
**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA FRENTE AO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

RAFAEL DOS SANTOS SANT'ANA APOLINÁRIO

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA FRENTE AO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

RAFAEL DOS SANTOS SANT'ANA APOLINÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharelem Direito, sob orientação do Professor Claudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP

2012

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA FRENTE AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Monografia de conclusão de Curso
aprovada como requisito para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ
Orientador

PEDRO THIAGO BRAZ DA COSTA
Examinador

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO
Examinador

Presidente Prudente/SP, 31 de Outubro de 2012.

“Agrada-te do Senhor, e Ele satisfará os desejos do teu coração”.

Salmos 374

“O homem é um animal com instintos primários de sobrevivência. Por isso, seu engenho desenvolveu-se primeiro e a alma depois, e o progresso da ciência está bem mais adiantado que seu comportamento ético.”

Charles Chaplin

Dedico a presente pesquisa aos meus pais, avós e professores, pelos ensinamentos, pelo amor e pela dedicação que tive deles.

Ao meu amigo Gabriel que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos da minha nova vida em Presidente Prudente.

E também, ao meu amigo Carlos Eduardo que sempre foi incansável e me ajudou a realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por estar sempre me guiando e protegendo em tudo que eu faço.

Agradeço aos meus pais, irmã, familiares, amigos e professores, sempre presentes, e que me ajudaram nesta fase da minha vida.

Em especial a minha namorada Natália Corazza que sempre foi paciente comigo, dando toda a força necessária para o desenvolvimento deste trabalho com amor e carinho.

Ao advogado, professor e meu orientador Cláudio José Palma Sanchez, pela ajuda nesta difícil tarefa.

Aos meus colegas do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos pela agradável convivência diária e pela troca de conhecimentos.

Finalmente, aos examinadores, que, com apreço e carinho, aceitaram o convite para participarem da avaliação deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito Penal Brasileiro. Expõe o a *priori*, a evolução história do direito penal, mencionando o direito penal romano, canônico e germânico, bem como, o direito penal brasileiro, demonstrando toda sua trajetória desde o período colonial, até suas últimas modificações. O campo de pesquisa está inserido principalmente no Direito Penal, concentrado na área do princípio da intervenção mínima, assim como, seus princípios correlatos. Tem como ponto central a legislação brasileira que trata sobre o assunto. Foram abordadas a Constituição Federal de 1988 (de forma implícita), o Código Penal de 1940, doutrina e jurisprudência. O trabalho buscou limitar o princípio da intervenção mínima no ordenamento jurídico do Brasil, apontando para sua aplicação prática, o que gera grande discussão acerca do crime ser atípico ou não. Apresenta-se também, ainda dentro da intervenção mínima a questão do que é uma norma, elucidação do que é princípio, bem como, a explanação do surgimento do postulado da intervenção mínima. Conclui-se, assim, que o direito penal ao proteger bens jurídicos relevantes, sua atuação deve ser como a *“ultima ratio”*, acionando todos os outros meios de solução antes (administrativo ou civil). Assim, o estudo objetivou apresentar entendimentos e soluções jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto, para que o aplicador do Direito e os estudiosos tomem conhecimento das decisões e desenvolvimentos elaborados sobre o tema. Os métodos adotados no trabalho foram o histórico, hipotético-dedutivo e comparativo. Para a elaboração da pesquisa, foram adotados procedimentos de pesquisa em doutrina, jurisprudência, artigos de internet e bibliografias, além da legislação pátria.

Palavras-chave: Evolução Histórica do Direito penal. Norma. Princípio como Norma. Princípio da Intervenção Mínima. Correlação demais princípios penais. Aplicação na Doutrina e Jurisprudência.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the principle of minimal state intervention in the Brazilian Penal Law. Exhibiting a priori, the evolution history of criminal law, criminal law mentioning Roman and Germanic canon, as well as the Brazilian criminal law, demonstrating throughout its history from the colonial period until his last modifications. The research field is inserted in the Criminal Law mainly concentrated in the area of the principle of minimum intervention, as well as their related principles. Its central point is that Brazilian legislation on the subject. We approached the 1988 Federal Constitution (implicitly), the 1940 Penal Code, doctrine and jurisprudence. The work sought to limit the right to strike in Brazil's legal system, pointing to the practical application of the postulate, which generates much discussion about the crime is unusual or not. It presents also, in the minimal intervention the question of what is the norm, elucidation of what is principle and the explanation of the emergence of the postulate of minimum intervention. We conclude, therefore, that the criminal law to protect legal interests relevant, its performance should be like the "ultima ratio", triggering all other means of solution before (administrative or civil). Thus, the present study aimed at understanding and solutions and jurisprudential doctrine on the subject, so that the applicator of law and scholars are aware of decisions and developments elaborate on the topic. The methods adopted were the historical, hypothetical-deductive and comparative. In developing the survey, procedures were adopted for research in teaching, law, internet articles and bibliographies, as well as legislation homeland.

Keywords: Historical Evolution of Criminal Law. Norma. Principle as Norma. Principle of Minimum Intervention. Correlation other criminal principles. Application in Doctrine and Jurisprudence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	14
2.1 Direito Penal Romano	14
2.2 Direito Penal Germânico	15
2.3 Direito Penal Canônico.....	17
2.4 Direito Penal Brasileiro	16
2.4.1 Período colonial.....	19
2.4.2 Período imperial	20
2.4.3 Período republicano	21
2.4.4 Modificações no código penal	23
3 EXPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	25
3.1 O que é o norma jurídica.....	25
3.2 Contextualização do que é princípio	26
3.3 O que é o Princípio da Intervenção Mínima	27
3.3.1 Surgimento do princípio.....	29
3.3.2 Legislação que abrange o princípio de forma implícita.....	31
4 CORRELAÇÃO COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS PENAIS	34
4.1 Princípio da Insignificância.....	34
4.2 Princípio da Fragmentariedade	35
4.3 Princípio da Subsidiariedade.....	36
4.4 Princípio da Ofensividade.....	37
5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA DOGMÁTICA PENAL	39
5.1 Culpabilidade.....	39
5.2 Tipicidade.....	40
5.3 Antijuridicidade	41

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA – TRATAMENTO DO POSTULADO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA PELOS TRIBUNAIS	43
7 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa focalizou o postulado da intervenção mínima, iniciando-se na evolução histórica (no mundo) do direito penal, transcrevendo acerca das características do direito penal romano, germânico e canônico. Após observar como se desenvolveu o direito penal em outros ordenamentos, pode-se observar o desenrolar sobre o surgimento do direito penal ainda no período colonial, chegando até as últimas alterações do Código Penal Brasileiro.

Este buscou esclarecer a importância do postulado da intervenção mínima e sua aplicação, haja vista, que o mencionado princípio tem como objetivo restringir a aplicação do direito penal para todo e qualquer caso, como se demonstra no decorrer da pesquisa.

O ponto central da pesquisa é expor o princípio da intervenção mínima, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Já o objetivo específico é destacar as diferenças existentes entre a ideia transcrita (teoria) e a sua aplicação no ordenamento jurídico, sendo por meio da doutrina, jurisprudência e até mesmo na Constituição Federal.

A pesquisa divide-se, dentro do desenvolvimento do texto, em 5 (cinco) tópicos.

O primeiro deles trata-se da evolução histórica do direito penal, como acima já foi mencionado.

O segundo tópico apresenta um estudo mais específico, explanando sobre o tema do trabalho, abordando desde o conceito sobre regra, explicação sobre o que é princípio, surgimento da intervenção mínima e aplicação de forma implícita na Constituição Federal.

No terceiro momento expõe acerca dos princípios correlacionados, sendo estes: o princípio da insignificância, ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Já no quarto período tece sobre a aplicação na doutrina, expondo qual fundamento pode ser embasado para excluir a culpabilidade, tipicidade ou antijuridicidade, isentando o autor da infração penal da aplicação de pena.

Por fim, aduz sobre como vem sendo utilizado pela jurisprudência aos casos práticos o postulado em comento.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Esse capítulo busca explicar sobre a trajetória do direito penal, trazendo toda sua evolução e de que modo era tratado, bem com, aplicado em outros países.

No primeiro momento, será transcrito acerca do direito penal romano, germânico, canônico, sendo elucidado desde o seu surgimento, sua forma de aplicação e evolução.

Já na segunda apresentação, será demonstrado o direito penal brasileiro, transladando desde o período colonial até o período contemporâneo.

2.1 Direito Penal Romano

O direito penal romano é considerado um dos arcabouços jurídicos mais completos, constituindo-se em fonte originária de diversos institutos jurídicos. Ainda no início, na fase primitiva, Roma previa uma organização jurídica com base no Direito Consuetudinário, que era rígido e formalista, apresentando as características da monarquia. A primeira Lei encontrada no sistema romano foi a das XII Tábuas, sendo o primeiro código romano escrito.

Cezar R. Bitencourt transcreve acerca da Lei das XII Tábuas, que *“Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei de talião, além de admitir a composição”* (MOMMSEN apud BITENCOURT, 2010, p.62).

A ideia central do Direito Penal Romano advém com a criação de uma verdadeira tipologia de crimes, enquadrando quais seriam os comportamentos considerados como ilícitos. Esses tipos penais eram divididos em dois: a) As *“leges cornelias”*; esta modalidade se preocupa com as infrações praticadas entre cidadãos;

b) Já a “*Juliae*” tinha como finalidade notar os crimes cometidos contra o Estado, sendo esses crimes eram praticados por particulares, bem como, pelos próprios administradores.

Cumpre catalogar algumas características do Direito Penal Romano transcritas por Cezar Roberto Bitencourt (SOLER apud BITENCOURT, 2010, p.63). Sendo estas:

a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – animus -, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de astúcia – dolusmalus -, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho dolusmalus, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre crimina publica, delicta privata e a previsão dos delicta extraordinária; h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação.

Por fim, a despeito do Direito Penal Romano, pode-se concluir que os romanos não construíram uma sistematização dos institutos de Direito Penal. Porém, estes reconstroem os inúmeros institutos penais que atualmente integram a dogmática jurídico-penal moderna.

2.2 Direito Penal Germânico

Não menos importante, encontra-se a presença do Direito Penal Germânico durante toda a trajetória do direito penal.

Compõe-se através do direito consuetudinário e que, portanto, havia a ausência de leis escritas. O direito era tutelado como uma ordem de paz, sendo assim, caso houvesse a transgressão desta, estaria ocorrendo a ruptura da paz, podendo ser esta pública ou privada.

Nos crimes de ordem pública era autorizado a qualquer pessoa matar o transgressor da paz. Já quanto aos delitos privados, o agressor era entregue para vítima e seus familiares, para que assim, fosse exercido o direito de vingança.

Neste diapasão, transcreve Luiz Regis Prado (2010, p.81):

Entre os bárbaros germânicos vigorava a vingança de sangue (Blutrache), que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória.

O direito penal germânico tem como modelo para sua elaboração as leis bárbaras, sendo estas: “*Lex Salica*”; “*Lex Rupiaria*”; “*Pactus*” e “*Lex Alamannorum*”. Tais regras representavam apenas a formalização do Direito costumeiro, sendo convertido pelo legislador todo o ordenamento punitivo.

Ainda, sobre o direito penal germânico menciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.65) acerca de sua composição:

A composição representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o preço da paz. Aos infratores insolventes, isto é, àqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais.

Por fim, cumpre ressaltar, que o Direito Germânico adota a pena de talião, sob a influência do Direito Romano e do Cristianismo. Realizava-se uma análise direta em relação aos resultados causados através da conduta humana, ou seja, observa a responsabilidade objetiva, sendo esta independente de dolo ou culpa. Somente, posteriormente, o elemento subjetivo passa a ser observando, exigindo-se, então, a presença do vínculo psicológico.

2.3 Direito Penal Canônico

O direito penal canônico advém do ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana. Em seu bojo primitivo, tem como característica seu caráter disciplinar. Ulteriormente, de forma gradativa a Igreja passa a ter forte influência, tendo como consequência o enfraquecimento do Estado.

Nesse contexto, transcreve Luiz Regis Prado (ASUA apud PRADO, 2010, p.83):

O papel da lei penal da Igreja Católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública.

Dividia-se a jurisdição em duas submáximas, quais sejam: *ratione personae e ratione materiae*. Na primeira, em razão da pessoa, o indivíduo religioso passava a ser julgado por um tribunal da Igreja, podendo ser qualquer crime. Já na segunda, em razão da matéria, era fixada a competência eclesiástica, levando-se em consideração o crime praticado por um leigo.

Cezar Roberto Bitencourt (CALÓN apud BITENCOURT, 2010, p. 66) traz a classificação quanto aos delitos previstos no direito canônico. São estes:

a) *delicta eclesiástica* – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* – lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam às sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com a *poena medicinalis*; c) *delicta mixta* – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poenae vindictivae*.

É através do direito canônico que surge a ideia da prisão moderna, trazendo também as primeiras interpretações acerca de como “reformatar” o indivíduo que praticava delitos.

O surgimento das palavras “penitenciária” e “penitenciário” nasce da palavra “penitência”, estando esta intimamente ligada ao direito canônico. Tal direito, ainda em seus conceitos teológico-morais. Até o século XVIII, já se falava sobre o pecado como crime contra as leis humanas e divinas.

Destarte, ainda sobre sua forte influência, destaca-se que os princípios que cercavam a prisão moderna eram: a fraternidade, redenção e caridade. Estes princípios apresentavam a finalidade de restaurar o delinquente, reabilitando-o para a vida social novamente.

Portanto, o direito penal canônico, diferentemente dos outros (Direito Penal Romano, Direito Penal Germânico, dentre outros), deixa de lado a presença do Estado no controle social e do ordenamento jurídico, tendo forte influência da Igreja na realização de criação das regras punitivas, bem como, na organização e a manutenção da paz social.

Além da história do direito penal transcrita por diversos períodos decorrentes desde a época primitiva até os dias mais modernos, não se deve demonstrar apenas o direito penal estrangeiro, tendo em vista que o direito penal brasileiro evoluiu com o decorrer dos anos, se valendo, inclusive, de outras legislações para que fosse criada sua própria Lei Maior.

2.4 Direito Penal Brasileiro

O direito penal brasileiro passou por inúmeras modificações durante toda a história, tendo no início, ainda na fase primitiva, um caráter mais severo e punitivo. Com o passar do tempo e, com o advento da progressão da humanidade, o direito penal passa a ir de encontro com essa evolução humana, adequando-se conforme cada período encontrado.

2.4.1 Período colonial

O Período Colonial (1500) começa a cursar assim que o país foi descoberto, utilizando-se o regime jurídico de Portugal, sendo este as Ordenações Afonsinas, bem como o Direito Romano, Direito Canônico e o Direito Costumeiro.

As ordenações influenciavam de forma ainda indireta na terra encontrada e conquistada. De forma mais específica e direta surgem as Ordenações Manoelinas, sendo esta a legislação encontrada no período pré-colonial.

O fundamento de que as Ordenações Manoelinas (1521) estavam vigorando nas capitanias hereditárias é bem criticada, pois não constituíam a fonte do direito utilizado no Brasil, pois quem ditava as regras ainda eram os donatários, transcrevendo quais seriam as regras jurídicas.

No mesmo sentido transcreve Claudia Pinheiro da Costa (2001, p.55) sobre as Ordenações Manoelinas, que:

A influência das Ordenações Manoelinas no direito colonial foi a inserção de determinadas decisões oriundas da aplicação dos forais nas colônias no conteúdo da compilação, de modo a ser constituído um diploma de orientação dos órgãos jurisdicionais da colônia, semelhante a uma jurisprudência.

Ainda nesse período, vale ressaltar o direito penal indígena que já era exercido antes mesmo da descoberta do país e continuou remanescente à descoberta. Nessa modalidade de direito, a pena de morte era algo comum, sendo aplicada através do tacape e em algumas regiões utilizavam-se outros meios, como por exemplo: o veneno, sepultamento e até mesmo a força.

O autor René Ariel Dotti traz a questão o quanto era violenta aquela época, elucidando que *“A privação da liberdade entre os nossos gentios era, também, um expediente usado para reter o infrator ou o inimigo após a captura ou durante o tempo que antecedia o sacrifício punitivo”* (STADEN apud DOTTI, 1980, p.14).

Do mesmo modo, registra Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.77):

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes.

Posteriormente, temos as Ordenações Filipinas (1603), tendo em seu bojo uma grande variedade de tipos de infrações e do arsenal punitivo. Esse período marca o país até o advento da Independência, mostrando um lado obscuro do Direito Penal. Como consequência desse determinado tempo que surgiu a Inconfidência Mineira (1789 – 1791), momento este que ocorreram diversas vítimas sofrendo com as penas corporais e infamantes.

Menciona a doutrinadora Claudia Pinheiro da Costa (2001, p.61) a respeito das Ordenações Filipinas que:

O aludido capítulo tratava das formas de torturas a serem impostas para que pudesse o julgador obter a confissão do réu, “na busca da verdade real”, estando nítidas as distinções feitas entre as classes sociais sujeitas ao processo criminal, cercando os privilegiados de benefícios e massacrando os menos ou nada favorecidos.

Assim, encerra-se um período obscuro para o direito penal, com a utilização de métodos primitivos e arcaicos para que fosse realizada a punição dos indivíduos infratores da legislação imposta conforme sua população.

2.4.2 Período imperial

Com o advento da Constituição de 25 de março de 1824, surge a ideia de organização, eliminando através de seus artigos a prática de tortura, marca de ferro quente e qualquer outro meio de pena cruel. Surge então, no ano de 1830, o Código Criminal do Império, tendo como maior finalidade trazer segurança e

punibilidade para as práticas degradantes cometidas com o objetivo de crueldade e desumanidade. Como mesmo demonstra Claudia Pinheiro da Costa, o surgimento do novo Códex, modifica a antiga realidade do Brasil, onde *“encontrava abolida a realidade bárbara, que até então vinha reinando no Direito penal do nosso país”* (2001, p.68).

O novo diploma legal do Império emana como um dos mais bem planejados, trazendo como características sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico, passando a influenciar o Código Penal espanhol (1848) e até mesmo o Código Penal português (1852). Como consequência dessa nova elaboração, nasce um devasso grupo de sanções que estariam regando o comportamento dos indivíduos daquela época.

Neste mesmo sentido, elucida René Ariel Dotti (1980, p.18) acerca do elenco de sanções estabelecidas pelo novo Código Imperial, quais são:

O elenco de sanções estabelecido pelo Código Imperial foi este: morte (arts. 38 a 43); galés (arts. 44 e 45 §§ 1º e 2º); prisão com trabalho (art. 46); prisão simples (art. 47); banimento (art.50); degredo (art.51); desterro (art.52); multa (art.55); suspensão do emprego (art.58); perda do emprego (art.59) e açoites em escravos (art.60).

Destarte, o novo Código Imperial vem impedir a prática de crimes costumeiros decorrentes da época, protegendo e se preocupando com a dignidade da pessoa presa.

2.4.3 Período republicano

Mais adiante, encontra-se a presença do regime do Código Republicano, elaborado no ano de 1890. O novo *Códex*, não teve o mesmo sucesso do anterior, talvez em razão do modo que fora elaborado e promulgado. A má elaboração do novo Código necessitava de reformulações.

Este código trazia algumas modalidades de penas privativas de liberdade. Sendo estas: a) a prisão celular, sendo aplicada para quase todos os crimes e contravenções, tendo a presença do sistema penitenciário para o seu cumprimento, caso venha a ser condenado; b) reclusão, nessa modalidade nota-se a presença de fortalezas, estabelecimentos militares ou praças de guerra; c) prisão com trabalho obrigatório, os indivíduos eram recolhidos às penitenciárias agrícolas com alguma atividade designada; d) prisão disciplinar enquadrava aos menores de 21 anos, sendo cumprida em estabelecimentos industriais.

O doutrinador René Ariel Dotti menciona outros tipos de sanções, como *“também o banimento, a interdição, a suspensão e perda de emprego público com ou sem inabilitação para o exercício de outro e a multa (art.43)”*. (1980, p.19).

Posteriormente, já no ano de 1932, tais modificações eram tão grandes que o Governo Provisório, adotou como “Consolidação das Leis Penais”, o trabalho de Vicente Piragibe.

Assim, até que fosse feito um novo diploma legal, as Consolidações serviram como um Código Penal. Apenas no ano de 1940, com o advento de uma nova legislação penal, foi que as consolidações restaram revogadas.

Elucida o doutrinador Francisco Assis de Toledo (1994, p.62) que:

Situa-se a Consolidação como um texto de transição entre o Código de 1890 e a grande reforma penal que seria empreendida durante o Estado Novo, em 1940/1941, sob os auspícios do Ministro da Justiça Francisco Campos, abrangendo não só a legislação penal matéria como também a processual.

Percebe-se, que o período efêmero republicano não trouxe um glorioso Codex, deixando a desejar com sua elaboração, principalmente, com a necessidade de supri-lo através de leis esparsas. Destarte, somente com a criação de uma nova Lei Maior, no ano de 1940, a legislação penal começa a atender o Direito Penal com mais eficácia.

2.4.4 Modificações do código penal

O Código Penal de 1940, após a reforma das anteriores legislações, traz duas novas ideias de pena privativa de liberdade, sendo estas: a reclusão e detenção; reservando a prisão simples para as contravenções penais. Por fim, ainda se encontra a pena de multa. Em ato contínuo, com o advento de uma tentativa de modificação do Código, com a proposta de Anteprojeto realizado por Nelson Hungria, tal modificação não obteve êxito, mantendo a mesma orientação quanto ao Código de 1940.

Assim, ulteriormente, já no período da ditadura militar, o diploma legal sofre com algumas alterações, mas mantendo sua base quanto a questão das penas de reclusão e detenção. Com a modificação surge a possibilidade de conversão da pena de reclusão em detenção ao réu primário e de bons antecedentes, condenado a pena não superior a dois anos, sendo observado que este ressarciu o dano antes do proferimento da sentença condenatória, bem como ocorreu a redução dos limites das penas, passando para o período de 30 anos na reclusão e 15 anos na detenção, dentre outras modificações.

Com tal alteração, o país viveu um imenso período de vacância, sendo estipulado para que o Código entrasse em vigência no dia 1º de agosto de 1970, este não passou de uma “promessa”, tendo como consequência a reanálise por juristas e cientistas para que o diploma fosse editado.

Por fim, surge a proposta de alteração do Código de 1969, com a finalidade de melhorar o antigo Códex. Essa alteração traz inúmeras modificações no sistema penal, abordando as questões de cumprimento de pena, suspensão condicional da execução da pena, novas modalidades de infrações penais, etc. O doutrinador Francisco de Assis Toledo, ressalta que *“após o longo período de dez anos de vacância o CP de 1969 foi finalmente revogado pela Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978”* (1994, p.65).

Permanece, então, o Código de 1940 a sua vigência, com as alterações elencadas pela Lei n.º. 6.416/1877, introduzindo diversas alterações significativas às penas.

Por fim, vale mencionar, que em 1984, o Código Penal sofre grande alteração em sua parte geral, com o apoio da Lei 7.209. Essa lei vem para revogar as penas acessórias e o sistema do duplo binário, passando a ser substituído pelo sistema vicariante, ou seja, aplica-se a pena criminal, ou a medida de segurança, sendo esta utilizada apenas nos casos de inimputáveis. Traz também como alteração, a presença das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e a pena pecuniária.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, onde houve a elaboração dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), crimes organizados (Lei n. 9.034/95), nasce a Lei 9.099/95, sendo tratada pelos Juizados Especiais Criminais, tendo em seu bojo a possibilidade da transação penal e a suspensão condicional do processo.

Esses novos benefícios da Lei 9.099 (transação penal e sursis processual) foram alterações significativas no direito penal brasileiro, já que permitem ao Ministério Público “barganhar” com o autor do fato. Assim, mesmo que a pessoa efetivamente tenha cometido o crime/contravenção, pode evitar o nascimento do processo (transação) ou sustar o seu andamento (sursis processual), algo até então inédito.

Nota-se, que durante todo o período da história do direito penal, conforme a evolução do povo e até mesmo da sociedade, as alterações na legislação penal passaram a ser inevitáveis.

Destarte, pode-se, concluir, que o ordenamento jurídico com os passar dos anos sofreu diversas modificações. Com isso, não sendo este composto por apenas leis, vale ressaltar, a presença dos postulados normativos, bem como, os princípios, jurisprudências, doutrinas, entre outros.

3 EXPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Nesse capítulo será abordado acerca do que é a regra, o que é princípio, elencando o surgimento do princípio da intervenção mínima, bem como, a sua aplicação nas legislações constitucionais e infraconstitucionais.

3.1 O Que é Norma Jurídica

A norma jurídica será extraída através da elaboração de textos ou dispositivos normativos. Assim, ao realizar-se uma análise minuciosa do texto normativo, teremos como consequência a extração de uma norma.

A priori, podemos elencar conceito elaborado por Humberto Ávila sobre normas: *“não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”* (2010, p.30).

O doutrinador Ronald Dworkin trouxe a ideia de que as regras devem seguir a sistemática do *tudo ou nada*, sendo válidas ou inválidas. Portanto, ao interpretar sob o prisma de Dworkin, conclui-se que, a regra, ao ser extraída do texto normativo, será válida ou não, deixando de lado a possibilidade da existência de dúvidas sobre sua validade.

Destarte, caso haja a colisão entre regras, uma delas será considerada como inválida, descartando, portanto, a outra, diferentemente dos princípios.

3.2 Contextualização do que é Princípio

Preliminarmente, insta salientar o significado de princípio, para que, assim, possa ser explanado o que é o princípio da intervenção mínima.

O doutrinador Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (2000, p.33) aduz um conceito básico sobre princípio, elucidando o seguinte ensinamento:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

Destarte, ao incorrer na prática de transgressão de um princípio, tal comportamento pode ser interpretado mais grave do que a violação de uma norma.

Como já fora mencionado no tópico acima, a resolução do conflito entre regras se resolve através da anulação de uma das regras em questão. Já quanto aos princípios, estes podem ser resolvidos através da ponderação, observando qual é o mais adequado para o caso concreto.

O princípio é uma norma segundo a orientação adotada por esse trabalho, que aponta para um estado ideal de coisas sem descrever a conduta que deve ser observada.

Neste mesmo sentido leciona Humberto Ávila (2011, p.71):

Com efeito, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (state of affairs, Idealzustand), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas.

Diante de tal raciocínio, o princípio não descreve qual comportamento que deve ser adequado, ficando a critério do aplicador, verificar se a conduta se amolda ao estado ideal prestigiado.

Pode-se mencionar, como mesmo descreve Josef Esser que “o critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”. (ESSER apud ÁVILA, 2012, p.38)

Os princípios estão implicitamente dentro do ordenamento jurídico, ao contrário das regras que são encontradas expressamente.

Seria mais adequada a aplicação das regras, considerando que estas apresentam previsão normativa? Não seria o mais correto afirmar que a regra é o mecanismo mais adequado, devendo sempre analisar o caso concreto.

Em relação aos princípios, mesmo que não elencados expressamente no ordenamento jurídico, percebe-se que sua efetiva aplicação vem ocorrendo de forma corriqueira.

3.3 O que é o Princípio da Intervenção Mínima

A ideia trazida pelo princípio da intervenção mínima é de que o direito penal deve ser aplicado como a “*ultima ratio*”, vale dizer, atuando somente quando os outros ramos do direito não forem eficazes para a solução dos conflitos decorrentes das relações sociais.

Nesse diapasão se faz salientar as considerações do doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p.148):

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Já para Rogerio Greco, o princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob duas perspectivas. Sendo estas: a) *ab initio*, interpretando-o de forma abstrata, onde servirá como orientação para o legislador quando houver criação ou de revogação dos tipos penais; b) em segundo plano, entra o Direito Penal, devendo ser aplicado como a *ultima ratio* (2011, p.75).

A intervenção mínima complementa a legalidade, uma vez que esta não impede que tais sanções penais sejam aplicadas para bens jurídicos cuja relevância não as justifiquem - *ultima ratio*. Destarte, o postulado da intervenção mínima estabelece fronteiras para o legislador, tendo em vista que resplandece o feitiço do fragmentário e subsidiário do direito penal.

Assim, ao aplicar-se desmedidamente o direito penal, sua função acaba sendo inevitavelmente ineficaz, deixando de proteger os bens jurídicos relevantes. Em decorrência dessa má aplicação, a pena acaba sendo apenas um meio de punição, não atingindo sua real função ressocializadora. Deste modo, também menciona Regis Prado, lecionado que: “*O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa*” (2011, p.148).

Antes que o direito penal seja aplicado a qualquer conflito proveniente das relações sociais, deve-se observar outros meios possíveis para a solução do conflito, sendo estes: civil ou administrativo (BITENCOURT, 2008, p.12). Portanto, ao utilizar-se dos meios para a solução do conflito (civil e administrativo), não conseguindo estes solucionar a lide penal, aplicará, assim, o direito penal “*quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito*” (CONDE apud LUISI, 2003, p.40).

Para Mauricio Antonio Ribeiro Lopes(2000, p.322), o direito penal não se deve ocupar com os diversos comportamentos denominados como ilícitos em decorrência da convivência social, se resguardando apenas para aqueles que são intoleráveis e lesivos aos bens jurídicos mais importantes.

Destarte, pode-se entender que a aplicação do princípio da intervenção mínima ao caso concreto, onde o agente causador não lesa efetivamente bem jurídico alheio, poderá ser considerado como fato atípico. Isso porque, a função precípua do direito penal é tutelar bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade.

A partir dessa sistemática, deve-se concluir que o direito penal é o meio mais adequado para garantir a ordem social, mas sua aplicação de modo genérica incorrerá na “inflação penal”.

Assim sendo, o princípio da intervenção mínima, a fim de que não perca sua eficácia, bem como os demais princípios penais (fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade) devem ser aplicados de forma eficiente.

3.3.1 Surgimento do princípio

O princípio da intervenção mínima surge ainda no século XVIII, através de um movimento social na França, com fundamento na falta de capacidade governamental, junto a insatisfação da burguesia, decorrentes das contradições entre o absolutismo político e o capitalismo.

Naquela época, Montesquieu (MONTESQUIEU apud ROBERTI, 2001, p.66) já descrevia sua indignação ao afirmar que:

(...) nos regimes livres, à diferença do que sucede nos despóticos, educar vale mais que punir. Focalizando as penas, sobretudo pela explicação da variedade das sociedades humanas e seus respectivos governos, Montesquieu extrai uma consequência: “a extrema obediência supõe ignorância naquele que obedece” (...), até no que ordena, pois não tem deliberar, de duvidar, nem de raciocinar, basta-lhe querer.

Pode-se observar que, os pensadores como mesmo denota a citação supranarrada, já havia uma busca pela limitação da intervenção punitiva do Estado, onde seria necessário testar se as normas penais realmente eram eficazes, para que, assim, pudesse barrar ou não a propagação do âmbito penal.

Para Beccaria, as normas eram criadas pelo legislador, sendo consideradas como um contrato social (Livro: Dos Delitos e das Penas). Havia um soberano que controlava para que não houvesse a transgressão desse contrato social e, por outro lado, estava a presença do transgressor. Portanto, deste modo, era necessário a presença de um terceiro, tendo este, o dever de julgar se ocorreu ou não a violação do contrato social.

Nota-se, que Beccaria já trazia ideias acerca dos direitos humanos e respeito à dignidade individual da pessoa, cabendo ao magistrado intervir e decidir da forma mais correta e justa.

Para Montesquieu, ao analisar as leis penais sob o prisma variedade das sociedades humanas, juntos aos seus respectivos governos, seria possível extrair uma consequência, sendo esta: *“a extrema obediência supõe ignorância naquele que obedece (...), até no que ordena, pois não tem de deliberar, de duvidar, nem de raciocinar, basta querer”* (MONTESQUIEU apud ROBERTI, 2001, p.66).

Para Luiz Luisi, o princípio da intervenção mínima coloca-se, deste modo, como um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Também era considerando como princípio da necessidade, observando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. (2003, p.39)

Ao relatar sobre os anos de surgimento do princípio em comento, insta salientar a Declaração de Direitos Humanos e do Cidadão, de 1789, mais precisamente em seu artigo 8º, onde determinava que *“a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...”*, surgindo assim, o princípio da intervenção mínima.

Em 1855, o magistrado e criminalista toscano Giuseppe Puccioni, em comentário ao Código Penal da Toscana de 1853, mencionou sobre os delitos de *“mínima importância política”* e na ameaça de pena afliativa de prisão para levíssimas lesões pessoais e para simples injúria (LUIZI apud AMARAL, 2003, p.141).

No ano de 1980, em Estrasburgo, o princípio da intervenção mínima passa a ter seu verdadeiro reconhecimento no sistema penal, expandindo-se e ganhando uma nova dimensão.

Nota-se, que no ordenamento jurídico brasileiro não é possível encontrar explicitamente previsões legais que relatam sobre o princípio da intervenção mínima, sendo constitucionais ou infraconstitucionais penais. Mas é possível observar que esse princípio não está restrito ao Direito Positivo, podendo ser aplicado por meio de uma análise implícita na Lei Maior e nas leis penais.

Aduz Luiz Luisi (LUNA apud LUISI, 2003, p.39) no mesmo prisma acerca da previsão implícita do princípio apresentado:

Nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado. Mas, - segundo a precisa lição de Everardo da Cunha Luna, - é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta.

Na legislação italiana e alemã, encontra-se da mesma maneira a previsão do princípio da intervenção mínima. Além de estar implicitamente nas normas, estando edificada como garantias individuais invioláveis a liberdade, a igualdade, a vida, a segurança e a propriedade.

Destarte, conclui-se, o princípio da intervenção mínima não está expressamente previsto na Constituição Federal, bem como, nas leis penais. Porém, sua ilação é inquestionável, bastando realizar uma ponderação implícita para perceber que o princípio se faz fundamental diante do Estado Democrático de Direito.

3.3.2 Legislação que abrange o princípio de forma implícita

A Constituição Federal traz em seu bojo a ideia de alguns princípios e garantias, sendo estes elencados de forma explícita e implícita. Nota-se, que esses princípios e garantias são abordados no artigo 5º e seus incisos, protegendo-os para que não sejam violados já que são cláusulas pétreas.

De início, observa-se que o princípio da intervenção mínima não está previsto expressamente na Constituição Federal, devendo ser interpretado de maneira implícita, de sorte que se apresenta como decorrência do Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido: “Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se, de um postulado nela inequivocamente implícito” (LUISI, 2003, p.40).

A Lei Maior traz que os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis (artigo 5º, "caput", Constituição Federal). Portanto, com fundamento nesse postulado da intervenção mínima, somente haveria necessidade de acioná-lo, nas hipóteses onde alguns desses direitos fundamentais fossem violados e os demais ramos do direito não apresentassem solução para cessar essa violação.

Entretanto, a partir da análise realizada nas jurisprudências recentes de nossos Tribunais, observa-se que o princípio da Intervenção Mínima vem sendo bastante aplicado, em correlação com os demais princípios que lhe são decorrentes.

Tal elucidação pode ser comprovada a partir da leitura do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS - AC 70019592260 - 7ª C. Cr. - Rel. Sylvio Baptista Neto - J. 09.08.2007), vejamos:

Denúncia. Delito do art. 243 da lei 8.069/90 (oferecimento de bebida alcoólica). Rejeição. Mantida. Considerando os princípios da intervenção mínima do direito penal e da adequação social, mantém-se a rejeição da denúncia que imputou a um jovem de 19 anos de idade o crime do art. 243 da Lei 8.069/90, porque teria oferecido a outro jovem, este com 15 anos de idade, uma lata de cerveja, quando ambos se encontravam no interior de um clube social. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime.

Neste sentido, também já mencionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ - RESP 406986 - MG - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 17.12.2004):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. COMPORTAMENTO SOCIALMENTE REPROVÁVEL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade. 2. O princípio da insignificância considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de uma mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (precedentes HC 84.412, STF, Rel. Min. Celso de Mello). 3. Se parece claro que o furto de uns "poucos litros de água potável" não ensejaria o acionamento da máquina jurídico-penal do Estado, pela inexpressividade da lesão jurídica provocada, por outra volta, não se deve olvidar que tal conduta se mostra bastante reprovável, sob o ponto de vista de sua repercussão social. Inaceitável a complacência do Estado para com aqueles que, em condições de arcar com as respectivas contraprestações, venham a usufruir irregularmente e de forma gratuita de bens e serviços

públicos, em detrimento da grande maioria da população. 4. Recurso parcialmente conhecido e provido.

Luiz Luisi (2003, p.44) faz uma crítica ao Código Penal de 1940, mais precisamente na parte especial, demonstrando que:

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

Após observar a crítica de Luisi, percebe-se que até mesmo o Código Penal está em desacordo com o postulado da intervenção mínima, trazendo em seu bojo diversas leis que protegem bens jurídicos que não deveriam ser tutelados pelo Direito Penal e, sim, por outros ramos do direito.

4 CORRELAÇÃO COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS PENAIS

O princípio da intervenção mínima, repise-se, traz a ideia de criminalização, sendo aplicado somente, quando os demais ramos do direito não sejam eficazes para tutelar bens juridicamente relevantes. Essa interpretação de criminalização ou descriminalização é abordada também por outros princípios que servem como alicerce para o princípio da intervenção mínima.

O legislador, ao analisar quais serão os bens jurídicos relevantes, bem como quais condutas serão elencadas como lícitas ou ilícitas, poderá se valer desses princípios penais.

Nota-se a presença de outros princípios penais decorrentes da análise ao princípio da intervenção mínima, a exemplo do princípio da insignificância, fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade.

4.1 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância vem complementar a aplicação do princípio da intervenção mínima, reforçando o sentido de sua concreta efetividade no ordenamento jurídico.

Percebe-se que o princípio da insignificância ou também denominado como bagatela, não é aceito expressamente pelo ordenamento, mas vem sendo aplicado por analogia ou interpretação interativa, desde que não seja contra a lei.

Descreve Ruy Armando Gessinger apud Mirabete (2011, p.41) sobre o princípio da insignificância que:

Excluída a tipicidade, não há crime a ser apurado. Para alguns, entretanto, o princípio da insignificância é uma espécie do gênero “ausência de perigosidade social e, embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta pode deixar de ser considerada criminoso

O entendimento da jurisprudência para que seja aplicada a insignificância, deve ser observado sob quatro aspectos. Vejamos: 1) a mínima ofensividade da conduta; 2) a ausência de periculosidade social da ação; 3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e 4) a inexpressividade da lesão jurídica causada. (MIRABETE, 2011, p.41)

Sendo assim, a jurisprudência vem se valendo desses aspectos para sua aplicação, como mesmo demonstra o Superior Tribunal Federal (HC 90.747-PR, j. em 01-12-2009, DJe de 18-12-2009) :

Para a aplicação do princípio da insignificância, é necessária, na aferição do relevo material da atipicidade penal, a inequívoca constatação de seus vetores, que são (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. Ordem denegada

Destarte, considerando que a insignificância elenca que o direito penal deverá apenas tutelar os bens jurídicos mais relevantes, sua efetiva aplicação dependerá dos aspectos adotados pelas jurisprudências.

4.2 Princípio da Fragmentariedade

O direito penal fragmenta quais serão os bens jurídicos considerados como relevantes, protegendo-os, assim, para que não sejam violados.

Nesse ponto, deve ser distinguido ilícito geral de ilícito penal. O primeiro ilícito refere-se a todo e qualquer ilícito praticado dentro da sociedade, não tendo necessariamente relevância para o direito penal. Enquanto que o segundo, com base no princípio da fragmentariedade, sendo considerado como ilícito penal, será também ilícito nos demais ramos do direito.

Portanto, nem sempre que houver um ilícito geral, haverá um ilícito penal, mas havendo um ilícito penal, este será visto como uma infração perante os demais ramos do direito.

O doutrinador Muñoz Conde apud Bitencourt (2010, p.45) discorre que:

O caráter fragmentário do Direito Penal apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

No mesmo sentido menciona Bitencourt que, *“o direito penal, - como já nota Binding, - não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica”* (2010, p.45).

Destarte, conclui-se que, o princípio da fragmentariedade é decorrente do princípio da intervenção mínima, trazendo a ideia de que o direito penal não deve sancionar todos os atos ilícitos, devendo ser fragmentados para que nem todas as infrações sejam elencadas como infração penal. Sendo assim, ao restringir essas condutas, os bens jurídicos relevantes para o direito penal não serão lesionados e sim, protegidos.

4.3 Princípio da Subsidiariedade

Esse princípio é analisado sob o prisma de que o Direito Penal deve ser “reserva”, ou seja, o direito penal deve ser acionado apenas quando os demais ramos do direito não forem competentes para tutelar os bens juridicamente relevantes para a vida em sociedade.

Nesse mesmo sentido menciona Muñoz Conde que, *“fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”* (apud Bitencourt, 2010, p.44).

Assim, também leciona Roxin apud Nilo Batista (2011, p.85) que:

(...) a utilização do direito penal, “onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica” não dispõe da “legitimação da necessidade social” e perturba a “paz jurídica” produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito.

A ideia de subsidiariedade deve ser entendida como algo secundário, no sentido de que qualquer mecanismo de tutela deve ser aplicado para a proteção de bens jurídicos relevantes. Deste modo, o Direito Penal será validado nos casos onde não houver mais meio para a solução da lide penal.

Portanto, para que o Direito Penal seja acionado e venha proteger o bem jurídico relevante, se faz necessário que todos os meios extrapenais tenham fracassado na tentativa de sua tutela. Justificando-se, assim, a utilização do direito penal como meio de tutela.

4.4 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade traz em seu bojo a ideia de que só deverão ser criados tipos penais incriminadores capazes de defender bem jurídico alheio. Portanto, não havendo qualquer lesão, não há que se falar na criação de tipo penal.

No mesmo sentido, menciona o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2010, p.90):

Defendemos, portanto, que a ofensividade (ou lesividade) deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito (...).

Ora, o objetivo da elaboração de novos tipos penais é justamente a proteção de bens jurídicos relevantes. Essa lesão praticada como o dolo de causar prejuízo a terceiro, será considerada como injusta, tendo como consequência a criação de novos tipos incriminadores penais. Deste modo, não havendo qualquer ação prejudicial a outrem, não se deve pensar na criação de novas normas penais.

O Ilustre doutrinador Zaffaroni (1973, p.226), traz na mesma meada de raciocínio, o pensamento de que:

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida de que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.

Encontra-se no artigo 13, do Código Penal, o contexto de que não há crime sem resultado. Assim, o delito não pode ser caracterizado apenas com a ocorrência de uma ação ou omissão dolosa, imprudente e ilícita, ao contrário, deve ser vista sob a perspectiva do princípio da ofensividade, onde a ação ou omissão realizada considera-se como uma ofensa ao bem jurídico tutelado.

Portanto, será necessário à criação de tipos penais incriminadores com o propósito de tutelar bem jurídico relevante, sob pena de fazer com que o Direito Penal seja esgotado sem qualquer objetivo.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA DOGMÁTICA PENAL

Com a aplicação prática do postulado da intervenção mínima poderia ser indagado qual seria sua consequência, eis que estaria excluindo a culpabilidade do agente ou a tipicidade do crime? Tal conclusão se dará com a abordagem detalhada de cada uma das hipóteses.

5.1 Culpabilidade

A ideia de culpabilidade está embasada no contexto de que não se deve aplicar qualquer responsabilidade penal objetiva, sem que haja culpabilidade, podendo ser com dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*).

Muñoz Conde aduz que a culpabilidade não é um fenômeno isolado, individual e, sim, um fenômeno social, pois a ação não é uma qualidade, mas sim uma qualidade que lhe é atribuída. Deste modo, é atribuído a alguém como sendo o autor de tal conduta e fazendo-o responder por esta (CONDE apud BITENCOURT 2010, p.46).

Nessa mesma linha de raciocínio, Von Liszt destaca que “*culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou*” (CONDE apud BITENCOURT 2010, p.394).

Destarte, não poderia o princípio da intervenção mínima amparado pela culpabilidade, tendo em vista que nessa modalidade o que está em questão é se o agente praticou ou não o ilícito.

Na culpabilidade não se discute se o bem lesionado apresenta valor significativo para que seja tutelado pelo Direito Penal. Coloca-se em xeque a possibilidade do agente ser responsável pelo seu ato ilícito ou se estará protegido

por alguma excludente de culpabilidade, como por exemplo: inimputabilidade, coação moral irresistível e obediência hierárquica, emoção ou paixão e erro de proibição.

Portanto, conclui-se, que o postulado da intervenção mínima como entende o presente trabalho, não estaria embasado pela culpabilidade já que não tem como finalidade a proteção de bens jurídicos.

5.2 Tipicidade

A *a priori* destaca-se qual é o conceito de tipicidade.

Com base nos ensinamentos de Bitencourt (2010, p.305), tipicidade é:

(...) uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nula poenasignepraevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. (...) Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei*.

Em razão desse conceito, com auxílio do doutrinador Damásio de Jesus (2011, p.312), pode-se depreender que a tipicidade tem os seguintes elementos:

- a) objetivos – referentes aos aspecto material do fato;
- b) subjetivos – concernentes ao estado anímico ou psicológico do agente;
- c) normativos – referentes em regra à antijuridicidade.

Para parte da doutrina, o princípio da intervenção mínima seria caso de exclusão da tipicidade do delito, dando ensejo à atipicidade, circunstância esta que deixa o agente causador isento de pena. Tal atipicidade somente se mostra em decorrência da ausência dos elementos da tipicidade.

Assim, pode-se interpretar que ao ser reconhecido a atipicidade do delito atribuído ao causador pela prática de uma infração penal, este poderá ser embasado com fulcro na ausência de tipicidade material.

Tal entendimento é também adotado pelo presente trabalho, tendo em vista que a tipicidade denomina como crime aquele ato que é contrário à lei. Portanto, já que o princípio da intervenção mínima defende que somente deverá o direito penal resguardar os bens jurídicos importantes, seria contraditório discordar da exclusão da tipicidade.

5.3 Antijuridicidade

A antijuridicidade se apresenta como sendo, com base nos ensinamentos do doutrinador Damásio de Jesus(2011, p.397):

O fato típico é também antijurídico, salvo se concorre qualquer causa de excludente da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito) (...). Assim, antijurídico é toda fato descrito em lei penal incriminadora e não protegido por causa de justificação.

A doutrina traz que a antijuridicidade se desdobra em duas modalidades, sendo a primeira em relação ao *aspecto formal*—ligado ao comportamento humano que viola a lei penal; e o *aspecto material* — é a violação de um interesse penalmente protegido.

Deste modo, como menciona o presente conceito, a antijuridicidade está amparada por algumas excludentes, sendo estas: a) estado de necessidade (artigos 23, inciso I e artigo 24, ambos do Código Penal) —“*quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade*”; b) legítima defesa (artigos 23, inciso II e 25, todos do Código Penal) — “*quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele agressão injusta*”; c) estrito cumprimento de dever legal (artigo 23, inciso III, 1ª parte, Código Penal) — “*são condutas típicas, mas não*

são consideradas como ilícita”; d) exercício regular de direito (artigo 23, inciso III, 2ª parte, Código Penal) – “determina que não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito”.

Diante do exposto, parece não ser adequado afirmar que a intervenção mínima está relacionada com a antijuridicidade. Isso porque, estaria a antijuridicidade – principalmente a material – englobada pela tipicidade. É que, como a antijuridicidade material está abarcada pela tipicidade não haveria motivos plausíveis para aplicação do princípio como excludente de antijuridicidade.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA – TRATAMENTO DO TEMA PELOS TRIBUNAIS

Após o escólio sobre a aplicação na doutrina, não menos relevante é transcrever como vem sendo aplicado o postulado em comento.

De antemão, deve-se ressaltar que os Tribunais vêm por meio de seus julgamentos realizando uma correlação entre a intervenção mínima e a insignificância.

Como já exposto no tópico acima, ambos os princípios tem sido encontrados de forma conjunta, onde a aplicação do princípio insignificância resultaria na intervenção mínima do Estado.

Pode-se mencionar como primeiro exemplo de aplicação prática o seguinte Habeas Corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

1. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. As pacientes poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz.

2. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos.

3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. **O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelado.**

4. Aplicação do princípio da insignificância justificada no caso. Ordem deferida a fim de declarar a atipicidade da conduta imputada às pacientes, por aplicação do princípio da insignificância.

(97129 RS , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 11/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-02 PP-00300)

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do julgamento proferido por LAURITA VAZ – entende-se que é possível aplicar o

princípio da intervenção mínima para os delitos que não tenham violência ou grave ameaça à pessoa.

Após análise ao Habeas Corpus supracitado, é notório o entendimento de que ambos os princípios da intervenção mínima e insignificância não só podem, mas também como devem ser aplicados em conjunto.

Outro julgamento do Supremo Tribunal Federal aduz sobre o valor ínfimo, como mesmo mostra a jurisprudência:

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 - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155,"CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR"CP155. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 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 esta na perspectiva de seu caráter material.** Doutrina. Precedentes. 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.** O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes.CPP386III (98152 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/2009,

Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00584 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 594-602 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 416-429)

A questão que se coloca em xeque é a seguinte: seria viável acionar o Estado para resolver uma lide penal, cujo bem jurídico que está em discussão fora lesado valor irrisório de R\$ 20,00 (vinte reais)? A intervenção mínima reza pelo acionamento de todos os outros meios de solução do conflito de interesse antes mesmo que o Direito Penal seja provado.

Destarte, com a inércia do Direito Penal, não estaria o agente causador ficando impune de sua conduta delituosa, pois para sua punição estaria disponível outros meios para solução da lide.

No caso em tela, transcrito pela jurisprudência do Superior Tribunal Federal, seria plenamente possível o próprio Direito Civil solucionar o caso em questão, mediante obrigação de reparação do dano, bem como, a coerção de prestação de serviço até que o valor da lesão seja alcançado para suprir os prejuízos causados.

Nos dias atuais, nota-se que a punição por meio de encarceramento penitenciário não resulta em benefício algum da vítima, pois o acusado cumpre pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e volta para sua vida rotineira com a possibilidade de cometer novos delitos.

Deste modo, o presente trabalho adota o método de reparação do dano, tanto por meio do pagamento com o patrimônio, quanto a prestação de serviços, nos delitos onde a lesão a vítima é insignificante.

O Tribunal Regional Federal também tem adotado o princípio da intervenção mínima, conforme aduz a jurisprudência:

PENAL. COMETIMENTO, EM TESE, DO DELITO CAPITULADO NO ARTIGO 334 DO CP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETROS LEGAIS. CARACTERIZAÇÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA.334 CP.

1. A caracterização da atipicidade, que permite o sobrestamento da persecução penal, em face da aplicação do princípio da insignificância, tem lugar quando se puder verificar, em relação à conduta perpetrada pelo agente, uma ofensividade mínima, em que a ação, apesar de encontrar tipificação no ordenamento pátrio, além de não representar periculosidade

social, também conte com grau de reprovabilidade irrisório, mercê de o ataque ou a omissão levados a efeito pelo investigado não implicarem lesão expressiva ao bem jurídico penalmente tutelado, o que permitiria o reconhecimento do chamado crime de bagatela que se caracteriza por não deter caráter penal relevante.

2. Estando-se diante de caso, em tese, de crime de contrabando ou descaminho, a doutrina e a jurisprudência vêm traçando alguns parâmetros a serem obedecidos, especialmente estar-se diante de mercadoria cujo tributo incidente não supere o valor legalmente fixado para o cancelamento do crédito fiscal, qual seja R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em conformidade com o previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação dada pela Lei 11.033/04, que regula a extinção daquele, **uma vez que se entende ser o direito penal a última ratio, não sendo razoável, de um lado, punir determinada conduta penalmente e, de outro, considerá-la irrelevante sob a égide administrativa, em função da ausência de grave violação ao bem juridicamente tutelado, porquanto aquele rege-se pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.** 2010.52211.0333. Para o cálculo do valor do crédito tributário relativo às mercadorias estrangeiras que sofreram importação ilegal, deve-se, em conformidade com o inciso III do artigo 2º da Lei 10.865/04, levar-se em consideração apenas o Imposto de Importação (II) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), sem computar-se as quantias devidas a título de COFINS e PIS. III 2º 10.865 PIS 4. Afeiçoando-se a hipótese dos autos a esses parâmetros, uma vez que o montante dos tributos federais iludidos é inferior àquele patamar, considerando-se que os impostos impagos devem ser calculados na forma como preconizado pelo artigo 65 da Lei 10.833/2003, está-se diante de conduta atípica, hábil a justificar o trancamento pretendido. 6510.833 (430 PR 2009.70.16.000430-0, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 10/02/2010, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 13/05/2010)

Em análise ao julgado do Tribunal Regional Federal, pode-se observar a presença do crime de contrabando e descaminho (artigo 334 do Código Penal). Para o caso em questão, denota-se que a apreciação das circunstâncias é completamente diferente da análise ao julgamento acima mencionado.

O artigo 20 da Lei 10.522/2002 aduz que:

Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Portanto, em relação aos crimes patrimoniais o valor para ser considerado como insignificante é de até um salário mínimo.

No mesmo prisma aduz a jurisprudência do Tribunal Regional Federal:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. ESTADO DE NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA BAGATELA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECURSO PROVIDO.

I - Materialidade e autoria incontroversas.

II - Tese de estado de necessidade pautada unicamente nas alegações da recorrente, sem mínimo embasamento que ateste qualquer dos pressupostos do art. 24 do CP.

III - Princípio da insignificância caracterizado. **Utilização do salário mínimo como parâmetro constitucional palatável em abstrato**, somado a conduta cuja periculosidade social foi amenizada pelo arrependimento posterior.

IV - Recurso defensivo provido.

(201051100042172 RJ 2010.51.10.004217-2, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 24/04/2012, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::28/05/2012 - Página::2)

Agora, em relação aos delitos de descaminho e contrabando, sonegação fiscal entre outros, o valor para enquadrar como ínfimo é de R\$ 10.000,00, como assim, descreve o artigo supracitado. Com isso, para ser insignificante, se faz necessário aferição do caso concreto.

Para Lenio Streck, esse critério da insignificância – é inconstitucional. Com base no princípio da igualdade, o referido autor entende que esse valor utilizado (R\$ 10.000,00 – dez mil reais) deveria ser aplicado não somente aos crimes contra a administração pública, tais como sonegação fiscal, descaminho e contrabando, mas também aos crimes contra o patrimônio (2011, pg.253).

Na mesma linha de raciocínio, vale ressaltar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. AUSÊNCIA DA TIPCIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância.

2. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). 3. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu um conjunto de moletom, avaliado em R\$ 83,00 (oitenta e três reais), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 4. Ordem concedida a fim de,

aplicando o princípio da insignificância, absolver o paciente na Ação Penal nº 417/2010, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo/SP.(234654 SP 2012/0040055-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 29/03/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2012)

Assim como:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONALEQUIPARADO AO CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AOBEM JURÍDICO TUTELADO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. **Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.** É o chamado princípio da insignificância.

2. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas"(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" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/04).3. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que supostamente subtraiu do interior de um estabelecimento comercial 2 (dois) bonés avaliados em R\$ 15,00 (quinze reais), cada um.4. Ordem concedida para restabelecer a decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou a representação ofertada contra o adolescente. (241248 SP 2012/0090268-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/08/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2012)

Deste modo, percebe-se que a utilização do princípio da intervenção mínima tem sua aplicação ativa nos Tribunais Superiores.

Por fim, não menos importante, salienta o Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do postulado em comento:

APELAÇÃO CRIME. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ART. 65, DA LEI DE CONTRAVENCOES PENAIIS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA.65LEI DE CONTRAVENCOES PENAIISO tipo contravencional exige que a perturbação seja qualificada no objetivo "por acinte ou por motivo reprovável", o que não restam caracterizados. Aplicação do princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como ultima ratio. RECURSO PROVIDO. (Recurso Crime Nº 71003702669, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 25/06/2012)(71003702669 RS , Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 25/06/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/06/2012)

Bem como, o Tribunal de Justiça do Paraná:

FURTO MEDIANTE CONCURSO DE DUAS OU MAIS PESSOAS (ART. 155, § 4º, inciso IV, DO CÓDIGO PENAL)- CONDENAÇÃO - APELAÇÃO CRIME - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CONDOTA QUE, NO CASO DOS AUTOS, **NÃO REPRESENTA EFETIVA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO E APRESENTA MÍNIMA OFENSIVIDADE** - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO ESTÃO A DEMONSTRAR ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE E, NEM MESMO OFENSA GRAVE A INTEGRIDADE DA ORDEM SOCIAL, **CAPAZ DE ENSEJAR INTERVENÇÃO ESTATAL E POSSÍVEL SANÇÃO PENAL** - ELEMENTOS DE CARÁTER PESSOAL FAVORÁVEIS AO ACUSADO - BONS ANTECEDENTES - SENTENÇA REFORMADA - ABSOLVIÇÃO DO RÉU CLEBER QUE SE IMPÕE - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ALUDIDO PRINCÍPIO EM RELAÇÃO AO RÉU ROGÉRIO - REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE - ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDOTA - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PRÁTICA DO CRIME PELO ACUSADO 155§ 4ºIVCÓDIGO PENAL- ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - PROVAS TESTEMUNHAIS E DEPOIMENTOS PRODUZIDOS EM JUÍZO SOB CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA SUFICIENTES PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO - RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO **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. (HC 84.412, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004) grifado (8434839 PR 843483-9 (Acórdão), Relator: Carvilio da Silveira Filho, Data de Julgamento: 26/04/2012, 4ª Câmara Criminal)

Com isso, após a explanação sobre a aplicação prática na jurisprudência do postulado da intervenção mínima, conclui-se que sua incidência vem ocorrendo de forma constante. Todavia, tal utilização não deve ser de forma genérica, aplicando-se para todo e qualquer caso, mas sim, após uma análise detalhada do caso concreto.

7 CONCLUSÃO

Após essa breve exposição sobre o tema do trabalho, percebe-se que o princípio da intervenção mínima deve ser aplicado como a “*ultima ratio*” do Direito Penal.

A *priori*, antes mesmo que o princípio seja elencado, observa-se a norma jurídica e o princípio como norma jurídica. A norma jurídica será sacada do texto normativo, sendo criada a partir dessa interpretação. Já quanto ao princípio como norma, deverá ser apontado para o estado ideal, não descrevendo a conduta adequada.

Deste modo, o princípio da intervenção mínima vem tecer sobre a aplicação do Direito Penal como o último mecanismo jurídico aplicável. Portanto, havendo a possibilidade de aplicação de outros ramos do direito (Direito Civil ou Administrativo), o Direito Penal não deverá ser acionado.

Outros princípios podem ser aplicados como alicerce ao princípio da intervenção mínima. Temos como exemplo, o princípio da insignificância, fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade.

O princípio da insignificância traz o contexto de que, ainda que a conduta seja típica, o transgressor não será punido, uma vez que a ação praticada por ele é tão ínfima, que não há lesividade social, tampouco prejuízo.

Já a fragmentariedade descreve que o direito penal deve tutelar os bens jurídicos relevantes, devendo protegê-los para que não sejam lesionados. Quanto à subsidiariedade, menciona que o direito penal será aplicado quando os demais ramos do direito fracassarem. Por fim, o princípio da ofensividade, veicula a ideia de que só deverão ser criados tipos penais que tutelam bens jurídicos relevantes.

Será mesmo que o princípio da intervenção mínima vem sendo aplicado de forma correta? Quais seriam os outros meios possíveis para a solução da lide penal, sem que tudo fosse resolvido através do direito penal?

À exposição dos julgados produzidos pelos Tribunais Superiores, pode-se observar que a intervenção mínima vem sendo utilizada tendo-se por base a questão da insignificância, tornando-se atípico o fato delituoso.

Com sua aplicação ao caso prático não se busca a impunidade do agente transgressor, devendo ser utilizados outros meios, como por exemplo, a reparação do dano, aplicação de meio coercitivo para realização de atividades remuneradas com a finalidade de ressarcir a vítima.

Destarte, após a análise da doutrina e da jurisprudência, o presente trabalho observou a inflação penal por meio da utilização do direito penal para qualquer acontecimento na sociedade. Com isso, o Direito Penal estaria perdendo sua finalidade, deixando de tutelar apenas os bens jurídicos relevantes, passando a proteger todo e qualquer bem jurídico.

Portanto, pode-se concluir que tal princípio vem sendo aplicado pela jurisprudência de maneira correta, mas sua utilização ainda não protege o Direito Penal para que sua atuação seja de forma eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade.** São Paulo: Editora IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF Senado, 1988.

COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção Penal: sua gênese e tendências modernas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas.** São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio, **Direito Penal, parte geral.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JUSBRASIL. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira, **Teoria dos Tipos Penais, parte especial do direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal, parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico – Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROBERTI, Maura. **Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso, constituição hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoría del Delito**. Buenos Aires: Sociedad Anónima, 1973.