

PRINCÍPIOS LIMITADORES DO *IUS PUNIENDI*: A CRISE DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

LIMITING PRINCIPLES OF *IUS PUNIENDI*: THE MINIMUM INTERVENTION CRISIS

Gabriela Xavier Pereira

Recebido para publicação em 11/10/2008

Aceito para publicação em 23/02/2009

Não se abatem pardais disparando canhões.

(Jellinek)

RESUMO

O presente estudo propõe-se a demonstrar a necessidade da efetiva observância dos princípios limitadores do *ius puniendi* do Estado a fim de que se efetive um Direito Penal garantista e de mínima intervenção. A análise da questão proposta inicia-se com elementos sobre a origem e fundamentos do *ius puniendi*, bem como seus limites. Após, examinam-se os três princípios fundamentais que conferem limites ao *ius puniendi*, que são: princípio de legalidade, princípio de culpabilidade e princípio de intervenção mínima. Ao final, aborda-se a atual crise de intervenção mínima por que passa o Direito Penal.

Palavras-chave: Direito penal. Limites ao *ius puniendi*. Princípio de intervenção mínima.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the need to observe the limiting principles of *ius puniendi* of the State so that the Penal Right becomes effective and has minimal intervention. The analysis presents the origins and fundamentals of *ius puniendi*, as well as its limits. After this, the three basic principles that limit *ius puniendi* are examined; these elements are: legality principle, culpability principle and the minimum intervention principle. Finally, the actual crisis of minimum intervention in Penal Right is discussed.

Keywords: Criminal law. Limits to *ius puniendi*. Principle of minimum intervention.

Introdução

O momento em que vivemos revela a crise da intervenção mínima em virtude da hipertrofia do Direito Penal. Isso ocorre porque, para solucionar grande parte dos inúmeros problemas que enfrentamos, dentre os quais a crescente criminalidade, a primeira, quando não a única, resposta de que se vale o Estado é o adiantamento das barreiras de imputação: criminalizando condutas que seguramente não reclamam tutela penal, e/ou agravando a reprimenda das já criminalizadas.

Medidas como essas, no entanto, longe de revelarem um Direito Penal de mínima intervenção, que admite como função a proteção de bens jurídicos por meio do controle social do intolerável, pretendem fazer daquele a solução para todos os males, o que, de fato, é um equívoco, além de ser também um absurdo.

Por conta disso, o que se propõe com este estudo é a demonstração da necessidade da efetiva observância dos princípios limitadores do *ius puniendi* do Estado a fim de que se efetive um Direito Penal garantista e de mínima intervenção.

1 *Ius puniendi*

A vida em sociedade, explica Paulo Queiroz (2001, p. 8), precisamente por assim ser, encontra-se sujeita a um grande número de regras de convivência. Parte delas é determinada pelo Estado, por meio do *ius puniendi*, poder que o Estado detém de reprimir condutas desviadas, criando e aplicando normas penais.

1.1 Origem e fundamentos

A origem dessa potestade punitiva encontra-se no contrato social, por meio do qual os homens, para viverem em sociedade, renunciavam a uma parte de sua liberdade – a menor porção possível indispensável à convivência em sociedade (BEC-CARIA, 2006, p. 72) – em troca de proteção pelo Estado. Por essa razão, todo e qualquer castigo que exceda os limites de tal cessão é injusto e abusivo (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 120).

Aliás, deve ser considerada como missão do Direito Penal, afirma Roxin, a proteção de bens

jurídicos, já que tal proposta é sensivelmente mais garantista que a tese dos que reconhecem como missão a estabilização da norma. Por conta disso, como diversas são as opiniões acerca do que é bem jurídico, Roxin (2006, p. 16) esclarece que somente se poderá discuti-lo corretamente quando se deixe claro de onde se deduz uma restrição do Direito Penal à proteção de ditos bens e o que se entende por eles. Pelo que afirma Busato (2003, p. 50), parece suficiente definir o bem jurídico como todo valor da vida humana que é protegido pelo Direito. Afinal, uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2006, p. 27).

1.2 Limites

A fim de que o Direito Penal não se torne um meio de agravamento de desigualdades e promoção de arbitrariedades e injustiças, é imprescindível que essa intervenção seja limitada, sob pena de, inclusive, perder sua legitimidade (MIR PUIG, 2007, p. 85).

Além disso, outros dois fatores conferem especial importância ao estudo dos limites do *ius puniendi*, conforme alerta García-Pablos de Molina (2000, p. 139). Primeiramente, os drásticos efeitos da intervenção penal, seu impacto destrutivo e irreversível e os elevadíssimos custos sociais da “cirurgia penal”, e, em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado “social”, que potencia a presença deste e o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e dirigir o futuro social.

Essa limitação é levada a cabo por meio de princípios que funcionam como verdadeiras barreiras “que se interpõem à atuação violenta do Estado” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 120), impedindo que se firam determinadas garantias individuais.

2 Princípios limitadores do *ius puniendi*

A maioria das doutrinas normalmente enuncia uma série de princípios limitadores ao *ius puniendi*, situação que, como salienta Busato (2007, p. 122), não raro se caracteriza pela “falta de uniformidade entre as distintas perspectivas”. Por outro lado, auto-

res como Muñoz Conde e García Arán (2002, p. 72) enumeram apenas dois princípios, o de legalidade (ou intervenção legalizada) e o de intervenção mínima, dos quais, por sua amplitude, decorrem, de um modo ou outro, todos os demais e expressam “com maior ênfase a ideia de contenção dos possíveis excessos de atuação do Direito Penal” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 123).

Aos dois princípios citados, os mesmos autores agregam o princípio de culpabilidade que, embora possa ser considerado uma decorrência daqueles princípios, tem cobrado um aumento de importância e já obtém largo apoio na doutrina (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 122-123).

2.1 Princípio de legalidade

O princípio de legalidade se expressa, em seu aspecto formal, pelo aforismo “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e constitui um dos mais importantes princípios de todo o Direito Penal uma vez que “condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 123).

2.1.1 Conceito

Segundo este princípio, também chamado de princípio de reserva legal ou de intervenção legalizada, o *ius puniendi* estatal, seja na configuração do delito, seja mesmo na determinação, aplicação e execução de suas consequências, tem de estar regido pela lei. Esta determinação, portanto, obsta ao exercício arbitrário e ilimitado do poder punitivo e supõe, simultaneamente, um freio para a política penal demasiadamente programática que, com o intuito de acabar a qualquer custo com a criminalidade, e com fundamento em razões defensivas ou ressocializantes radicais, acaba por sacrificar garantias mínimas dos cidadãos, impondo sanções não previstas ou regulamentadas em lei alguma (GARCIA ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 86).

2.1.2 Origem

A origem desse princípio encontra-se no século XVIII, cujo pensamento político foi legiti-

mado pela Revolução Francesa, em razão do desejo de se substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral do povo, expressa por meio de leis (BRANDÃO, 2002, p. 10). Isso porque, como destaca Mir Puig (2007, p. 87), os registros anteriores à Ilustração não possuem o sentido moderno do princípio, tendo sido somente a partir da ideologia liberal, impulsionada e politicamente consagrada com a Revolução Francesa, que tal princípio passa a ser concebido como limite ao poder punitivo estatal, dotado com o sentido de garantia para a liberdade do cidadão.

Essa ideia, fruto do pensamento iluminista que ascendia na época, foi acolhida por Beccaria (2006, p. 72) que, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), afirmou que os homens cederam uma parte de sua liberdade a fim de poderem gozar, com segurança e tranquilidade, de todo o restante dela, de modo que, em sendo o soberano o seu legítimo depositário, somente as leis podem decretar as penas sobre os delitos.

Embora se considere inegável a importância da sustentação de Beccaria, foi somente Feuerbach quem, no início do século XIX, enunciou o aforismo latino “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ao sustentá-lo como uma consequência imediata da teoria da pena, segundo a qual a pena tem como função exercer uma coação psicológica nos cidadãos de modo que esses se abstenham da prática de delitos. Contudo, para que desempenhe tal função, deve-se previamente descrever as condutas proibidas e as penas cominadas a elas (GARCIA ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 90). Assim, para Feuerbach, explica Cláudio Brandão (2002, p. 36), “toda pena dentro do Estado é a consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do Direito, e de uma lei que comine um mal sensível”.

A origem do princípio de legalidade coincide, pois, com o nascimento do Estado de Direito (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 127) e representa, conforme Cláudio Brandão (2002, p. 09), um divisor de águas em termos jurídico-penais na medida em que se pode identificar um Direito Penal anterior e um posterior a ele.

A partir dessa época, com a Revolução Francesa e o pensamento ilustrado do século XVIII, comentam Muñoz Conde e García Arán (2002, p. 71) que o Direito Penal começa a ser considerado como um instrumento de defesa dos valores fun-

damentais da comunidade, e ainda que a vigência plena dessa ideia tenha sido (e ainda o é) um louvável desejo nem sempre satisfeito na prática, seu reconhecimento, no entanto, mesmo que apenas em nível formal, supõe um avanço irreversível frente ao Direito Penal do Antigo Regime.

2.1.3 Significado político e técnico

O princípio de legalidade pode ser compreendido em duas dimensões que, não estanques, formam uma perfeita unidade dialética, conferindo a ele o caráter de valor fundante do Direito Penal moderno (BRANDÃO, 2002, p. 11).

Para que se possa sustentar “que o princípio de legalidade constitui uma categoria inviolável de garantia do cidadão frente ao poder punitivo que exerce o Estado” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 128), é preciso que seja compreendido em suas duas dimensões: política e técnica.

No aspecto político, o princípio de legalidade tem fundamento na divisão dos poderes, de modo que só o Poder Legislativo, em tese, como órgão que representa a vontade geral, pode estabelecer leis e é produto do espírito liberal criado pelo Estado liberal de Direito (GARCIA ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 88). Em termos técnicos, por sua vez, como destacam Busato e Huapaya (2007, p. 130-131), o princípio de legalidade quer dizer que fato algum pode merecer uma pena do Direito Penal sem uma lei que o tenha declarado previamente punível.

2.1.4 Garantias e conseqüências

Do princípio de intervenção legalizada decorrem as garantias individuais: garantia criminal, que exige que o delito esteja determinado pela lei, de modo que uma conduta só é qualificada como delito se a lei a considera como tal (GARCIA ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 91); garantia penal, que determina que a lei assinala a pena correspondente ao fato; garantia jurisdicional, a qual requer que a existência do delito e a imposição da pena sejam determinadas por meio de uma sentença judicial e segundo um procedimento legalmente estabelecido; e a garantia da execução, segundo a qual se exige que a execução da pena ou a medida de segurança também se sujeitem a uma lei que as regulamente (MIR PUIG, 2007, p. 89).

E ainda, da vigência do princípio de intervenção legalizada, afirmam Muñoz Conde e García Arán (2002, p. 87), deriva uma série de conseqüências (ou mesmo requisitos) que relativizam todo seu conteúdo e que o distinguem das demais disciplinas jurídicas tanto no que se refere a fontes, como também à interpretação e elaboração científica, que são: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* e *lex stricta*.

2.1.4.1 *Lex scripta*

A *lex scripta* é a reserva absoluta da lei, aprovada com observância dos trâmites devidos, isto é, não basta qualquer norma escrita, é necessário que possua *status* de lei emanada do Poder Legislativo (MIR PUIG, 2007, p. 89). Não se pode, por exemplo, valer-se do Direito consuetudinário como fonte direta ou mesmo permitir que princípios gerais não escritos estabeleçam delitos e penas (BUSATO; HUAPAYA, 2007, 132-134). É possível, contudo, que outros atos legislativos, que não a lei, disponham sobre matéria penal, sempre que a hipótese não seja de definição de crimes, ou cominação ou aumento do rigor punitivo, mas de concessão de benefícios ou similares (QUEIROZ, 2001, p. 23).

2.1.4.2 *Lex praevia*

Em razão da *lex praevia* não se permite a retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu. Assim, resta proibida a “criação de tipo com finalidade de alcançar fatos do passado” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 136), bem como a retroatividade de leis que agravem suas penas (MIR PUIG, 2007, p. 89). A proibição da retroatividade, afirma Brandão (2002, p. 90), goza de uma atualidade permanente, ao evitar que aquele que cria a norma possa cair na tentação de introduzir punições ou agravar *a posteriori*, o que poderia ser frequente em vista de estados de alarme social ou de excitação política.

Aliás, sustentam Busato e Huapaya (2007, p. 137), a fundamentação é evidente já que ninguém pode reger-se por uma norma que ainda não existe. E ainda, no que tange à função de prevenção do Direito Penal, não parece adequada a retroatividade uma vez que as leis penais são regras de conduta que visam ao futuro, ou seja, à prevenção de delitos, pelo que, portanto, não podem gerar efeitos

em momento anterior ao de sua entrada em vigor (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 137).

2.1.4.3 *Lex certa*

Lex certa significa que a lei penal deve ser formulada do modo mais claro, inequívoco e exaustivo possível, a fim de que se dê inteiro conhecimento a seus destinatários (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 139), o que implica a máxima precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens quando de suas decisões (QUEIROZ, 2001, p. 25).

E isso porque, ainda que atualmente, como salientam Busato e Huapaya (2007, p. 140-141), resulte ser utópico o comando de certeza que se exige por este princípio ante as chamadas cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, os tipos penais abertos, as normas penais em branco, os elementos normativos do tipo etc., uma lei penal sem precisão, argumenta Brandão (2002, p. 79), não seria hábil para cumprir a função do princípio de limitação ao *ius puniendi*, já que o indivíduo não estaria livre do uso arbitrário do Direito Penal pelos detentores do poder político.

2.1.4.4 *Lex stricta*

Da *lex stricta* decorre a proibição de analogia em matéria penal, pelo que se exige certo grau de precisão da lei penal. A proibição de analogia, afirma Brandão (2002, p. 76), não é absoluta, já que o sentido do princípio é a proteção do indivíduo frente à possibilidade de infligência de uma pena (analogia *in malam partem*) e não a possibilidade que beneficie o sujeito (*in bonam partem*), porque não tolhe a liberdade humana, mas contribui para estendê-la. Do postulado da precisão, comenta Mir Puig (2007, p. 90), origina o chamado “mandado de determinação”, que requer que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que possam acarretar.

Diante do exposto, vale referir a conclusão de Cláudio Brandão (2002, p. 164) no sentido de que, em estando contrapostas duas modalidades de direito na relação penal - o direito de punir atribuído ao Estado e os direitos individuais do sujeito - o princípio de legalidade vem solucionar a tensão existente, já que tem como função frear

o *ius puniendi*, devendo sempre ser utilizado *pro libertatis* e nunca *pro punitiois*. Cumprindo, além disso, o preceito que, continua o mesmo autor, no Brasil tem sede constitucional de garantir a dignidade humana.

2.2 Princípio de culpabilidade

O termo culpabilidade é utilizado, jurídico-penalmente, em inúmeros sentidos.

2.2.1 Conceito

Fala-se em culpabilidade como categoria dogmática (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 143), no sentido de ser aquela que, ao lado dos demais elementos do crime (conduta típica e antijurídica) ou como pressuposto de aplicação da pena, é constituída pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Emprega-se a expressão culpabilidade também como um conceito político-criminal e limite ao *ius puniendi*, o que, por sua vez, requer o princípio de responsabilidade pessoal ou responsabilidade subjetiva, segundo o qual o sujeito não pode ser responsabilizado por delitos alheios, ao contrário do que ocorria em outros tempos, onde se levava à punição todos os membros de uma família ou povo pelo fato praticado por um deles (MIR PUIG, 2007, p. 100-102); o princípio de responsabilidade pelo fato, já que a culpabilidade é indubitavelmente característica do sujeito, porém refere-se unicamente ao fato e constitui exigência de um Direito Penal de fato, ao contrário de um direito penal de autor, onde existe a possibilidade de punição pelo caráter ou modo de ser do indivíduo; o princípio da presunção da inocência, uma vez que o sujeito não é autor enquanto não demonstrada sua culpabilidade; e o princípio da individualização da pena, que busca a conjugação do princípio humanitário ao princípio de culpabilidade individual, de modo a ajustá-los aos fins da pena no caso concreto (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 143-144).

Finalmente, como princípio, a culpabilidade, explicam Busato e Huapaya (2007, p. 144), significa a “necessária comprovação da presença de dolo ou culpa para a admissão da responsabilidade penal, em oposição à responsabilidade objetiva”. Com outras palavras, afirmam Muñoz Conde e Garcia Arán

(2002, p. 93), “o princípio de culpabilidade impede que a atribuição de um resultado imprevisível, reduzindo as formas de imputação de um resultado ao dolo e à imprudência”.

2.2.2 Origem

Os mais remotos antecedentes do princípio de culpabilidade, afirma Busato, não são buscados em construções gregas ou latinas, ao contrário do que ocorre com boa parte dos demais, uma vez que sua origem repousa no reconhecimento do ser humano de modo universal, o que era impensável até então. Assim, explica Luiz Luisi, somente no fim da Idade Média é que o direito germânico passou a admitir a vontade do agente para aferição da responsabilidade penal. Desse modo, continua o mesmo autor, embora alguns estudiosos sustentem haver resquícios da responsabilidade subjetiva já na época da monarquia franca (século VIII), esta somente se configurou nas ordenações Branbigensis e na Carolina, nos primeiros decênios do século XVI (LUISI, 2003, p. 32).

2.3 Princípio de intervenção mínima

O princípio de intervenção mínima constitui um dos mais importantes limites ao *ius puniendi* do Estado.

2.3.1 Conceito

Segundo o princípio de intervenção mínima, o Direito Penal só deve se ocupar dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes. Vale dizer, quando o bem jurídico não for digno de proteção penal ou quando este bem jurídico, embora merecedor de tal proteção, não for atacado de modo grave o suficiente, o Direito Penal não deve intervir. Assim, antes de se recorrer ao Direito Penal devem ser esgotados todos os outros meios de controle social, de modo que somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico é que estará justificada a utilização daquele meio repressivo de controle social (BITENCOURT, 2007, p. 14).

Isso ocorre porque, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela de um determinado bem

jurídico, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, já que o Direito Penal deve intervir na última fase do controle social, orientando e limitando o poder incriminador do Estado, a criminalização de uma conduta só se legitima quando se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico (BITENCOURT, 2007, p. 13).

2.3.2 Origem

O princípio de intervenção mínima, a despeito de haver referências anteriores no sentido de que o Direito Penal deve ser mínimo, foi cunhado pela primeira vez como princípio em 1975 pelo espanhol Francisco Muñoz Conde (1975, p. 59), em um trabalho intitulado *Introducción al Derecho Penal*, ao afirmar que o Direito Penal só deve intervir nos casos dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes.

2.3.3 Extensão

Esse princípio se expressa sob duas vertentes: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Diz-se fragmentário o Direito Penal porque se ocupa de apenas parte dos interesses jurídicos, realizando uma tutela seletiva de bens. Assim, a fragmentariedade do Direito Penal significa “sua reserva para as hipóteses excepcionais” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 183), isto é, sua proteção é conferida exclusivamente aos valores tidos como imprescindíveis para a sociedade.

O caráter fragmentário do Direito Penal foi reconhecido pela primeira vez pelo penalista Binding, que lamentou o fato de que os Códigos Penais não articulassem uma proteção total e homogênea aos bens jurídicos, mas que tal proteção se revelasse parcial, incompleta e fragmentária (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 257). O tempo, no entanto, referem Busato e Huapaya (2007, p. 183), encarregou-se de demonstrar que essa característica é, na verdade, extremamente positiva e, longe de ser um defeito, constitui uma necessária e acertada decisão político-criminal, atenta à essência do Direito Penal.

Este caráter fragmentário, assinala Muñoz Conde (1975, p. 72), aparece em uma tripla forma. Inicialmente, defendendo o bem jurídico só contra

ataques de especial gravidade; depois, tipificando só uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estimam como antijurídico; e, finalmente, deixando sem castigo, em tese, as ações meramente imorais (como a homossexualidade e a mentira).

A subsidiariedade refere-se ao fato de que somente se deve recorrer ao Direito Penal quando todos os outros ramos do Direito ou mesmo as outras formas não jurídicas de controle social revelarem-se insuficientes. A intervenção do Direito Penal, por conseguinte, somente se justifica quando comprovada a incapacidade dos demais mecanismos de controle social (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 171).

A afirmação do caráter subsidiário do Direito Penal tem origem na teoria das normas formulada pelo penalista alemão Binding, no início do século XX, que, partindo da distinção entre norma e lei penal, afirmava que o delinquente, com sua conduta, infringe a norma, mas cumpre a lei (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 60). Assim, o Direito Penal, que não é composto de compartimentos cerrados, estanques ou sem comunicação, por ser parte do ordenamento jurídico, apresenta uma relação de interdependência com as outras normas jurídicas, sem que isto signifique relação de subordinação aos demais ramos (GARCÍA ARÁN; MUÑOZ CONDE, p. 2002, p. 81) e sim uma relação de subsidiariedade.

A subsidiariedade expressa, portanto, a exigência elementar de hierarquização e racionalização dos meios disponíveis para responder ao problema criminal de modo adequado e eficaz. Daí preferir-se, antes de toda a utilização dos meios desprovidos de caráter sancionatório, uma adequada Política Social (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 254).

2.3.4 Efeitos

A adoção do princípio de intervenção mínima implica o reconhecimento de dois amplos efeitos: o princípio de humanidade e o princípio de proporcionalidade (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 71).

O primeiro refere-se ao fato de que o castigo não pode ultrapassar os limites mínimos de dignidade humana (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 164). Assim, destaca Muñoz Conde (2002, p. 92), é imperioso o reconhecimento de que o delinquente,

qualquer que seja o delito que tenha praticado, é um semelhante, uma pessoa que tem direito a ser tratada como tal e a reintegrar-se na comunidade como um membro de pleno direito. Por essa razão, aboliu-se a tortura como meio de averiguação da verdade, e qualquer outro meio que privasse o acusado da livre determinação de vontade (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 77-78).

Igualmente, salientam Busato e Huapaya (2007, p. 165), faz parte do programa de Direito Penal mínimo a luta contra a privação de liberdade dessocializante, já que as penas de encarceramento de curta duração não produzem ressocialização, mas justamente o contrário.

Em matéria de execução, o princípio da humanidade encontra também grande ressonância, haja vista a degradante condição da maioria das prisões da América do Sul. Assim, comentam Busato e Huapaya (2007, p. 164-165), deve-se tratar com respeito o encarcerado e propiciar sua reinserção na vida social, atentando para o fato de que deve ser admitida, qualquer que seja o crime, a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, já que o Estado não pode furtar-se à condição de ser humano do apenado, tampouco pode, afrontando o princípio de igualdade, fixar penas idênticas a diferentes hipóteses delitivas.

E, ainda, com respeito à pena de morte, é incontroverso que sua abolição nos países em que ainda existe é medida que se impõe, porque essa espécie de pena se mostra indefensável sob todas as perspectivas de análise.

O segundo efeito, o princípio de proporcionalidade, representa a concreção de uma ideia geral de justiça, isto é, nem mais nem menos, deve ser dado a cada um segundo seus merecimentos, tratando-se desigualmente os desiguais. Vale dizer, a pena deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de impotência do bem jurídico em apreço, não se podendo admitir, por exemplo, como ocorre no Brasil, que a pena por maus tratos a animais seja mais grave do que a pena por maus tratos contra as pessoas (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 167).

Desse modo, as penas devem ser proporcionais ao delito cometido, pelo que este não pode ser reprimido com penas mais graves que o próprio dano por ele causado. Em virtude disso, deve-se usar como critério para determinar a gravidade da

pena ou da medida de segurança a ser imposta, a importância do bem jurídico, assim como a forma de ataque a ele (GARCÍA ARÁN; MUÑOZ CONDE, p. 2002, p. 92-93).

3 A crise da intervenção mínima

O Direito Penal, afirma Muñoz Conde (1975, p. 60), tal como todo o ordenamento jurídico, tem uma função eminentemente protetora de bens jurídicos. Esse ramo, no entanto, diferentemente dos demais, intervém unicamente quando fracassam as outras barreiras protetoras do bem jurídico. Afinal, além de o Estado de Direito efetivamente dispor de outros meios eficazes e de menor custo social (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 253), o Direito Penal não é a solução para todos os males.

Certo é que *mais* Direito Penal seguramente não significa *menos* delito. Mais leis, penas mais severas, mais polícias, mais cárceres não significam, por certo, menos criminalidade. Isso porque a pena não convence ou ressocializa, apenas estigmatiza, refletindo, em verdade, mais a impotência, o fracasso e a ausência de soluções, que a convicção e a energia necessárias para abordar os problemas sociais (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 250-252).

Por isso a intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharem outros mecanismos de defesa social, já que não se pode atribuir ao Direito Penal, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, a qual pode, de fato, ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social. Evidentemente, pleitear a não intervenção penal em certos casos não significa pugnar pela ausência completa da intervenção do Direito ou mesmo a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como frequentemente se pensa (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 163). O que se propõe, em verdade, é que, como afirmam Muñoz Conde e García Arán (2002, p. 87), os bens jurídicos não somente devem ser protegidos *por* Direito Penal, mas também *ante* o Direito Penal, ou seja, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada é suficiente a aplicação de medidas civis ou administrativas, estas é que devem ser aplicadas, e não as penais.

Em síntese, nem todas as ações que violam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal se restringe, pois, a castigar unicamente os ataques mais graves e contra os bens jurídicos mais importantes. Essa é a razão pela qual, consoante preconiza o princípio da intervenção mínima, onde o Direito Penal não se faz necessário, este não deve intervir, isto é, ele deve ser, de fato, a *ultima ratio*.

Assim, a consequência do princípio de intervenção mínima na proteção de bens jurídicos é que o conceito de bem jurídico atua como limite ao poder punitivo do Estado, pelo que somente as condutas que coloquem em perigo ou lesionem um bem jurídico podem ser objeto do Direito Penal (GARCÍA ARÁN; MUÑOZ CONDE, p. 2002, p. 78), que deve ser, de fato, mínimo, garantístico, instrumental e subsidiário da política social geral (QUEIROZ, 2001, p. XIX).

Aliás, como a norma penal não é todo o controle social, nem sequer sua parte mais importante, mas tão somente, como afirma Muñoz Conde, citado por Paulo Queiroz (2001, p. 09), a parte visível do *iceberg*, considerando-se que talvez o que não se vê (as outras instâncias formais ou informais de controle) é o que realmente importa, o subsistema penal como um todo ocupa (há de ocupar), dentro do sistema social, um papel menor, secundário, já que sua função é subsidiar a vigência, em última razão, de outras instâncias do controle, mais sutis e eficazes.

Afinal, como bem assinala Paulo Queiroz (2001, p. 20), um Estado que se define Democrático de Direito, declarando como seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e proclamando como seus objetivos fundamentais a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, não deve lançar sobre seus jurisdicionados esse sistema de violência seletiva e discriminatória, que é o sistema penal, máxime quando é esse mesmo Estado, omissivo ou comissivamente, em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais existentes e pelos dramáticos conflitos dela derivados.

Considerações finais

Procurou-se, a princípio, apontar o contrato social como marco da origem do *ius puniendi* estatal, bem como se buscou delinear seus fundamentos. Passou-se então à explanação da necessidade da fixação de limites a essa potestade punitiva.

Num segundo momento, foram abordados os princípios limitadores do *ius puniendi*, iniciando-se pelo princípio de legalidade, com análise de seu conceito, origem e significados, como também de suas garantias e consequências (*lex scripta, praevia, certa e stricta*). Passou-se então ao exame, em linhas gerais, do princípio de culpabilidade, ocasião em que se tratou de seu conceito e origem, para, após, analisar o princípio de intervenção mínima, o que se deu por meio do estudo de seu conceito, origem, extensão (fragmentariedade e subsidiariedade) e efeitos.

Finalmente, comentou-se a respeito da crise da intervenção mínima vivida em nossa sociedade em razão da hipertrofia do Direito Penal. Em vista da abordagem realizada, restou claro que a intervenção do Direito Penal, diferentemente de como tem sido realizada hoje, deve ser reduzida ao mínimo necessário, em observância ao princípio de intervenção mínima, bem como o *ius puniendi* deve ser limitado por meio desse e de outros princípios.

Referências

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di. **Dos delitos e das penas**. Tradução por José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Análise do sistema penal à luz do princípio de legalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**. Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. **Introdução ao direito penal**. Fundamentos para um sistema penal democrático. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Parte General. 5.ed.rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2000.

_____. Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *Ius puniendi*. In: GONZÁLEZ RUS, Juan José (Coord.). **Estudios penales y jurídicos**. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1996.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed., rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1975.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Dados sobre a autora: Gabriela Xavier Pereira, estudante, especializando em Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal no Instituto Busato de Ensino – IBE, em Ponta Grossa – PR; e-mail: gabigxp@hotmail.com; telefone: (42) 8402-7377 ou (41) 9960-1995.

