brasil, na cidade de Belo Horizonte, no VI Congresso Brasileiro de Ciências Criminais, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins.⁸⁶

Diante da necessidade de se fazer uma depuração das figuras típicas existentes no nosso sistema penal, os movimentos internacionais favoráveis à descriminalização, decorrentes dos vários debates realizados em Congressos de Direito Penal, Criminologia e Direito Penitenciário, têm sido recepcionados pela doutrina brasileira, como constatou René Ariel Dotti.⁸⁷

Marc Ancel explica que a expressão descriminalização surgiu, primeiramente, em uma obra de Shelton Glueck, de 1949. Apesar disso, ressalta que o processo de descriminalização não é recente, pois uma lei inglesa de 1736 já proibia as perseguições em matéria de bruxaria.⁸⁸

A descriminalização é definida por Shecaira como “a renúncia formal de considerar uma conduta como criminosa”.⁸⁹ Já Paulo Queiroz revela que tal medida tem por objetivo a “desqualificação de uma conduta como crime”.⁹⁰

Luiz Luisi explica que a descriminalização retira a natureza penal de comportamentos até então considerados delituosos. Segundo Luisi, ela pode ser realizada por meio de lei que revogue expressamente certas condutas típicas, ou através da substituição da sanção penal por formas não penais de sanção, ou pela derrogação fática, isto é, o fato considerado formalmente como crime deixa de assim o ser por não existir eficácia do sistema penal. Nesse último caso, do ponto de vista técnico-jurídico, a conduta continua a ter o caráter de ilícito criminal, apenas não ocorre a efetiva aplicação da lei penal.⁹¹

Nessa mesma linha, Paulo de Souza Queiroz afirma que a descriminalização, com o objetivo de diminuir a incidência das normas penais, além de ser feita através de lei posterior (*abolitio criminis*), penal ou não, que

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 444.

⁸⁴ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal da intervenção mínima*. In: *Ciência penal - coletânea de estudos: homenagem a Alcidez Munhoz Netto*. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 277.

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 272-273.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 272-273.

⁸⁷ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 251.

⁸⁸ CORNIL, Paul. *Problèmes actuels de la répression pénale et la défense sociale nouvelle*. Revue n° 1, 1976, p. 61 *et seq.*, especialmente 67; Descriminalização e criminalização. Relatório ao 2º Encontro Preparatório do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. (Curitiba, 1978). *Revista dos Tribunais*, nº 552, p. 275 *et seq.* Apud DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p.251.

⁸⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 66.

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário...* p.143-144.

⁹¹ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 273.

revogue o tipo penal ou o torne menos abstrato e abrangente, pode ocorrer por meio de interpretações judiciais restritivas das leis penais, ou no caso da declaração de inconstitucionalidade de lei penal.⁹²

A revisão dos tipos penais deve ser feita tanto naqueles previstos no Código Penal quanto nos contidos nas legislações extravagantes. É o que nos ensina Dotti, ao afirmar que o “processo legal-social de descriminalização deve abranger tanto o Direito Penal comum como o especial; tanto o fundamental como o complementar. Este, pela voragem da legislação extravagante, merece ataque imediato”.⁹³

Devem ser descriminalizadas as condutas que possam ser reprimidas pela ordem jurídica “primária”, ou seja, civil, administrativa. Como afirma Paulo de Souza Queiroz, a “tolerância (em sede penal) é preferível à desproporcionada violência e estigmatização dos instrumentos punitivos”.⁹⁴

É importante ressaltar os ensinamentos que nos trouxe o Congresso de Bellagio. Visando buscar medidas alternativas para combater o complexo fenômeno social do crime, frisou a necessidade de se procurar a ajuda de profissionais de todas as ciências humanas, ao invés de enfatizar-se uma abordagem simplesmente formal do problema do crime. Evidenciou, dessa forma, como ressalta Dotti, que

o combate deve ser estabelecido com remédios diferenciados segundo os delitos e os delinquentes; de sanções ou outras medidas diversificadas que se apresentem à escolha do juiz ou, se for o caso, de meios e procedimentos de reações extrapenais a serem definidos.⁹⁵

Explica Rogério Greco que o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), além de determinar quais bens jurídicos devem ser tutelados pelo Direito Penal, permite que haja a descriminalização de certos tipos penais. Assim, se

é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações das sociedades, com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.⁹⁶

Na realidade, faz-se urgente a descriminalização de tipos penais irrelevantes ou que possam ser punidos por meio de outras sanções do ordenamento jurídico. Tal medida, como adverte Luiz Luisi, é imprescindível para amenizar nossos sobrecarregados e morosos juizados e tribunais daquelas demandas que têm como discussão crimes de mínima lesividade ou bens jurídicos de pouca importância. Somente assim o Judiciário poderá dar “aos processos relativos a delitos graves a necessária celeridade, de modo a fazer com que uma pronta resposta penal possa desestimular a prática desses sérios ilícitos”.⁹⁷

4.3 Critérios para a criminalização segundo o princípio da intervenção penal mínima

A criminalização de condutas deve ocorrer de forma criteriosa e mínima, tendo em vista que outros instrumentos do ordenamento jurídico são mais eficazes e menos danosos ao indivíduo do que a tutela penal. Apesar disso, observa-se que tal prática cresce cada vez mais, como se o aumento de comportamentos típicos e de penas fosse solucionar os problemas sociais.

Contudo, não se pode esquecer que, apesar de se fazer necessário, no presente momento, tornar o sistema penal menos sobrecarregado, lento e ineficiente, mediante a descriminalização de algumas condutas, é preciso tipificar outras de relevante gravidade, originadas com o desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade. Diante desta necessidade, constata-se que “a criminalização e descriminalização são partes de um mesmo processo renovador”.⁹⁸

Ferrajoli ressalta que o sistema punitivo tem papel relevante, pois “a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, senão também o delinquentes diante de reações informais, públicas ou privadas”.⁹⁹

Apesar disso, a criminalização, como afirma Davig Begun, só deve ocorrer quando outras medidas do ordenamento jurídico e extrapenais se revelarem incompetentes para resolver os conflitos que sejam efetivamente nocivos aos bens jurídicos mais importantes.¹⁰⁰

⁹² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p.144.

⁹³ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 255.

⁹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p. 145-146.

⁹⁵ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 254.

⁹⁶ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 50-51.

⁹⁷ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 277.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 277.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luizi. *Derecho y razón*. Trad. Andrés Ibáñez *et al.*, p. 332. *Apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p. 133.

Jorge de Figueiredo Dias, dentro dessa ótica de uma política criminal que deve conter a inflação penal, descreve que os processos de “neocriminalização” somente devem ocorrer quando

novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiem consequências comunitariamente insuportáveis e contra as quais se tenha de fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social.¹⁰¹

Assim, o Direito Penal, ao invés de priorizar a criação de normas penais, deve assumir uma postura ativa no sentido de resolver de outras formas os conflitos sociais, assegurando os direitos fundamentais e condições dignas de vida (cidadania, moradia, saúde, educação, trabalho, propriedade, etc.), pois, como afirma Mezger, uma boa política social ainda é a melhor política criminal.¹⁰²

4.4 Despenalização

A despenalização, segundo o já mencionado Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, consiste na atenuação das penas ou na substituição das mais graves por outras medidas mais brandas, chamadas de “alternativas penais”.¹⁰³

Para Heleno Fragoso, a despenalização baseia-se na alteração para menor ou diminuição da sanção prevista.¹⁰⁴ É “o ato de retirar ou suavizar a pena de um delito sem descriminalizá-lo”¹⁰⁵, como define Shecaira.

Dotti define a expressão como forma de “excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade”.¹⁰⁶ A doutrina, segundo Alcides Munhoz Netto, defende com muita ênfase a necessidade e utilidade de se restringir o uso da prisão,

criando-se outras espécies de sanções e aumentando-se os poderes discricionários dos juízes para que tenham maior amplitude na substituição das penas de prisão por outras mais leves, na concessão do *sursis* e do perdão judicial e no encerramento antecipado do processo por infrações pequenas, de agentes primários, não perigosos, que hajam reparado o dano decorrente do delito.¹⁰⁷

Vários códigos penais, desde a segunda metade do século XX, já previam normas sobre a despenalização. Luiz Luisi cita diversos. O art. 60 do Código Penal Alemão de 1969 permitia ao juiz, no caso da pena prevista não exceder a um ano, deixar de aplicá-la se as consequências advindas da conduta criminosa atingissem de forma gravosa o próprio agente. Também o Código Penal austríaco de 1964, em seu art. 42, possibilitava a não punição de condutas criminosas apenas com multa ou prisão e não superiores a um ano, mas desde que a culpabilidade do agente fosse mínima ou as consequências do fato típico fossem pequenas ou inexistentes.¹⁰⁸

Entre outros diplomas, deve ser citado o *Model Penal Code* dos Estados Unidos, projeto de Código Penal único para os Estados Unidos, elaborado em 1962 e não transformado em lei, que é ainda mais audacioso no que diz respeito à despenalização. Na seção 2.12, por exemplo, são previstas várias hipóteses de suspensão e até mesmo arquivamento do processo penal. Esta paralisação pode ocorrer se não houver lesividade na conduta, ou ainda se existirem atenuantes que tornem “impensável que o legislador tivesse previsto como típico o fato quando da elaboração da espécie delituosa”.¹⁰⁹

O Código Penal brasileiro prevê também diversas normas despenalizadoras. Tal tendência, que já era marcante desde o surgimento da nova parte geral, acentuou-se com o advento da Lei 9.714, de 25.11.1998, que ampliou o rol e as hipóteses de aplicação das penas restritivas de direitos, as quais podem substituir, em várias situações, as penas privativas de liberdade (ver a redação atual dos arts. 43 e 44 do Código Penal

¹⁰⁰ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 277.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, v. II, p. 66. Apud BIANCHINI, Alice. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁰² MEZGER, Edmund. *Criminologia*. Trad. Rodrigues Muñoz. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950. Apud QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p. 33.

¹⁰³ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 273.

¹⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 445.

¹⁰⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁶ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁷ MUNHOZ NETTO, Alcides. *Aníbal Bruno e a reforma penal*. Conferência divulgada em “A ignorância da antijuridicidade em matéria penal”, p.160. Apud DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁸ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 273-274.

¹⁰⁹ *Model Penal Code* dos Estados Unidos. Projeto de Código Penal único dos Estados Unidos elaborado em 1962. Apud LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 273-274.

vigente). Também a suspensão condicional do processo, a transação penal e a composição civil extintiva da punibilidade, introduzidas no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei 9.099, de 26.9.1995 (ver arts. 89, 76 e 74, respectivamente), representaram um extraordinário avanço, no que diz respeito à despenalização.

Outros exemplos de despenalização podem ser encontrados nos crimes contra o meio ambiente, como afirma Paulo de Souza Queiroz. Para o ilustre autor, mais importante, racional e útil para a coletividade é priorizar a obrigação de recuperação da fauna e flora, ou impor a privação de certos benefícios fiscais, como penas alternativas ao invés da prisão, que somente deve ocorrer se essas possibilidades não forem suficientes e eficazes.¹¹⁰

Expõe, ainda, Queiroz que se deve preferir a reparação ou prestação de serviços em favor da vítima ou da comunidade a prender o agente do furto, e priorizar a inelegibilidade, suspensão ou perda dos direitos políticos ao invés da prisão por certos crimes eleitorais. É, em síntese, “preciso sancionar utilmente”.¹¹¹

4.5 Desjudicialização ou diversificação

A desjudicialização, como explica Heleno Fragoso, tem por objetivo retirar certas espécies de conflito do sistema jurisdicional.¹¹²

Na diversificação, termo empregado por Luiz Luisi, há a interrupção ou suspensão do processo criminal, com a transferência da solução do problema às partes envolvidas, que obtêm, muitas vezes, ajuda de organizações comunitárias. Essa medida tem sido muito adotada no Canadá, com a mediação de conflitos de vizinhança, família, trabalho, condomínio e outros, pela “Rede para justiça comunitária e soluções de conflito”.¹¹³

Figueiredo Dias resume, com propriedade, o conceito e objetivo do processo de desjudicialização ou “diversão”, como o denomina, ao explicar que o mesmo associa o

conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controle com vistas a alcançar uma solução dos conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal [...], afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo ‘corredor da delinquência’, ou de parte deles. [...] O efeito político-criminal positivo que deste movimento se espera é, antes de tudo, o de impedir o efeito estigmatizante, em alta medida criminógeno, da submissão ao sistema formal da justiça penal e, em particular, da aplicação de sanções criminais. Desse modo se procura favorecer a socialização ou a não dessocialização dos delinquentes ou desviantes, sem fazer cair abaixo de quotas mínimas exigíveis o efeito estabilizador das expectativas comunitárias que à ordem jurídica pertence tutelar. A diversão é, assim, em certo sentido, o correlato adjetivo da descriminalização, sendo por isso ao nível da política processual penal que devem discutir-se e avaliar-se as suas realizações e os seus resultados.¹¹⁴

Assim, como afirma Paulo de Souza Queiroz, a missão do Direito Penal, que se confunde com a de todo o Direito, pois o objetivo do Direito e o do Estado é o mesmo e único, é

possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência; compor conflitos de interesse pacificamente, segundo regras e processo previamente conhecidos e democraticamente instituídos.¹¹⁵

5 Conclusões

Os princípios penais, ao se incorporarem no texto constitucional, constituem normas-princípios e passam a orientar a criação da norma penal e limitar a intervenção estatal.

O Estado utiliza o Direito Penal para proteger os bens e interesses de grande valor. Impõe, através da pena privativa de liberdade, a mais grave interferência no direito de ir e vir dos indivíduos. Em virtude disso, surge o princípio da intervenção penal mínima, ou *ultima ratio*, como uma forma de limitar o arbítrio do legislador e do julgador que, mesmo adstritos à legalidade, podem impor penas desnecessárias.

¹¹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p.137.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p.137.

¹¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e experiência...* p. 446.

¹¹³ LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal...* p. 273.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral*. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, v. II, p.

66. *Apud* BIANCHINI, Alice. *Op. cit.*, p. 81, nota 1.

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário...* p.131-132.

A nossa Constituição Federal prevê o princípio da intervenção penal mínima de forma implícita. Ele decorre do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Em relação ao caráter subsidiário do Direito Penal, o aludido princípio estabelece que a interferência somente deve ocorrer quando outros instrumentos extrapenais se revelarem incapazes de resolver o conflito, tendo em vista que o Direito Penal se subordina à Constituição e desta retira sua validade e, portanto, a intervenção penal depende de todo o Direito, de toda a estrutura social que o cerca e de instâncias extrapenais, ou seja, de toda uma política social e jurídica.

Já no que diz respeito ao caráter fragmentário do sistema penal, que significa que nem todos os bens jurídicos são protegidos do ponto de vista jurídico-penal, o princípio da intervenção mínima pressupõe que somente as mais graves e intoleráveis condutas, que atinjam os bens jurídicos mais importantes, devam ser tuteladas pelo Direito Penal.

O aumento excessivo da criminalização de condutas e da imposição de penas criminais gerou inúmeros debates no mundo inteiro, principalmente a partir do último quartel do século XX. Diversos filósofos, penalistas e juristas concluíram que o crescimento desmedido da aplicação de penas e a criação desenfreada de novos tipos penais não reduziram nem reduziram o número de crimes. Ao contrário, o que se verificou foi a diminuição da força intimidatória do sistema penal, além de tribunais sobrecarregados e prejuízos para a administração da justiça, que se tornou lenta e ineficaz, gerando uma sensação de impunidade.

Percebeu-se que é urgente uma mudança no funcionamento do sistema jurídico-penal, que somente deve atuar na proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Para aquelas agressões irrelevantes ou de pouca lesividade, deve-se excluir a tutela penal e buscar, para a solução do conflito, medidas menos gravosas.

Assim, atualmente são propostas alternativas à pena privativa de liberdade, como a descriminalização, a despenalização e a desjudicialização.

A descriminalização consiste em deixar de considerar uma conduta como criminosa, atribuindo às esferas extrapenais a competência para prevenir ou resolver determinados comportamentos, que passam a ser tidos como irrelevantes, do ponto de vista jurídico-penal.

Já a despenalização tem por objetivo modificar a sanção penal prevista, abrandando-a, sem descriminalizar a conduta.

E a desjudicialização visa retirar condutas do sistema jurídico-penal, transferindo a resolução de determinados conflitos para as partes envolvidas e para instâncias diversas da justiça penal.

É claro que novas condutas, geradas pelas mudanças sociais e causadoras de graves consequências para a sociedade, devem ser tuteladas pelo Direito Penal, devendo, portanto, ser rejeitado o discurso abolicionista.

Constata-se também que a prisão gera consequências danosas para o encarcerado, pois o priva de sua individualidade, o separa da família, e, sendo a maioria dos estabelecimentos prisionais marcada pela promiscuidade, ociosidade, superpopulação, más condições de higiene e corrupção, os efeitos negativos da prisão são inevitáveis. Por isso mesmo, os índices de reincidência são altíssimos, o que gera uma preocupação enorme, pois sabemos que nosso sistema penal ainda tem como principal sanção a pena privativa de liberdade.

Pesquisas e estudos na área da sociologia criminal demonstram também que a justiça penal constitui um sistema seletivo de marginalização social, pois tem como sua clientela quase que somente os desfavorecidos da sociedade.

O sistema penal atual foca predominantemente o delito e pouco considera os desejos da vítima, do réu, as necessidades da sociedade e as características individuais do culpado, o que poderia proporcionar inúmeras soluções que resolvessem efetivamente o conflito e não gerassem um grande ônus para toda a sociedade.

O Direito Penal tem por objetivo fundamental proteger a sociedade, dentro dos parâmetros de um Estado Democrático de Direito, frente ao arbítrio estatal ou às condutas de indivíduos que agridam interesses e valores relevantes para esta sociedade. Contudo, deve orientar-se pelo princípio da intervenção mínima e ser a última medida de tutela a ser utilizada. Somente deve atuar quando falharem todas as instâncias primárias de prevenção e controle social e outros ramos do Direito, pois sua missão maior é pacificar conflitos, possibilitar a convivência social e proteger a liberdade e a dignidade da pessoa humana, e não impor penas e criar tipos penais desmedidamente, como uma forma de castigo e de tentar resolver inadequadamente os problemas sociais, que cabem ao Estado em suas diversas áreas de atuação e a toda a comunidade.

6 Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 136 p. Série Direito Brasileiro.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 7. 163 p. Série As Ciências Criminais no Século XXI.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal - parte geral*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 782 p.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. 563 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 372 p.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 470 p.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - parte geral*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. 848 p.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, v. 3. 310 p. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno.
- LUIZI, Luiz. *Ciência penal - coletânea de estudos: homenagem a Alcidez Munhoz Netto*. Organização professor Maurício Kuehne. Curitiba: JM Editora, 1999. 277 p.
- _____. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 158 p.
- _____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 143 p.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 1068 p.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz *et al.* 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998. 361 p.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 198 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 893 p.