

A PENA COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

THE PENALTY AS A FORM OF SOCIAL CONTROL AGAINST THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION

*Marcos Afonso Johner**

Resumo: A sanção jurídico-penal, de índole punitiva, designada pena, é um dos mais contumazes instrumentos de controle social institucionalizado pelo Estado. A sua cominação depende da existência prévia de uma lei, diploma que somente será elaborado se em consonância com o princípio da intervenção mínima, critério político-criminal inserido na dogmática penal para possibilitar a valoração axiológica da criação e, posteriormente, interpretação de um crime. Trata-se de uma ameaça coativa, pois consiste na possibilidade de aplicação da força. Assim, embora se encontre no plano deontológico, produz efeitos concretos na realidade social. Em decorrência disso, a sua incidência, que deveria ser a última razão, acaba por ser a primeira, constituindo nítido modelo de controle social. Destarte, a problemática se insere na forma pela qual o princípio da intervenção mínima pode conter a atuação arbitrária do Direito Penal, na óptica de um Estado Democrático de Direito. Parte-se, então, da hipótese de que referido princípio serve como critério de orientação ao legislador, tanto no momento de elaboração de um tipo penal, quanto no de sua alteração ou revogação, e ao juiz, quando valora os fatos que lhe são trazidos no processo. Utilizou-se, quanto aos objetivos, de pesquisa descritiva, por meio do método indutivo, pois, de fatos gerais, chegou-se a uma conclusão que os englobasse. A documentação utilizada foi indireta, por intermédio de pesquisa bibliográfica concernente à temática estudada.

Palavras-chave: Pena. Controle social. Intervenção mínima.

Abstract: The juridical-penal sanction, punitive in nature, named penalty, is one of the most frequent instruments of social control institutionalized by the State. Its prediction depends on the prior existence of a law, diploma which will only be drawn up if in line with the principle of minimum intervention, political-criminal criterion inserted in the criminal dogmatics to enable the axiological valuation of the creation and, posteriorly, interpretation of a crime. This is a coactive threat, since it consists in the possibility of applying force. Thus, although it is deontological, it produces concrete effects in the social reality. As a result, its incidence, which should be the last reason, turns out to be the first, constituting a clear model of social control. Thereby, the problematic is inserted in the way in which the principle of the minimum intervention can contain the arbitrary action of Criminal Law, in the perspective of a Democratic State of Right. It is therefore assumed that this principle serves as a guiding criterion for the legislator, both at the time of elaboration of a criminal type, as well as in its amendment or revocation, and to the judge, when he values the facts brought to him in the process. As for the objectives, a descriptive research was used, through the inductive method, because, from general facts, a conclusion was reached that include them. The documentation used was indirect, through a bibliographical research concerning the subject studied.

*Acadêmico do sétimo período do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga/SC.

Keywords: Penalty. Social control. Minimum intervention.

1 Introdução

Ao incriminar determinada conduta, cominando-lhe pena, o legislador estabelece formalmente um instrumento de controle social, possibilitando a intervenção do Estado na liberdade das pessoas. Entretanto, não só a atuação legislativa, mas também a judiciária, no momento de aplicação da lei penal, há de se orientar pelo princípio da intervenção mínima, verdadeira baliza axiológica para criação e interpretação das normas penais. O objeto deste estudo, por conseguinte, volta-se justamente à análise da pena como forma de controle social frente ao princípio da intervenção mínima.

O desenvolvimento do trabalho se circunscreve ao seguinte problema: de que modo o princípio da intervenção mínima pode conter a atuação arbitrária do Direito Penal, na óptica de um Estado Democrático de Direito? Diante disso, parte-se, a priori, da hipótese de que o princípio da intervenção mínima possui função axiológica dúplice, orientando o legislador na criminalização e penalização de determinado comportamento, bem como, na derrogação ou ab-rogação de um tipo penal e seu respectivo preceito secundário, e o juiz, que deverá valorar os fatos que lhe são trazidos no processo, buscando, em ambos os casos, limitar a desmesurada penalização como forma de controle social, abstrata ou concretamente – atividade legislativa e judiciária, respectivamente.

De maneira geral, objetiva-se analisar como o princípio da intervenção mínima pode limitar o controle social exercido por intermédio da pena. Especificamente, busca-se definir o que é o controle social; caracterizar o princípio da intervenção mínima e identificar a sua posição dogmática; e, por fim, traçar um paralelo entre ambos os pontos mencionados.

Para tanto, analisar-se-á, num primeiro momento, a ligação umbilical entre a sanção jurídico-penal e o controle social que dela emana. Em seguida, abordar-se-á o princípio da intervenção mínima e sua posição na dogmática penal contemporânea. Posteriormente, far-se-á o entrelaçamento entre a pena como forma de controle social e a influência que o princípio da intervenção mínima nele exerce.

2 Pena e controle social

No sistema de civil law adotado nos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, a lei é a principal fonte do Direito, pois “nela se encontra toda a expectativa de segurança e estabilidade que se espera de um sistema positivado” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 57), isto é, escrito. Nesse caminho, Norberto Bobbio assenta que “o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido de que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito” (BOBBIO, 1995, p. 147).

Alguns detalhes, contudo, merecem atenção. Paulo Nader afirma “que um elemento é essencial a um objeto quando este, sem aquele, deixa de existir como tal” (NADER, 2014, p. 96). O jusfilósofo também distingue coação de coercibilidade, considerando a primeira como força em ato, e a segunda, em potência, é dizer, “a possibilidade de a força ser acionada no campo jurídico” (NADER, 2014, p. 93). Deveras, o Direito pode existir sem coação, mas não sem coercibilidade, que é um estado permanente e corresponde a um prius da possibilidade de aplicação da força, pelo que se pode assegurar que a coercibilidade é fundamental ao direito, pois este,

sem aquela, seria inócuo. É o arremate de Paulo Nader:

Sendo a coação a força física em ato, faz parte de nossa observação o fato de que as normas jurídicas, em sua generalidade, são cumpridas espontaneamente pela sociedade, independentemente do exercício da coação. Isto se torna necessário apenas quando os indivíduos se rebelam, e isto ocorre não como regra geral, mas excepcionalmente. É inaceitável, portanto, que se tome a coação como elemento essencial ao Direito. [...] O que se nos revela essencial ao Direito é a coercibilidade, ou seja, a possibilidade de o Direito empregar a força (NADER, 2014, p. 96).

Diante disso é que determinadas condutas se encontram proibidas pelo ordenamento jurídico, nos moldes da divisão binária kelseniana em norma primária e secundária, na qual a primeira prevê um comportamento, e a segunda, a sanção, no caso de descumprimento do mandamento normativo. Desse modo, advertem Gagliano e Pamplona Filho,

[...] a existência de sanção é um elemento de grande importância para a efetivação da lei, decorrendo, em verdade, não somente dela, mas do próprio ordenamento que, abstratamente, preverá as consequências deontológicas do eventual descumprimento de deveres jurídicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 58).

Impende destacar, pois, que sanção não significa coação, esta entendida como “força, enquanto aquela é apenas determinação de penalidade, que pode ser aceita espontaneamente ou não pelos destinatários”. Nesta última hipótese, “o aparato coativo do Estado deverá ser acionado” (NADER, 2014, p. 93). Pode-se afirmar, por derradeiro, que a coação é força; a sanção é ameaça de força, pois apenas informa que, ao desrespeito à norma, seguirá uma consequência jurídica de ordem coativa.

A sanção que aqui nos interessa é a de índole jurídico-penal, chamada pena. De bom alvitre consignar que, a nosso ver, sanção e pena não são conceitos sinônimos, de tal modo que esta é consequência daquela, pois, consoante adverte Costa Matos (2011), “[...] devemos atentar para a estrutura lógica da sanção, que não se identifica pura e simplesmente com pena, configurando antes uma consequência normativa – positiva (sanção premial) ou negativa (sanção punitiva)”.¹

A pena, por sua vez, pode ser considerada consequência lógica do delito, de sorte que a existência de um crime depende da concomitante existência de uma sanção punitiva, tendo em vista que não há infração penal sem lei anterior que a defina, tampouco pena sem prévia cominação legal; é o brocardo que se extrai do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º, do Código Penal.

Por conseguinte, a pena se torna um mecanismo de controle social, este que é “um conjunto de dispositivos sociais – usos, costumes, leis, instituições, sanções – que objetivam a integração social dos indivíduos, a preservação da estrutura social”,

¹ É também o entendimento perfilhado por Miguel Reale (2011, p. 75-76): “Podemos dizer que, atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens. Assim, ao lado das sanções penais, temos as sanções premiaias que oferecem um benefício ao destinatário, como, por exemplo, um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento”. Não compartilha dessa ideia Paulo Nader, que segue os caminhos do jusfilósofo espanhol Legaz y Lacambra, preferindo utilizar a expressão garantia jurídica em lugar de sanção premial, pois aquela corresponde “a todo fator que contribui para dar ao Direito o máximo de efetividade. No sentido amplo atribuído à expressão, verifica-se que abrange tanto a sanção-castigo quanto à chamada sanção-prêmio” (NADER, 2014, p. 94).

tudo isso “alicerçado nos valores e expresso na imposição de vontade dos líderes, da classe dominante ou do consenso grupal” (CASTRO, 2009, p. 93).

É que a pena, umbilicalmente ligada ao crime, é resultante de um processo que envolve variados órgãos institucionalizados de poder, tendo em vista que sua criação obrigatoriamente perpassa pelo Poder Legislativo, que a elaborará, dependendo da aquiescência do Poder Executivo para sua promulgação, publicação e posterior vigência. Malgrado a lei penal decorra, como querem alguns autores,² da vontade do povo como um todo, não representa nada mais do que a vontade da classe dominante, de alguns poucos que se dizem legitimados para assumir as rédeas do controle institucional.

Mais além desses apontamentos, convém anotar que a pena é uma forma de controle social formal, decorrente de uma instituição, o Estado, pois é este o responsável pela exteriorização da lei, *conditio sine qua non* para a existência de uma pena. De salutar relevo, à vista disso, conceituar instituições, entendidas como “órgãos de controle social, que se compõem de normas – usos, costumes, leis – aplicáveis a determinada configuração social, destinando-se ao desempenho de funções determinadas nessa configuração” (CASTRO, 2009, p. 101).

Tais instituições controlam o ser humano hodiernamente. Trata-se de um processo involuntário, que, na maior parte das vezes, sequer é percebido pelo sujeito.³ É o fenômeno da socialização, processo encarado como a “aprendizagem e a interiorização dos elementos socioculturais, normas e valores do grupo social que se integram na estrutura da personalidade do indivíduo (pessoa social)” (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 226). Afinal, já alertava Duguit, “o homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade”. Ao bem da verdade, completa, “o ser humano nasce integrado a uma coletividade, vive sempre em sociedade e só pode viver em sociedade” (DUGUIT, 2009, p. 25).

Nesse contexto, Lakatos e Marconi, seguindo os passos de Harry Johnson, trabalham com os termos conformidade e desvio no fenômeno da socialização. O primeiro corresponderia à “ação orientada para uma norma (ou normas) especial, compreendida dentro dos limites de comportamento por ela permitido ou delimitado”. A observância de dois fatores se torna importante, *in casu*: “os limites de comportamento permitido e determinadas normas que, consciente e voluntariamente, são parte da motivação da pessoa” (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 226-227).

De outro giro, “o comportamento em desvio é conceituado não apenas como um comportamento que infringe uma norma por acaso, mas também como um comportamento que infringe determinada norma para a qual a pessoa está orientada naquele momento”. Desviado é o comportamento fundado numa “infração motivada” (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

Dessas variantes emana o controle social, conforme subscrevem Lakatos e Marconi:

² Vide, a respeito, GRECO (2014, p. 16), que aduz: “Importa salientar que quando a União cria tipos penais incriminadores, por exemplo, é como se todo o povo brasileiro tivesse anuído para com a inovação feita ao sistema jurídico-penal, em virtude da adoção do aludido sistema-representativo”.

³ Daí porque Charles Cooley considerar “o controle como um fator implícito na sociedade e, portanto, transmitido ao indivíduo pela socialização” (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

Quando o padrão é rompido, através do comportamento desviado, a ruptura provoca sentimentos negativos, dando origem a um processo de sanções cuja função é punir a infração, impedir futuros desvios e/ou alterar as condições que originam o comportamento desviado. Este processo constitui o controle social (grifo nosso) (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

A sanção punitiva corresponde, então, a um instrumento de socialização decorrente do controle institucional, merecendo atenção a circunstância de que “a norma jurídica é a formalização do controle, que dispõe de força coativa” (CASTRO, 2009, p. 238) no caso de transgressão, admitindo Francisco Muñoz Conde (1985, p. 33) que “el principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal”. Portanto, a pena, como ameaça coativa, é, conseqüentemente, um dos mais nítidos modelos de controle social formal institucionalizado pelo Estado.⁴

3 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal de um Estado que se diz democrático deve ser valorado axiologicamente, à luz dos princípios que decorrem da respectiva Constituição. Desse modo, a atividade criadora e interpretativa dos tipos penais há de ser realizada com a obrigatória observância dos direitos e garantias fundamentais, de tal forma a respeitar a coerência e a unidade do sistema constitucional. Nessa ótica, Ferrajoli ensina que

A unidade do sistema, [...], mediante sua formalização, depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Dessarte, os princípios podem ser explícitos, quando expressamente previstos pela Constituição ou por norma infraconstitucional, a exemplo da legalidade e da irretroatividade in pejus (art. 5º, XXXIX e XL, CF/88), ou implícitos, nos casos em que se originam a partir da leitura sistêmica do ordenamento jurídico-penal. Assim, conforme lembra Nilo Batista (2011, p. 83), ainda que o princípio da intervenção mínima não se encontre expressamente previsto no texto magno, nem no Código Penal, deles se processa, impondo-se ao legislador e ao intérprete, “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático”.

Portanto, não se pode retirar a natureza constitucional do princípio da intervenção mínima, pois indiscutivelmente se coaduna, dentre outros, com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e com os princípios da legalidade e da humanidade das penas (art. 5º, XXXIX e XLVII, respectivamente, CF/88).

Dessa maneira, visto que a intervenção mínima é dotada de caráter constitucional, resta, por conseguinte, entendê-la. Trata-se de um princípio cujas raízes

⁴ Bem lembra Miguel Reale (2011, p. 72) que “a astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe”.

se assentam na Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁵ e traduz a noção de que o Direito Penal é a ultima ratio para a consecução dos fins políticos do Estado, ao qual este “debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales”. Não só isso, mas também na estrita medida “en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente punitivos” (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 16).

Dessa noção, muito bem delineada por Francisco Muñoz Conde, exsurtem as duas principais características do princípio da intervenção mínima, quais sejam a fragmentariedade e a subsidiariedade da ciência penal. Roxin, reconhecendo essa dualidade de funções dogmáticas, assevera:

El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal (grifo do autor) (ROXIN, 1997, p. 65).

À afirmação de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais valiosos da coexistência social se vincula o seu caráter fragmentário, pois nem tudo lhe interessa, “mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade” (GRECO, 2014, p. 63).

De outro lado, a natureza subsidiária indica que a atuação do Direito Penal somente se legitimará naquelas situações em que a intervenção dos demais ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do Direito Administrativo e do Direito Civil, for insuficiente para a proteção do bem jurídico, ou, nas precisas lições de Francisco Muñoz Conde (2001, p. 108), “en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho”.

Nessa senda, o princípio da intervenção mínima exerce dupla função, orientando (a) o legislador na escolha da criminalização de determinada conduta, bem como, na revogação de dado tipo penal, e (b) o juiz, intérprete da lei, que deverá contextualizar o caso concreto em consonância com os caracteres da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, constituindo-se, imperativamente, em verdadeiro critério político-criminal.⁶

4 A pena como forma de controle social frente ao princípio da intervenção mínima

A sanção jurídico-penal, ou simplesmente pena, é um mecanismo de con-

⁵ Diz o art. 8º do referido documento: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (grifo nosso).

⁶ “El principio de intervención mínima se convierte así en un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal. Sus consecuencias son tanto de orden cuantitativo como cualitativo” (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 123).

trole social estatuído institucionalmente pelo Estado, para que os indivíduos de determinada sociedade sigam o sistema conforme sua base legal, e não de forma desviada. Isso decorre de uma das características marcantes do Direito, que é a coercibilidade, consistente na possibilidade de aplicação de força física no caso de transgressão da norma.

Frente a isso, Lakatos e Marconi (2008, p. 229) sustentam que “[...] o sistema de controle social de uma sociedade seria o padrão de pressões que ela exerce para manter a ordem e as normas estabelecidas”. Celso A. Pinheiro de Castro (2009, p. 239), com assaz precisão, disciplina que “o controle social exercido pelo direito é o resultante do valor que embasa e ao qual se associa a norma, aliado à força”.

Destarte, a pena se caracteriza como ameaça coativa, modelo de controle social formal abstrato situado na órbita do dever-ser, isto é, naquilo que seria o modelo ideal. Não se perfectibiliza pela força, mas pela chance de incidência desta. No entanto, para a existência de uma pena é imprescindível a concomitante existência de uma lei, por expresse mandamento constitucional (art. 5º, XXXIX, CF/88). Desse modo, uma pena somente é válida quando dotada de prévia cominação legal e não macule a gama de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados do qual o Brasil seja signatário.

Diante desse quadro são necessários limites ao poder punitivo estatal, para que não sejam cominadas penas a condutas não merecedoras da tutela penal. Desarte, de fundamental importância é o princípio da intervenção mínima na política criminal contemporânea, servindo como norte interpretativo ao legislador e ao poder judiciário.

É que, nas felizes palavras de Luís Greco, “apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida” (GRECO, 2013, p. 46). Existe, pois, um nível de risco permitido, no qual o Direito Penal não deve intervir, pois, caso o fizesse, neutralizaria o próprio desenvolvimento social e a socialização humana.⁷

Nesse cenário, a identidade social consubstanciada na lei penal deve ser revista quando não mais corresponda aos anseios sociais, seja pelos costumes do povo, seja pela desnecessidade da criminalização de determinada espécie comportamental (ação ou omissão). Com isso, a pena, enquanto sanção punitiva, deixa de existir, dando lugar a outras formas de controle social, ditas informais, expressadas pelos usos, costumes e opinião pública (CASTRO, 2009), sancionadas de forma não-jurídica.

Assim sendo, não se pode perder de vista a última razão de ser do Direito Penal como forma de controle social ante a ameaça coativa circunscrita à pena. Tal natureza, inclusive, é voltada ao próprio sistema total Direito em relação a outros meios, que não jurídicos, de controle social. A propósito, é o que ensina Machado Neto:

⁷ JAKOBS (2014, p. 25) afirma: “É que a sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social”.

O direito, [...], é, pois, o modo mais formal do controle social formal. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social (sic) foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime (MACHADO NETO, 1987, p. 166).

No mesmo barco rema Cezar Roberto Bitencourt, quando assinala:

Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social (BITENCOURT, 2013, p. 54).

Dessa forma, a criminalização de uma conduta é – ou pelos menos deveria ser – a última forma de se buscar o controle social, que ficaria a encargo, dentre outras, de instituições informais, a exemplo da escola e da família, ou de ramos menos gravosos do Direito. Serve o princípio da intervenção mínima, portanto, como baliza axiológica para o legislador verificar a necessidade de penalização de um comportamento, sob um duplo viés: ora revogando tipos penais anacrônicos (como aconteceu com o adultério, por exemplo), ora (re)adequando a previsão abstrata do preceito secundário à gravidade do crime.

De mais a mais, é preciso ter em mente que determinadas formas de comportamento não podem ser retiradas da proteção penal, pois, do contrário, o bem jurídico ficaria desprotegido. Todavia, é indispensável que o intérprete verifique se os fatos que lhe são trazidos no processo realmente merecem a reprimenda penal; vale dizer, o juiz deve estar atento e examinar se outro ramo do Direito pode salvar a lesão ao bem jurídico de forma eficaz, sem necessidade da aplicação de uma pena, garantindo, assim, a concreção do princípio da intervenção mínima e da limitação do controle social penal. Veja-se, a propósito, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que raciocinou de forma semelhante:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. APLICABILIDADE

Na expressão de Bitencourt, antes de recorrer-se ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios revelarem-se insuficientes à tutela de determinado bem jurídico, é que estará justificada a utilização do meio repressivo de controle social de maior gravidade: a pena. No caso dos autos, embora demonstradas a materialidade e a autoria do crime, bem como o dolo do réu ao praticar a infração penal, os demais meios de controle social mostram-se suficientes para restabelecer a ordem jurídica abalada, devendo a sanção penal ficar resguardada somente àquelas condutas mais graves e que afetam os bens jurídicos imprescindíveis para a ordem social (BRASIL, 2015).

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o princípio da intervenção mínima, como mecanismo limitativo do controle social penal, é comumente utilizado para afastar condenações ou trancar ações penais relacionadas a crimes patrimoniais, sobretudo nos casos de furto, quando a lesão ao bem é insignificante. No âmbito do Pretório Excelso observa-se o seguinte entendimento:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, 2004).

Constata-se, pois, a importância do princípio da intervenção mínima no momento de valoração dos fatos levados a julgamento, justamente para se garantir que o Direito Penal não seja utilizado sem os critérios adequados. Dessa feita, em observância ao caráter subsidiário, limita-se o controle formal penal para que outros mecanismos jurídicos atuem na reparação da lesão ao bem.⁸

Entretanto, é essencial destacar que, por mais belas e seduzentes que sejam as considerações acima estampadas, a realidade delas se distancia. O controle social exercido por intermédio da pena, isto é, pela ameaça coativa, vem sendo utilizado como *prima ratio*, e não o contrário. A percepção político-legislativa deixa a entender que a resolução dos problemas sociais brasileiros se dá pela criminalização de condutas, ou seja, restringindo ainda mais a liberdade, em vez de solidificá-la, aprimorá-la e, conseqüentemente, aumentá-la. Há de se ter a noção de que a pena não serve para tirar a liberdade do sujeito, mas, sim, para dar-lhe a possibilidade de usufruir de tal direito fundamental (CARNELUTTI, 2003).

Contudo, como bem destacou Jesús-María Silva Sánchez (2001), vê-se uma crescente expansão do direito penal, com a desmedida criação de novos tipos penais e a restrição ainda maior da liberdade individual, por um instrumento que, por questões metodologicamente óbvias, não deveria ser utilizado de tal maneira.

Nessa senda, nem tudo é de interesse do Direito Penal, isto é, do exercício do controle social por intermédio de uma pena; questões existem que necessitariam ser tratadas por outros ramos menos gravosos do ordenamento jurídico, daí o caráter subsidiário da ciência penal. Não por motivo diverso, Roxin (1997, p. 65-66) proclamou que, como o Direito Penal possibilita a mais dura de todas as intromissões na liberdade do ser humano, "sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente".

No contexto ilustrado, mencionam-se as corriqueiras situações da justiça criminal, relacionadas aos procedimentos de menor potencial ofensivo, decorrentes de contravenções penais, a exemplo do porte de arma branca e da perturbação do

⁸ Isso não quer significar que o Direito Penal perca sua autonomia em relação aos demais campos da ciência jurídica, a exemplo do Civil e do Administrativo. Apenas ressalta que a dogmática penal é a *ultima ratio*. Esclarecimentos precisos em: MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108-135.

sossego (arts. 19 e 42, respectivamente, da Lei de Contravenções Penais). É plausível que tais infrações sejam realmente resguardadas pelo Direito Penal? Melhor, que a sua ocorrência, caso impossível a transação penal,⁹ dê causa a um processo penal? Ou, respondendo com um questionamento, não seriam mais razoáveis sanções administrativas, de aplicabilidade imediata, como uma multa decorrente do poder de polícia, por exemplo? Enfim, perguntas simples, cujas respostas seriam (ou parecem ser) ainda mais. Todavia, o Estado as ignora, mergulha nas profundas águas do Letes e simplesmente se esquece dos problemas que deveria enfrentar.

Nesse viés, com extrema acuidade, Lakatos e Marconi (2008, p. 240) sustentam que “a incoerência de atitudes por parte de autoridades conduz a um comportamento oscilante: insegurança, inibição, nervosismo ou desobediência, comportamento desviante”. De outro lado, “um sistema de sanções coerentes induz à conformidade, ao passo que as incoerentes, incertas e inconstantes levam à desobediência”; é o retrato quase que fiel da realidade brasileira.

Consecutivamente, as discussões travadas no ambiente político não condizem com critérios político-criminalmente coerentes; de modo inverso, retratam somente a fotografia proporcionada pela sua própria população, tão bem manipulada pela mídia, formadora de opinião pública e, porque não dizer, meio de controle social. Basta ligar a televisão por volta das 16h15min e ver que a mídia é uma espécie de plus ao judiciário, de sorte que julga e condena, automaticamente.

Desse modo, centra-se a questão naqueles que alcançam o poder, dado que, nele investidos, quererão manter-se. Para isso é imprescindível “agradar” o povaréu das mais variadas maneiras, iludindo-o. Celso A. Pinheiro de Castro (2009, p. 112), citando Maurício Duverger, aponta que “mesmo na mais democrática das democracias, não é o povo que governa por si próprio; os governantes reais constituem uma categoria de pessoas, pouco numerosa e distinta da massa. Todo governo é oligárquico”.

Erasmus, nos idos de 1509, com magistral retidão, ao falar dos governantes, afirmava:

Mergulhados na indolência e nos prazeres, eles evitam tudo o que pode suscitar em sua alma preocupações e inquietudes, e só admitem em seu convívio os que sabem adular-los sempre com palavras agradáveis. [...] É verdade que nisto não agem sem alguma precaução: encontram mil pretextos para autorizar suas afrontas e dar uma aparência de justiça às coisas mais injustas do mundo, e nunca deixam de adular um pouco o povo que espoliam, a fim de conquistar seu afeto de alguma maneira (grifo nosso) (ROTTERDAM, 2013, p. 98-99).

Assim, desde o ponto de vista político-legislativo, denota-se que a interpretação axiológica da pena a partir do princípio da intervenção mínima é deveras escassa, senão nula. Com o objetivo de satisfazer os anseios punitivistas da sociedade, bastante difundidos pelas mídias afora, criam-se mais e mais tipos penais,¹⁰ ou se aumentam as penas daquelas já existentes, ludibriando o povo, prometendo-lhe falsas soluções para conseguir seu afeto – e, posteriormente, a reeleição.

⁹ A transação penal é um “instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento” (JESUS, 2010, p. 73). Encontra previsão legal no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, que dispõe: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Semelhantemente, várias decisões judiciais, especialmente nas instâncias superiores, encontram-se desalinhadas dos parâmetros estabelecidos nos parágrafos antecedentes, originando julgados bastante incoerentes em seus termos, fazendo incidir o controle mais sobre o réu do processo do que, propriamente, ao fato por ele praticado. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, deixa de aplicar o princípio da insignificância, em se tratando de crime de furto, quando o réu é reincidente em infração da mesma natureza, ainda que a lesão ao bem jurídico seja inexpressiva, o que se percebe pela leitura da ementa do seguinte excerto:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO POR OUTROS DELITOS PRATICADOS PELO RECORRENTE. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio em razão de seus antecedentes criminais, por outras práticas de crimes contra o patrimônio (BRASIL, 2012).

No entanto, a mesma corte não vê óbice à incidência do princípio da insignificância quando o réu não é reincidente específico, isto é, na hipótese em que foi condenado, anteriormente, por crime de natureza diversa. Ou seja, se pratica um furto e é reincidente porque outrora fora condenado por homicídio, pode ser beneficiado pela insignificância; não, porém, se o crime antecedente era outro furto, ante a sua contumácia delitiva. Veja-se, por sinal, arresto que se colaciona da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. [...] 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R\$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância (BRASIL, 2014).

Depreende-se, das exposições acima, que a jurisprudência adota critérios que se convertem num (repudiável) direito penal de autor, relegando o estudo dos fatos que deram existência ao processo e focando na pessoa que os praticou. Assim, se as circunstâncias postas em discussão fossem visualizadas a partir do princípio da intervenção mínima, limitando-se o controle social penal ao efetiva-

¹⁰ Exemplo recente foi a inclusão do § 6º ao art. 155 do Código Penal, responsável pelo acréscimo de uma derivação do crime de furto, cominando e pena de reclusão, de dois a cinco anos, à conduta de subtrair "semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração". É o famoso abigeato, ou furto de gado, só que com maior abrangência, face à expressão semovente domesticável de produção. Entretanto, o recrudescimento da pena produz efeitos inversos. Ora, qual meliante furtaria um gado sozinho? Para empreitadas do tipo, geralmente há o concurso de duas ou mais pessoas. E, neste caso, o furto é qualificado (art. 155, § 4º, IV, CP), com pena de dois a oito anos; portanto, maior do que aquela prevista para o delito de abigeato. Enfim, legislador e suas legislatices.

mente necessário, isto é, aos crimes extremamente graves, as decisões dos tribunais poderiam percorrer destinos distintos.

5 Considerações finais

A sanção jurídico-penal, de índole punitiva, designada pena, é um dos mais contumazes instrumentos de controle social institucionalizado pelo Estado. A sua cominação depende da existência prévia de uma lei, diploma que somente será elaborado se em consonância com o princípio da intervenção mínima, critério político-criminal inserido na dogmática penal para possibilitar a valoração axiológica da criação e, posteriormente, interpretação de um crime.

Por conseguinte, referido princípio atua em dois planos distintos; primeiramente, orienta o legislador a selecionar as formas comportamentais consideradas efetivamente ofensivas aos bens jurídicos constitucionais e que, por sua vez, merecem a salvaguarda da tutela penal – caráter fragmentário. Assim sendo, cabe aos “representantes do povo” realizar um juízo axiológico acerca da necessidade de manutenção de determinado tipo penal, e, conseqüentemente, revogar aqueles considerados anacrônicos e (re)adequar a previsão abstrata do preceito secundário à gravidade do crime.

De outra banda, o princípio da intervenção mínima influencia, ainda, a atividade judiciária, pois é indispensável que o intérprete verifique se os fatos que lhe são trazidos no processo realmente merecem a reprimenda penal; vale dizer, o juiz deve estar atento e examinar se outro ramo do Direito pode reparar a lesão ao bem jurídico de forma eficaz, sem necessidade da aplicação de uma pena – caráter subsidiário.

Convém ressaltar que os raciocínios dos parágrafos precedentes se situam na órbita do dever-ser, naquilo que seria o ideal; porém, o que realmente acontece trilha caminho diverso, haja vista que o controle social penal, abstrata ou concretamente, é, ainda, um dos principais mecanismos de inibição comportamental humana.

Em razão disso, ou se criam mais tipos penais, ou se aumenta a pena daqueles já existentes – atividade legislativa -, como se o controle social por intermédio da criminalização e penalização de condutas fosse a mágica solução para todos os problemas de segurança pública. Por derradeiro, o caráter de ultima ratio do Direito Penal se transforma em prima ratio. De mais a mais, cria-se um sistema incoerente de aplicação e execução de penas, restringindo a liberdade da população sem o imprescindível correlato ganho social, um verdadeiro “proibir por proibir”, para utilizar as expressões de Luís Greco (2013).

Destaca-se, por oportuno, que não só no Poder Legislativo o princípio da intervenção mínima é invertido, tendo em vista que várias decisões judiciais, em especial nas cortes superiores, interpretam-no equivocadamente, de modo a originar um conjunto de precedentes que demonstram, em sua globalidade, total incoerência com o direito penal do fato, dando origem a verdadeiro direito penal de autor. Isso se verifica, por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando, ao se deparar com reincidentes específicos em crimes patrimoniais, precipuamente em se tratando de furto, entende não ser aplicável o princípio da insignificância, em virtude da contumácia delitiva do réu, ainda que o fato por ele praticado seja totalmente inexpressivo.

Portanto, a hipótese resta parcialmente comprovada, pois, no mundo do dever-ser, o princípio da intervenção mínima exerce importante papel dogmático, tanto na função legislativa quanto na judicante, limitando, com isso, o controle social penal. De outro giro, visualizado na órbita do ser, muitas vezes tal princípio é aplicado com desacertos, ou sequer é avaliado, o que acarreta no excessivo grau de atuação do Direito Penal e de seu respectivo controle, dando azo à criação de crimes desnecessários ou ao aumento de pena daqueles já existentes, bem como, lugar a decisões dogmaticamente incoerentes.

Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.412, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.723, Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 1147.717, Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de novembro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70062850326, Sétima Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Antenor Luiz de Souza. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, RS, 19 de março de 2015.

CARNELUTTI, Francesco. O problema da pena. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. Sociologia do Direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58, p. 41-84. Belo Horizonte. Janeiro/Junho de 2011. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/136/127>. Acesso: 24 de outubro de 2016.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Sociologia geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. Sociologia jurídica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Jerez: Gráficas del Exportador, 1985.

_____. Introducción al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2001.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROTTERDAM, Erasmo de. Elogio da Loucura. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução do alemão para o espanhol de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.