

O princípio da intervenção mínima no contexto de um Estado social e democrático de direito

Fábio Freitas Dias

RESUMO

Este artigo define um direito penal de intervenção mínima, conectando tal idéia ao modelo de Estado social e democrático de direito. A partir desse contexto, identifica a função do direito penal, extrai da Constituição sua legitimação e estabelece as noções de fragmentariedade, subsidiariedade, dignidade e carência de tutela penal.

Palavras-chave: Estado social e democrático de direito. Intervenção mínima. Fragmentariedade e subsidiariedade. Dignidade e carência penal.

The principle of minimum intervention in the context of a social and democratic State of right

ABSTRACT

This article defines a criminal law of minimum intervention, connecting such idea to the model of social and democratic State of right. From this context, it identifies the function of the criminal law, extracts of the Constitution its legitimation and establishes the slight knowledge of fragmentariedade, subsidiariedade, dignity and lack of criminal guardianship.

Keywords: Social and democratic state of right. Minimum intervention. Fragmentariedade and subsidiariedade. Dignity and criminal lack.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Preliminarmente, chame-se a atenção, a referência à concepção do Estado brasileiro no título deste artigo não é mera aposição conceitual, pois, no nosso entender, a compreensão de um direito penal qualificado como de intervenção mínima só pode se dar no contexto axiológico-valorativo que tal opção constitucional encerra.

Desde já, afirmamos, tal qualificação do direito punitivo deriva-se da sua contextualização no universo de um Estado social e democrático de direito. Em verdade, há uma ligação genética entre a concepção de Estado e o princípio da intervenção mínima, uma conexão lógico-valorativa e conceitual que torna possível afirmar a própria legitimidade material do direito penal, ou por outras, a própria forma, modo e intensidade da intervenção desse ramo do Direito.

Fábio Freitas Dias é pós-graduado em Ciências jurídico-criminais e mestrando pela Universidade de Coimbra. Professor da ULBRA, *campus* de Santa Maria, Rio Grande do Sul. Advogado.

Direito e Democracia	Canoas	v.9	n.1	p.203-214	jan./jun. 2008
----------------------	--------	-----	-----	-----------	----------------

Fixada essa correlação paradigmática inicial e fundamental, vamos caracterizar brevemente a concepção de Estado assumida, para então, posteriormente, identificar a função do direito penal em tal contexto estatal. Somente a partir disso poderemos definir o princípio da intervenção mínima que qualificará o direito punitivo de fragmentário e subsidiário, características que guardam correspondência lógica, respectivamente, com as chamadas dignidade penal e carência de tutela penal – noções consagradas pela doutrina portuguesa.

Iniciaremos o desenvolvimento desse contributo com a noção de Estado, assumida como ideal, que contextualiza – dentro de uma visão da sistemática normativa e axiológica – o tema a que nos propomos traçar algumas considerações.

2 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: BREVE CARACTERIZAÇÃO

Não temos nenhuma dúvida em fixarmos uma premissa inicial: o direito penal é expressão de uma sociedade cultural e historicamente formada ao longo do tempo, que se reflete e consagra na concepção de Estado. Por essa razão, o modelo de Estado assumido dimensiona contundentemente a conformação estrutural do direito punitivo.

Observe-se, o que se põe é um problema de paradigma legitimador do direito penal. Num Estado social e democrático de direito, a Constituição é o conjunto normativo ordenador do sistema jurídico nacional,¹ “o estatuto fundamental da ordem jurídica geral”,² que, autorizada pela soberania popular, legitima a recepção e a elaboração das leis infraconstitucionais, pois, como afirma Lassalle, “a lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país”.³ A Constituição, para além de uma ordenação sistemática e racional dotada de supremacia,⁴ é um modelo de arrumação jurídica que reflete um padrão axiológico da sociedade historicamente formada, representativo, sobretudo, do seu próprio modo de ser comunitário.⁵ Revela as fundamentais opções políticas, econômicas e jurídicas, o ponto de convergência dos mais importantes e capitais valores individuais e coletivos de um determinado conjunto social.⁶ O Estado, assim, na sua atividade legiferante, numa típica contenção

¹ Pois, «o Estado só se concebe hoje com Estado constitucional». CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5.ed., Coimbra: Almedina, 2002, p.92.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p.63.

³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p.10.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, ob. cit., p.52.

⁵ Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.67.

⁶ Sem aprofundar o assunto, que não cabe neste trabalho, devemos referir que não nos passam despercebidas as impressões de autores como Lassalle, que, buscando definir a essência da Constituição em sua obra, chama a atenção sobre os poderes que influenciam na formação de tal diploma legal (LASSALE, Ferdinand, ob. cit., p.49). Corre no mesmo rumo, porém, especificamente no que se refere a noção de bem jurídico, a sensação externada por Muñoz Conde e García Arán. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*, parte general. 4.ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.66.

do poder,⁷ é limitado formal e materialmente a uma barreira intransponível: a dos direitos e garantias mínimas do cidadão, numa sociedade que optou e concretamente pretende ser democrática, participativa, liberal, igualitária, respeitadora da liberdade, da consciência e da personalidade de cada indivíduo.

Não é possível, portanto, desconectar o direito penal do modelo de Estado assumido. O Estado social e democrático de direito é o próprio paradigma legitimador do direito penal, na medida em que, agrega à estrutura vertical de hierarquização formal, teores de transcendência constitucional material e, assim, traça os parâmetros para definir seu conteúdo e estabelecer sua capacidade interventiva.⁸

Sem ter a pretensão de esgotar a idéia ou de definir cabalmente o Estado social e democrático de direito, mas entendendo ser oportuna a referência, nos cabe traçar sinteticamente seus contornos substanciais mais aparentes, a muito fixados pela melhor doutrina.

A idéia de Estado de direito significa, em poucas palavras, um Estado cuja vocação interventiva está limitada pelo Direito, exercício do poder sujeito a princípios e regras, ou de forma mais precisa e completa, “Estado governado pelo Direito emanado da vontade geral expressada pelos representantes do povo e na qual se enraíza a soberania nacional”.⁹ Isso põe a descoberto uma conseqüência direta: a inviolabilidade das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa humana. Por isso, o exercício efetivo do poder estatal deve não só respeitar “aos direitos e liberdades fundamentais, mas também garantir a sua efectivação”.¹⁰ Isso capacita o Estado a atender “à preocupação de defender a sociedade do Estado, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão de poderes e o princípio da legalidade”.¹¹

A primeira característica apontada poderia gerar certa distorção, ou seja, poderia sugerir e consagrar um Estado limitado a assegurar garantias meramente formais, o que propiciaria a exaltação do individual e não promoveria efetivas transformações e modernizações das estruturas e condições sociais concretas.¹²

⁷ Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do Direito penal, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.239.

⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000, pp.43-4.

⁹ Idem, p.243.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, ob. cit., p.65.

¹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, ob. cit., p.243.

¹² Como bem ressalta Bolzan: «O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão dos poderes ou funções e, a nota central, a garantia dos direitos individuais» (MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais*: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp.70-1). Segundo Garcia-Pelayo, o Estado de Direito Liberal pode ser definido como sendo «...um Estado cuja função capital é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, porém, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indeferença ao seu conteúdo (...). O Estado de Direito significa, assim uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério para além da forma de lei». GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, 1982, p.52.

Essa possível distorção é prevenida pelo acréscimo da partícula social. Como bem ressalta Bolzan, a “adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas”.¹³ O Estado social, assim, é interventor ativo e impulsionador do meio social, visando sempre à melhoria das condições comunitárias para favorecer a vida do indivíduo, assegurando seus valores fundamentais e o desenvolvimento das suas potencialidades. Nesse sentido, o perigo de um liberalismo clássico é inibido e seus possíveis exageros são equilibrados por esse modelo de Estado. Frise-se, sem estirpar de seu conteúdo as conquistas e valores do liberalismo, com a qualificação “social” agrega-se a ele uma nova substancialidade axiológico-política, a fim de torná-lo comprometido com a criação de uma situação de bem estar geral, no qual é facilitado o desenvolvimento da pessoa humana.¹⁴ Nesse contexto, é admissível que o Estado intervenha através do direito penal como forma de realização de uma maior justiça social.

É de ressaltar, todavia, mais uma vez utilizando-nos das palavras de BOLZAN, que “o conteúdo social adrede ao Estado não abre perspectiva a que se concretize uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do modelo clássico”.¹⁵ É dizer, questões tais como a liberdade real, a participação efetiva e a igualdade material, por falta de instrumentos, não poderiam ser concretizadas pelo Estado social de direito.

Àquele modelo de Estado, então, conjuga-se o ideário democrático, uma nova axiologia que completa sua substancialidade para capacitá-lo a ser um efetivo instrumento de transformação do status quo, cuja atuação, sob o império da lei, deve buscar a igualização das condições socialmente desiguais.¹⁶ Observe-se, a democracia¹⁷ implicada com a solução dos problemas materiais da existência humana, como nova qualificação substancial agregada ao modelo de Estado, não se sobrepõe nem se traduz em mera aposição conceitual, conecta-se e se vincula às sínteses do Estado de direito e do Estado social.¹⁸

O conteúdo democrático, portanto, ao passo que se constitui na premissa de sustentação da legitimidade estatal, se adere à concepção de Estado social de direito

¹³ MORAIS, José Luís Bolzan de, ob. cit., p.73. No mesmo sentido, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, ob. cit., pp.243-4.

¹⁴ A Magna Carta brasileira pretende «alcançar um maior nível de justiça social erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais com o que pretende promover o bem-estar de todos e preservar a dignidade da pessoa humana, postulado no qual se fundamenta (cfr. Artigos 1.º, 3.º, 170, etc.)». CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do Direito penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.25.

¹⁵ MORAIS, José Luís Bolzan de, ob. cit., p.74.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp.119, 121.

¹⁷ Segundo José Afonso, podemos admitir que «a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes». SILVA, José Afonso da, ob. cit., p.127.

¹⁸ Segundo Márcia Dometila, pode-se concluir que «a democracia atual, como realização dos valores históricos herdados do liberalismo (igualdade, liberdade, dignidade, etc.), é conceito que supera o conceito formal do Estado de Direito, tendendo à realização, à concretização de uma almejada justiça social». CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, ob. cit., p.2.

e o instrumentaliza à consecução do seu ideário: a transformação da realidade, do ambiente social, em busca de melhorar as condições materiais de coexistência que propiciará uma vida digna ao homem-cidadão.¹⁹

A correta visualização do direito penal só é possível, portanto, no horizonte do modelo de Estado social e democrático de direito, sintetizado em um arquétipo valorativo jurídico-constitucional.²⁰ Esse o próprio paradigma de sustentação do direito punitivo: o modelo de Estado referido, em que, “Estado de Direito está associado ao princípio de legalidade, o Estado social está associado à necessidade social da intervenção penal e o Estado democrático se identifica com a idéia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão”.²¹

3 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA CONCEPÇÃO DE ESTADO ASSUMIDA

Já deixamos transparecer que a determinação da função do direito penal depende da concepção de Estado assumida, ou de uma forma mais precisa com FIGUEIREDO DIAS, “no horizonte da concepção de Estado e do modelo valorativo jurídico-constitucional em que ela se traduz”.²² O fim do direito penal somente pode derivar “do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos”.²³

Na concepção de Estado que aqui sustentamos, de forma explícita reafirmamos: a Constituição é o referencial de sustentação do sistema jurídico, que reflete o ambiente social-valorativo de consenso comunitário, ou seja, é portadora de uma axiologia latente no seio de uma comunidade historicamente formada. Por outras palavras, a Constituição é um referencial material²⁴ “enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto constitucional...”.²⁵

¹⁹ Bolzan ressalta que: «Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade com um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade». MORAIS, José Luís Bolzan de, ob. cit, p.80.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. «Direito penal e Estado de Direito Material». In: RDirP, v.31, Rio de Janeiro : Forense, 1982, (pp.38-53), p.43.

²¹ BUSATO, Paulo César/MONTES HUAPAYA. Sandro. Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.143. No mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte general, 5.ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p.74.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. «Direito penal e Estado de Direito Material», p.43.

²³ ROXIN, Claus. «Sentido e limites da pena estatal». In: Problemas fundamentais de direito penal. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1998, (pp.15-47), p.27.

²⁴ No sentido de uma Constituição material e numa dimensão material dos direitos fundamentais, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1987, pp.128 e ss.

²⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. «Constituição e crime». Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p.116.

Nesse sentido, a Magna Carta se impõe, de forma vinculante, a toda ordem jurídica punitiva, estabelecendo uma relação direta entre o direito penal e os valores mais essenciais da comunidade “na dupla vertente de os proteger e de, através das penas, os limitar”.²⁶

Lembre-se, por ser fundamental, sustentamos nossa idéia em termos ideais, visto que na prática, ao menos no nosso país, a Constituição não tem servido de referencial para a atuação política. Aliás, a sua rigidez foi quebrada a muito por poderes constituintes derivados que fizeram reformas para além do teórico e juridicamente permitido, mas pretensamente justificado pela soberania popular. Para além dessas diferenças gritantes e absolutamente ilegítimas entre teoria e prática, nos cabe alertar, ainda, que a Constituição como referencial ideal é um *posterius* em relação a uma axiologia própria de uma certa sociedade, por isso, nos parece, que o irrenunciável não é a própria Constituição como instrumento jurídico de referência, mas a carga valorativa que se deriva das qualificações “de direito”, “social” e “democrático”. Por isso, não é de surpreender que o Estado nazista fosse constitucional, porque, se é bem verdade que a Constituição legitimava a atuação estatal, também é verdade que a axiologia de consenso comunitário era afinada com a ideologia nazista.

Feita a ressalva, pode-se afirmar que o direito penal, submetido a esse referencial material de sustentação, deve ser consolidado positivamente, enquanto expressão da vontade geral do povo manifestada por seus legítimos representantes, o que impedirá o puro arbítrio na tarefa de regular e combater o fenômeno criminológico. Sem perder de vista a conflituosidade social que se estabelece entre o supremo valor da liberdade humana e a concomitante defesa de uma sociedade pluralista, impõe-se concebê-lo como ferramenta de luta apropriada e eficaz contra o crime, na exata medida da necessidade de sua intervenção.

Sempre tendo por paradigma a noção de Estado social e democrático de Direito, o direito punitivo, orientado a buscar o maior bem-estar com o menor custo social, deve ser visto como um último e legítimo instrumento positivado que, através da pena,²⁷ visa a conservar a estrutura axiológica da sociedade frente a fatos da mais alta nocividade. Sua função, não pode ser outra, senão a de tutelar os bens e valores fundamentais, imprescindíveis ao desenvolvimento das potencialidades humanas no meio social, frente a condutas agressivas graves e intoleráveis.²⁸ Função subsidiária, ressalte-se, geneticamente herdada do movimento liberal e historicamente consagrada

²⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, ob. cit., p.118.

²⁷ Parece que, há dois séculos, no ápice das idéias iluministas, Beccaria já havia percebido que a pena deve representar uma mínima intervenção no direito de liberdade do indivíduo. Ver BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.163.

²⁸ Nesse sentido, ver COSTA, José Francisco de Faria. O perigo em direito penal (Um contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 2000, nota 31, pp.38, 39 e 40.

como paradigma de um ordenamento jurídico comprometido com o reconhecimento e a efetivação de direitos e liberdades individuais.²⁹

Nesse modelo de Estado, portanto, é preciso buscar um direito penal que obtenha a máxima objetividade e eficiência com o mínimo de abuso, não só porque tem de proteger os bens fundamentais e respeitar as mais aparentes expressões da dignidade da pessoa humana, a liberdade e consciência individuais, mas porque seus instrumentos coativos devem revelar-se adequados a tal tarefa.³⁰ Assim, as normas incriminadoras restringem-se a relevar as condutas lesivas ou perigosas para os bens ou valores fundamentais, sempre que a violação não possa ser controlada por um meio político ou jurídico não coativo.

Nesse sentido, é de se afirmar que as perspectivas principiológica e axiológica constitucionais, que vão das consagradas concepção de Estado e seus fins até à lista de direitos fundamentais, “parece ser a única que completa o sentido garantidor da Constituição, que lhe confere verdadeira eficácia material, assegurando ainda a unidade de toda a ordem jurídica e a necessária harmonia entre o universo valorativo penal e o Constitucional”.³¹

Nossa concepção de Estado, portanto, se coaduna com a idéia de Estado de Direito material de Figueiredo Dias que se guia por “considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem”.³²

Sendo assim, o direito penal não pode converter-se num protetor de valores puramente religiosos e ideológicos ou num consistente instrumento conformador das atitudes internas, da moral³³ e dos costumes, garantindo apenas um mínimo ético,

²⁹ Cf. D'ÁVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Coimbra, 2004, p.38. Sem ter a pretensão de esgotar o rol de autores que possuem o mesmo entendimento, citamos entre outros QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Barcelona: Cedecs, 1997, pp.50-1; SERRANO MAÍLLO, Afonso, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia*, Madrid: Dykison, 1999, p.133; TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, 5.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pp.5-6; CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, ob. cit., p.33. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del derecho penal (El derecho penal en función de los valores político-criminales positivos)*, 2.ª edición, Santa Fe de Bogotá : Temis, 1994, pp.53-6; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de, *A criminalidade genética*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p.70. WESSELS, Johannes, *Direito penal, Aspectos fundamentais*, tradução do original alemão e notas por Juez Tavares, Porto Alegre: Fabris, 1976, p.3.

³⁰ O que aqui defendemos, em certa medida, coaduna-se com a tendência de voltar o Direito penal para as consequências, cujo principal ponto é a teoria do bem jurídico. Para ver tal posição ver HASSEMER, Winfried, *Três temas de Direito penal*, tradução dos artigos por Carlos Eduardo Vasconcelos, Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, pp.31-2.

³¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, ob. cit., p.123.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito penal e Estado de Direito Material», p.39. Um Estado que «simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade de o ser e lhe queira possibilitar a liberdade para o ser» (DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito penal e Estado de Direito Material», p.39). Por outras palavras, um Estado baseado no princípio da liberdade e da tolerância em que o espaço máximo e possível de exercício da liberdade individual deve ser compatível com liberdade alheia e, desse modo, o espaço máximo da «tolerância compatível com uma vida em comum» (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, ob. cit., p.136).

³³ Segundo Zaffaroni e Pierangeli: «Ético (...) em sentido vulgar, conforme o qual o ético está referido ao comportamento social, isto é, às normas de condutas constituídas pela sociedade. A moral, ao contrário, vem assinalada pela consciência individual. O moral se refere às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social». ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito penal brasileiro. Parte Geral*, 4.ª ed., São Paulo: RT, 2002, p.97.

considerado imprescindível ao desenvolvimento humano no meio social que, em verdade, não são referenciais cujo desrespeito cause verdadeiros danos sociais. Nem de longe nem de perto, pode ser função do direito penal, seja primária ou secundária, proteger “a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social”.³⁴ Suas normas não podem refletir pura virtualidade e moralidade, desvinculadas de dados materialmente legitimadores, a fim de resumi-lo num singelo instrumento pedagógico que oprime, condiciona e depois reprime. No campo da moral não cabe uma intervenção oficial e coativa, ao contrário, “tudo deve ser deixado à livre decisão individual”.³⁵ Se ao contrário, uma tal orientação fosse aceita, no campo dogmático, como consequência inevitável, teríamos de considerar a “tentativa inidónea como verdadeiro paradigma do injusto penal”.³⁶

Acentue-se mais uma vez, a sociedade constitucionalmente estruturada e fundada no valor democracia deve fixar raízes na pluralidade e no princípio da liberdade, “ligado à exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana (de todo e qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modos de vida)”³⁷. Nesse sentido, o direito penal deve permanecer “fiel à terra”³⁸ e às necessidades terrenas, é dizer, não pode compatibilizar-se com a defesa da moral e da ideologia dominante ou de qualquer dado transcendente, mas tão-somente dos bens jurídicos significativamente essenciais à manutenção e desenvolvimento da comunidade, “bem como aqueles que levam à livre expressão e expansão da personalidade humana”.³⁹

4 LEGITIMAÇÃO MATERIAL DO DIREITO PENAL: PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima expressa um ulterior limite político-criminal do *ius puniendi*. Um limite coerente com o modelo de Estado aqui assumido, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, portanto, de acordo com um postulado lógico-valorativo constitucional. Assim, a análise da efetividade dos custos sociais fundamenta cientificamente a necessidade de restringir a intervenção do direito penal a seu mínimo necessário.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p.60. No mesmo sentido, Roxin ao afirmar que o Estado não pode perseguir finalidades divinas ou transcendentais, nas quais se inclui a possibilidade de «corrigir moralmente por meio da autoridade pessoas adultas, mesmo que se entenda serem incultas e moralmente imaturas». ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p.27.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, «Direito penal e Estado de Direito Material», p.44.

³⁶ SANZ MORÁN, Angel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, Barcelona: Bosch, 1993, p.5.

³⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *ob. cit.*, pp.136-7.

³⁸ Expressão de Küng, citada por Costa Andrade in «A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal” como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime», in: RPCC, 1992, p.174 (pp.173-205).

³⁹ COSTA, José de Faria, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia), Coimbra, 1984, p.15.

Não pode ser outro o nosso entendimento. Num país como o Brasil, em que o texto constitucional definiu o Estado brasileiro como uma República que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III) e como objetivos a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos” (art. 2.º, I e IV). Uma sociedade assim refletida na norma fundamental é uma sociedade em que bastam poucas penas. E um Estado representativo dessa sociedade só pode levar a um direito punitivo impregnado de justiça social,⁴⁰ é dizer, de intervenção mínima.

Aliás, com o que foi dito até esse momento, sustentamos que, mesmo não estando expressamente consagrado no texto constitucional brasileiro, o princípio da intervenção mínima impõe-se ao legislador, ao intérprete e ao aplicador da lei, pois, trata-se de um instrumento informador da política criminal, imanente por compatibilidade e conexão lógica com os pressupostos do Estado social e democrático de direito.⁴¹

4.1 Subsidiariedade e fragmentariedade

Fundamentalmente à doutrina brasileira, a intervenção mínima se efetiva a partir de duas espécies de sub-princípios: o da fragmentariedade e a subsidiariedade.

Veja-se que, por sua extrema severidade, os recursos punitivos não estão disponíveis para o controle de qualquer conduta ou a solução de qualquer conflito social, nem tão pouco para repressão de simples bagatelas, como se pode deduzir do que aqui já tínhamos afirmado. Pelo contrário, esses recursos devem ser limitados a: 1.º) bens jurídicos fundamentais imprescindíveis para a sociedade e para o desenvolvimento individual ou coletivo no contexto social, por isso, dignos de proteção através da pena;⁴² e 2.º) condutas que se configuram em ataques graves e intoleráveis no meio comunitário.⁴³

Baseado à luz desse entendimento, pode-se afirmar o caráter fragmentário do direito penal, o que significa dizer que este não deve sancionar todas as condutas lesivas de bens ou valores, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra os bens mais relevantes, ou como afirma FIGUEIREDO DIAS, contra “as condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade”.⁴⁴

⁴⁰ BARATTA, Alessandro, «Principi del diritto penale mínimo: per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale. Il diritto penale mínimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo», *Dei Delitti e delle Pene* in: *Rivista di Studi Sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, Edizione Scientifiche Italiane, anno III, n. 3, p.444, set./dic., 1985.

⁴¹ Desta opinião, analisando o sistema brasileiro, BATISTA, Nilo, *ob. cit.*, p.85.

⁴² Nesse sentido, observa García-Pablos, o Direito penal é «a última ratio, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em caos de estrita necessidade, para defender os bens jurídicos fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantias de êxito às demais estratégias de natureza não penal». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal*, Introducción, Madrid: Universidad Complutense, 1995, p.272.

⁴³ Segundo Faria Costa temos o que podemos chamar de fragmentariedade e necessidade de 1º grau e de 2º grau. A primeira refere-se aos ataques consumados, a segunda, aos ataques tentados. Sobre seu entender ver COSTA, José de Faria, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, p.21.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p.74.

Mas não só isso. O direito penal também tem caráter subsidiário. Em sentido amplo, um fenômeno é subsidiário de outro quando opera depois que este operou e precisamente para suprir suas falhas ou fracassos: se não opera o principal com efetividade, que opere então o subsidiário ou acessório. É dizer de forma veemente, o direito penal é um mecanismo subsidiário em relação aos meios e instrumentos políticos e jurídicos de controle social. Quando as políticas sociais e econômicas e os demais ramos do ordenamento jurídico revelarem-se ineficazes, ao fim e ao cabo, na tarefa de proteger bens com relevância ético-social, o direito penal, que permanecia em estado latente e disponível em um segundo plano, deve atuar contundentemente para realizar aquela tarefa.

A subsidiariedade descaracteriza, portanto, o direito punitivo como o instrumento principal de proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, de luta contra a criminalidade e de manutenção da paz coletiva. Por outras palavras, a subsidiariedade enquanto um aspecto de legitimação democrática do direito penal impede o assentimento à aplicação judicial de penas como primeiro meio de solução de conflitos sociais, o que revelaria a desnecessidade da utilização da gravidade punitiva. Neste sentido, FARIA COSTA afirma que a subsidiariedade traduz a idéia consensual de que “a norma penal só deve intervir para protecção de um determinado bem jurídico como *ultima ratio*”.⁴⁵

No contexto da inteligibilidade desenvolvida, portanto, só podemos aceitar um direito penal fragmentário e subsidiário, que se manifesta, no nosso entender, pela reunião indissociável daquele duplo aspecto ou referencial, coadunados com a racionalidade jurídico-constitucional do modelo de Estado assumido. Daí qualificar o direito punitivo como *ultima ratio*, enquanto derivação do princípio político-criminal – a nosso ver, jurídico-constitucionalmente consagrado – de mínima intervenção.

4.2 Dignidade e carência penal

Não há de se negar que o direito penal é o instrumento mais importante, contundente e grave do sistema jurídico, pois, é através da pena que conserva o sistema de arrumação jurídica, no qual se reflete o padrão axiológico de uma determinada sociedade histórica. Observada essa premissa, a doutrina portuguesa aponta dois requisitos constitucionais para que o direito penal tenha legitimidade material: dignidade penal e carência de tutela penal.

A dignidade penal refere-se basicamente ao bem jurídico. Somente são protegidos penalmente aqueles bens cujos valores são elementares e mais importantes para vida no âmbito social, “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”,⁴⁶ bens de eminente e

⁴⁵ COSTA, José de Faria, Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal), p.17.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas, p.63.

superior relevância, “cuja lesão se revela digna de pena”.⁴⁷ Como menciona Figueiredo Dias, bens jurídicos “nos quais afinal se concretiza jurídico-penalmente, em último termo, a noção sociológica fluída da danosidade ou da ofensividade sociais”.⁴⁸

Nesta perspectiva, indicarão a dignidade penal os bens que foram projetados e fixados nos diferentes tipos de crime que o legislador considerou, naquele momento histórico, “valores fundamentais do e para o todo comunitário”, mas que assim o são por consenso comunitário, é dizer, “assumidamente reconhecidos pela consciência ético-jurídica daquela mesma comunidade”.⁴⁹

Já a carência de tutela refere-se à característica de *ultima ratio* do direito penal. Uma sociedade aberta, plural, humanizada só pode permitir que a esfera jurídica individual seja atingida pelas sanções penais, quando a intervenção desse ramo do Direito se revele não só necessária, mas capaz de produzir eficácia preventiva de lesões a bens jurídicos em detrimento do valor liberdade. Nesse sentido esclarecedor o ensinamento de Figueiredo Dias quando afirma que a violação “de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”.⁵⁰

Assim, também frente a essas noções podemos afirmar que somente quando o aparato político e jurídico do Estado revelarem-se insuficientes e ineficazes naquela proteção – “meios menos gravosos para a liberdade” –⁵¹ é que o direito penal legitima-se materialmente.

Portanto, para a linha de raciocínio desenvolvida no item anterior, também apontam as noções de dignidade e de carência penal utilizadas com frequência pela doutrina portuguesa. Desse modo, observe-se, a noção de dignidade penal está em perfeita correspondência lógica com a de fragmentariedade, enquanto que a noção de carência penal está para a de subsidiariedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi aqui exposto, acreditamos ser possível elaborar, de forma sistemática, as seguintes considerações:

Primeiro. O direito penal só pode ser pensado a partir da sociedade e do Estado a que pertence. Assim, as qualificações que se atribuem ao Estado, a partir de um consenso comunitário, adquirem relevância na medida em que irão conformar o direito punitivo como instrumento de controle social. Nesse sentido, as qualificações “de

⁴⁷ *Ibidem*, p.62.

⁴⁸ *Ibidem*, p.62.

⁴⁹ COSTA, José de Faria, Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal), p.17.

⁵⁰ *Ibidem*, p.78.

⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.202.

Direito”, “social” e “democrático”, são assumidas como ideais para caracterizar o Estado, porque resultam da consciência axiológica da sociedade historicamente formada.

Segundo. A partir de tais qualificações – no Estado brasileiro consagradas na Constituição – o direito penal acaba por se conformar como um direito penal de intervenção mínima. A intervenção mínima, em face da compatibilização lógica e axiológica com a noção de Estado brasileiro, converte-se em princípio ordenador e legitimador do direito punitivo, mesmo não estando expressamente referido no texto constitucional.

Terceiro. A intervenção mínima caracteriza-se pela fragmentariedade e subsidiariedade que correspondem às noções de dignidade penal e de carência penal, noções consagradas pela doutrina portuguesa.