

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

ADRIA PATRICIA BATISTA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
PENAL E PROCESSO PENAL**

**SÃO PAULO
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

ADRIA PATRICIA BATISTA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Professor Dr. Hugo Crepaldi.

SÃO PAULO

2016

ADRIA PATRICIA BATISTA DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Professor Dr. Hugo Crepaldi Neto.

Data de apresentação: ____ / ____ / ____ /.

Nota Final: ____.

1º Examinador:

2º Examinador:

3º Examinador:

SÃO PAULO

2016

Aos meus queridos pais,
companheiro e amigos que contribuíram
para o desenvolvimento desse trabalho e
para meu crescimento pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por sempre estar presente em minha vida, guiando o meu caminho e iluminando minha vida nos momentos mais difíceis.

Agradeço a minha mãe Cléa Terezinha Batista dos Santos, minha heroína que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Ao meu pai Benedito dos Santos que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu, me incentivou e que para mim foi muito importante.

Obrigada meus irmãos e sobrinhos que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo superior, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Aos meus professores da Especialização em Direito Penal e Processo Penal da PUC/SP, pela contribuição para a minha formação e por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de *formação profissional*, aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

Agradecimento especial ao meu orientador, que com toda sua correria sempre tirou um tempo para me orientar, responder meus e-mails, bem como por ser um excelente professor e um grande profissional, a qual me espelho.

Aos meus colegas da especialização e de trabalho, pelo agradável convívio, amizade e ajuda; em especial.

Ao meu companheiro Felipe Merloto Angelo por todo o apoio e incentivo que proporcionou que eu realizasse esse curso, bem como apresentar a presente monografia.

RESUMO

Este trabalho visa prestar uma contribuição científica no tocante à utilização do princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena, para à proteção dos direitos e garantias que a nossa Constituição reconhece e aos quais postula efetividade. A proposta é a de apresentar um instrumento com possibilidade de ser manejado por quem opere o direito, utilizando do juízo de valor para verificar se a sanção a ser aplicada é efetiva, adequada, necessária para se chegar ao fim almejado.

Objetiva também, discutir sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena, ensejando que o julgador não deve, tão-somente, seguir os ditames da lei no momento de impor a pena, mas, sobretudo, na necessidade de a pena ser proporcional à culpabilidade do agente, pois é no ato de aplicar a pena material, que o julgador confronta-se com um dos maiores direitos do homem: a liberdade.

A metodologia utilizada será essencialmente teórico-descritiva, a partir de um alicerce construído em uma revisão de literatura em autores pertinentes ao tema, dentre os quais podemos citar Alexy (1996), Beccaria (2014), Bittencourt (1997), Bonavides (1993), Castilho (2001), dentre outros.

Concluimos que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente e se estende após todo o processo trifásico da dosagem da pena. Nesse sentido, o juiz pode, através do uso deste princípio, fixar a pena base abaixo do mínimo legal, caso esta reflita a real culpabilidade do agente.

O presente estudo trata do princípio da proporcionalidade, a pesquisa histórica, legislativa e doutrinária tem o escopo de demonstrar a importância da efetivação e valorização dos princípios penais constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito, princípios este que atuam para garantir a liberdade dos indivíduos, direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana, frente à intervenção penal por parte do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamentais, adequação, necessidade, princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to provide a scientific contribution regarding the use of the principle of proportionality as a criterion for application of the penalty, for the protection of rights and guarantees that our Constitution recognizes and to which postulates effectiveness. The proposal is to introduce an instrument likely to be handled by those who operate the right, using the judgment to verify that the penalty to be applied is effective, appropriate, necessary to reach the desired end.

Objective also discuss the application of the principle of proportionality in the dosimetry pen, entailing that the judge should not merely follow the dictates of the law at the time of imposing the penalty, but above all, the need for the penalty to be proportional to agent's culpability as it is in the act of capital punishment material that the judge is faced with one of the greatest human rights: freedom.

The methodology used will be essentially theoretical and descriptive, from a foundation built on a literature review of relevant authors to the subject, among which we can mention Alexy (1996), Beccaria (2014), Bittencourt (1997), Bonavides (1993) Castilho (2001), among others.

We conclude that the use of the principle of proportionality in the dosimetry pen begins at the time the judge doses the agent's guilt and runs after all the three-phase process of the dosing pen. In this sense, the judge may, through the use of this principle, fix the base penalty below the legal minimum, if it reflects the real agent of guilt.

This study deals with the principle of proportionality, the historical, legislative and doctrinal research has the scope to demonstrate the importance of effective and appreciation of constitutional criminal principles inherent in a democratic state of law, principles that working to ensure the freedom of individuals, fundamental right guarantor of human dignity, against the criminal action by the State.

KEYWORDS: Fundamental Law, suitability, necessity, proportionality principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	102
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	104
1.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	125
1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL	146
1.4 A EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS E EXPLÍCITOS	148
1.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS EXPLÍCITOS.....	178
1.5.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal.....	178
1.5.2 Dignidade da Pessoa Humana	189
1.5.3 Princípio da Anterioridade.....	189
1.5.4 Princípio da Retroatividade da lei mais benéfica	189
1.5.5 Princípio da Personalidade ou Responsabilidade Pessoal	20
1.5.6 Princípio da Individualização da Pena	20
1.5.7 Princípio da Humanidade.....	220
1.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS IMPLÍCITOS	221
1.6.1 Princípio da Intervenção Mínima.....	221
1.6.2 Princípio da Culpabilidade	212
1.6.3 Princípio da Taxatividade.....	222
1.6.4 Princípio da Proporcionalidade	223
1.6.5 Princípio da Vedação da Punição pelo mesmo Fato/ “ <i>Ne Bis In Idem</i> ”.....	233
1.6.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	234
1.6.7 Princípio da Lesividade ou ofensividade	234
1.7 A DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS.....	244
1.7.1 O princípio da isonomia	256
1.8 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	277
1.9 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	288
1.10 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO DE VALORES – UM ADEQUADO ENTENDIMENTO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY.....	30
2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO DIREITO PENAL	
2.1 O BEM JURÍDICO.....	33
2.2 NORMAS PENAIIS.....	35
2.2.1 Normas Penais Incriminadoras e não incriminadoras.....	37
2.2.2 Normas Penais em branco e Tipo Abertos.....	38
2.3 DA NÃO INCRIMINAÇÃO DE CONDUTAS ÉTICAS E MORAIS.....	39
2.4 A ADEQUAÇÃO REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL.....	42
2.5 A NECESSIDADE REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL.....	43
2.6 A AFRONTA A NECESSIDADE PENAL.....	44
2.7 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL.....	

3	A PENA E O DIREITO PENAL	
3.1	A MISSÃO DO DIREITO PENAL.....	51
3.2	A ORIGEM DA PENA.....	54
3.3	O CONCEITO DE PENA.....	57
3.4	SENTIDO E LIMITE DAS PENAS.....	57
3.5	TEORIAS DA PENA.....	60
3.5.1	Teoria Absoluta.....	60
3.5.2	Teoria Relativa.....	62
3.5.3	Teorias Mistas ou Unificadoras.....	62
3.6	O DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....	63
3.7	O DIREITO PENAL MÍNIMO.....	66
3.8	DIREITO PENAL MÁXIMO.....	69
3.9	A LEI PENAL.....	71
4	A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA.....	72
4.1	A JUSTIÇA	72
4.2	A PROPORCIONALIDADE DA PENA E SUAS FASES.....	73
4.3	A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – DOSIMETRIA DA PENA.....	76
4.4	Circunstâncias e elementares do crime.....	81
4.5	CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PRIMEIRA FASE.....	82
4.5.1	Culpabilidade	82
4.5.2	Antecedentes	83
4.5.3	Conduta social	84
4.5.4	Personalidade	84
4.5.5	Motivos do crime.....	85
4.5.6	Circunstâncias do crime.....	86
4.5.7	Comportamento da vítima.....	86
4.6	Circunstâncias legais: atenuantes e agravantes – Segunda Fase.....	87
4.7	CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DE PENA – TERCEIRA FASE.....	89
4.8	EXECUÇÃO PENAL.....	91
4.9	A INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA.....	92
4.10	O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	94
	CONCLUSÃO	96
	REFERENCIAS	95

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado resulta de um estudo a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena, mostrando que o julgador poderá não se apegar, unicamente, às prescrições da lei no momento de impor a pena, mas aplicá-la de forma proporcional à culpabilidade do agente, considerando e respeitando os direitos e garantias estabelecidos em nossa Constituição, aos quais postula efetividade.

A metodologia utilizada será essencialmente teórico-descritiva, a partir de um alicerce construído em uma revisão de literatura em autores pertinentes ao tema, dentre os quais podemos citar Robert Alexy, o qual foi o precursor no tema, estabelecendo o princípio da proporcionalidade em três vertentes: necessidade, adequação e proporcionalidade em estrito senso.

Iniciamos, no primeiro capítulo os comentários acerca de princípios constitucionais, diferenças entre normas, princípios e regras; conceito, origem e a evolução histórica do princípio da proporcionalidade, suas características, passando a uma análise de sua aplicação, num confronto com as regras da dosimetria da pena. Abordamos, a seguir, a proporcionalidade referida ao legislador penal, normas penais incriminadoras e não incriminadoras, normas penais em branco.

Ao final, foram traçadas pena e o direito penal, a culpabilidade, pois ela é o vetor da dosimetria da pena, vez que o limite da punição dependerá diretamente do grau de culpabilidade do agente. Traçado o conflito existente entre os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Concluimos que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente e se estende por todo o processo trifásico da dosagem da pena. Nesse sentido, o juiz pode, através do uso deste princípio, fixar a pena base abaixo do mínimo legal, caso esta reflita real culpabilidade do agente.

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Arrazoar a ideia da utilização do princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena não é tarefa simples. Por ser um tema a desbravar, na seara constitucional e penal, requer elevada fundamentação jurídico-filosófica, fazendo-se necessário, primeiramente, fazer uma breve análise do que vem a ser princípio constitucional, como surgiu e suas características, para depois adentrarmos no tema propriamente dito.

Cuida-se, nessa etapa, destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam, bem como influenciaram o reconhecimento do direito constitucional positivo.

A análise da evolução histórica dos princípios constitucionais ao longo do tempo é um tema muito interessante, o qual justificaria a redação de uma monografia específica, porém o objetivo é apenas referir alguns aspectos mais relevantes a respeito do tema, para propiciar uma adequada compreensão da importância dos princípios constitucionais na aplicação da pena e em especial o princípio da proporcionalidade.

É demasiadamente complicado traçar um panorama histórico de um tema que passou e ainda passa por transformações, entretanto, será exposto de modo sucinto os aspectos e fatos importantes que deram ensejo ao surgimento dos princípios constitucionais que hoje servem de proteção para o cidadão.

As primeiras noções de igualdade e de liberdade, tiveram início no Iluminismo, onde surgiu um Direito Penal menos cruel e com um caráter mais formal, em relação aquele vivenciado durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Estes princípios reguladores para controle penal, os chamados princípios constitucionais, também conhecidos como Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, são garantias do cidadão ante o poder punitivo estatal.¹

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.306.

Assim, contra os abusos absolutistas, a burguesia iluminista preconizou a ideia de respeito incondicional aos atos naturais dos seres humanos. Nem mesmo as leis poderiam infringi-los. Daí sua função protetora e seu caráter fundamental.²

Por conseguinte, o jusnaturalismo passou a servir de ponto de partida e suporte para criação de um Direito elaborado pelos homens (Estado) e que seria instrumentalizado na forma de leis escritas.

Esta transposição de valores, que deveria ser observada quando da elaboração das normas jurídicas, foi responsável por criar condições necessárias para o desaparecimento do próprio jusnaturalismo e o nascimento do positivismo jurídico, que dominou o cenário jurídico até a segunda metade do século passado.³

O positivismo jurídico se preocupava menos com o critério material das normas legais e mais com a formalização escrita. Com isso, estas normas legais e positivadas começaram a violar todas as formas de direitos humanos inimagináveis, tais como, as Leis raciais de Nuremberg, porém não poderia ser questionada a legitimidade formal destas normas, afinal, estavam positivadas.⁴

Os teóricos alemães passaram a buscar fundamentos jurídicos que pudessem transcender a redução de direitos a letras e frases em um papel, o que deu impulso para o desenvolvimento de uma concepção jurídica capaz de identificar direitos e valores pertencentes à humanidade, e que, em hipótese alguma poderiam ser violados, ainda que por uma norma positivada.

Deste modo, estava aberto o caminho para o reconhecimento pós positivista dos direitos fundamentais, surgindo a jurisprudência de valores. A partir de então,

² Chamamos de Iluminismo o movimento cultural que se desenvolveu na Inglaterra, Holanda e França, nos séculos XVII e XVIII. Nessa época, o desenvolvimento intelectual, que vinha ocorrendo desde o Renascimento, deu origem a idéias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia. Os filósofos e economistas que difundiam essas idéias julgavam-se propagadores da luz e do conhecimento, sendo, por isso, chamados de iluministas. O Iluminismo trouxe consigo grandes avanços que, juntamente com a Revolução Industrial, abriram espaço para a profunda mudança política determinada pela Revolução Francesa. O precursor desse movimento foi o matemático francês René Descartes (1596-1650), considerado o pai do racionalismo. Em sua obra “Discurso do método”, ele recomenda, para se chegar à verdade, que se duvide de tudo, mesmo das coisas aparentemente verdadeiras. A partir da dúvida racional pode-se alcançar a compreensão do mundo, e mesmo de Deus.

³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.47.

passou-se a estender o caráter deontológico, antes adstrito às regras, àqueles direitos e valores fundamentais que, ainda que não positivados constitucionalmente, serviram como um filtro constitucional-interpretativo de legitimidade das normas jurídicas.

Os direitos fundamentais passaram a assumir a posição de definitivo realce na sociedade quando se inverteu a tradicional relação entre o Estado e o indivíduo, reconhecendo que o indivíduo tem primeiro direitos e, depois deveres, perante o Estado, sendo que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Assim, os princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos, como garantia de que os direitos fundamentais dos cidadãos serão respeitados, receberam assento constitucional.

Neste diapasão, Canotilho preleciona que:

[...] a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações”⁵

Os princípios constitucionais estão previstos na Constituição Federal de 1988, localizados no preâmbulo da Carta Magna, tais como, princípios da liberdade, igualdade, sendo que todos esses princípios são garantias aos cidadãos contra o poder punitivo do Estado, como forma de evitar abusos.

No artigo 5º da nossa Carta Magna, encontramos princípios constitucionais específicos da esfera penal, os quais tem como objetivo, orientar o legislador na adoção de um sistema de controle penal, respeitando os direitos fundamentais.

1.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A palavra princípio de acordo com a terminologia pode ter mais de um significado, podendo significar começo, origem, o surgimento, assim como pode significar um conjunto de preceitos utilizados para nortear o legislador para proteção dos direitos dos cidadãos.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.306.

É demasiadamente complicado delimitar um conceito específico, pois os conceitos irão variar de acordo com as concepções de cada doutrinador que aborda sobre esse assunto. Assim, para melhor compreensão, iremos destacar algumas.

Na concepção de Bandeira de Mello, princípios são:

Mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposições fundamentais que se irradiam 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 a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que reside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (1980, p. 230)

Por conseguinte, Paulo Bonavides infere que *“os princípios são a alma e o fundamento de outras normas, sendo que uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”* (2001, p. 231).

Os princípios constitucionais são o alicerce para qualquer indivíduo, indispensáveis para que estes compreendam os seus direitos e também seus deveres na sociedade. A Constituição é a lei fundamental e os princípios constitucionais são o que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica.⁶

É direito de todo cidadão brasileiro ter ciência dos seus benefícios, garantias e deveres, para praticar a cidadania exercendo esse direito do cidadão que também é um princípio.

Os princípios constitucionais são o alicerce para qualquer indivíduo, determinando as diretrizes fundamentais da Lei Fundamental. Em suma, os princípios constitucionais são normas genéricas contidas na Constituição Federal, hierarquicamente superiores às demais normas escritas ou costumeiras, servindo de base para todo o Sistema Jurídico Brasileiro.⁷

Os princípios constitucionais são normas, explícitas ou implícitas, os quais tem por escopo assegurar o respeito, a efetivação das garantias de direitos dos indivíduos e estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁷ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

Na esfera penal, os princípios constitucionais penais devem ser observados, principalmente para aplicação da pena, sob pena de carecer de fundamentação constitucional.

Cumprir destacar alguns desses princípios: da Legalidade, da extra-atividade da lei mais favorável, da individualização da pena, da responsabilidade pessoal ou personalidade da pena, da limitação das penas, do respeito ao preso, da presunção da inocência e da proporcionalidade. Os primeiros estão explícitos na Constituição Federal, enquanto o último é um princípio implícito.

1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

No Direito Penal existem princípios constitucionais balizadores, os quais tem suma importância para o bom andamento e correta aplicação do direito penal, sendo necessário o estudo destes princípios, para melhor compreender o direito penal.

A palavra “princípio” tem vários significados: alvorada, começo, geração, surgimento, berço, origem, primórdio, gênese, início, base, fundamento. Com suporte nesse significados podemos inferir que os princípios são uma estrutura que serve de parâmetro interpretativo para a correta aplicação do direito.⁸

Os princípios constitucionais poderão estar inseridos na Constituição Federal de forma explícita ou implícita. Os princípios constitucionais explícitos são os que encontram-se expressos em lei, na forma escrita. Já os princípios constitucionais implícitos, ainda que não estejam expressos, fazem parte do ordenamento jurídico devendo ser respeitados.⁹

1.4 A EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS E EXPLÍCITOS

Os princípios constitucionais são normas, explícitas ou implícitas, que determinam as diretrizes fundamentais da Lei Fundamental, bem como influenciam em toda a sua interpretação e aplicação. Distinguem-se, basicamente, em princípios positivos (explícitos) e implícitos (inexpressos).

⁸ <http://www.sinonimos.com.br/principios/> />. Acesso em: 16 de nov. 2015.

⁹ Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 10ª Ed. Atualizada e Ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Para o presente estudo, interessa a fixação da premissa de que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que expressamente dispôs alguns princípios, também atuou como fonte de inspiração de diversos outros princípios, ditos implícitos, em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, a concepção de princípios, enquanto normas constitucionais, considera tanto os princípios assentados no texto da própria Magna Carta, quanto os princípios constitucionais implícitos.¹⁰

Os princípios constitucionais explícitos são aqueles presentes no artigo 37, da Constituição Federal, de maneira expressa. Assim, são eles: o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência.

Referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade vem definido no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, quando nele se faz declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹¹

O princípio da impessoalidade insere-se por inteiro no âmbito do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, bem como no próprio princípio da finalidade.

Perfilhando este entendimento, sustenta Mello (1981, p.68):

No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Quanto ao princípio da moralidade Cardozo (1999, p.158) fornece uma definição desse princípio, hoje agasalhado na órbita jurídico-constitucional:

Entende-se por princípio da moralidade, a nosso ver, aquele que determina que os atos da Administração Pública devam estar inteiramente conformados aos padrões éticos dominantes na

¹⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais*. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000. p. 426.

¹¹ BRASIL. Artigo 5º Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

sociedade para a gestão dos bens e interesses públicos, sob pena de invalidade jurídica.

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Acolhendo esse entendimento, Cardozo (1999, p.159) define este princípio:

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

O princípio da eficiência, outrora implícito em nosso sistema constitucional, tornou-se expresso no *caput* do artigo 37, em virtude de alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19.

É evidente que um sistema balizado pelos princípios da moralidade de um lado, e da eficiência, de outro, não poderia admitir a ineficiência administrativa. Bem por isso, a Emenda nº 19, no ponto, não trouxe alterações no regime constitucional da Administração Pública, mas, como dito, só explicitou um comando até então implícito.¹²

Discorrendo sobre tema, sumaria Meirelles (1996, p.90):

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Além de outros princípios expressos em artigos distintos, há também princípios implícitos, obtidos através do exame lógico do sistema constitucional, como decorrência dos demais princípios.

O princípio da segurança jurídica significa que não pode haver surpresas passíveis de desestabilizar as relações sociais. O princípio da supremacia do

¹² Farias, Demerval, Princípios Penais Constitucionais Implícitos e Explícitos - SaberDireito, 2009.

interesse público, diz que os interesses da coletividade têm prevalência sobre os interesses particulares. O princípio da razoabilidade, o qual dispõe que devem ser guiados na tomada de decisões, um padrão socialmente aceito de conduta. Por fim, o princípio da proporcionalidade, o qual será tratado no presente trabalho, dispõe que as decisões e aplicação das penas devem ser proporcionais entre os meios e fins.¹³

1.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS EXPLÍCITOS

1.5.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

O princípio da legalidade é uma limitação do poder de punir do Estado, decorrente de uma luta contra abusos ocorridos de forma recorrente no passado, sendo hoje um princípio fundamental no Direito Penal.

O Direito Penal deve ser aplicado como *ultima ratio*, sendo que por tal motivo se fez necessário a criação do princípio da legalidade impondo limites a intervenção estatal, a fim de evitar arbitrariedade e excessos antes cometidos. A legalidade não admite desvios e exceções, posto que a elaboração de normas incriminadoras decorrem da lei. Assim nenhum fato pode ser considerado crime senão decorrer da lei.¹⁴

A Constituição Federal define tal vedação em seu artigo 5º, inciso XXXIX, o qual determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da reserva legal significa que a lei deverá definir o fato típico e a pena respectiva, devendo os fatos típicos serem regulados por meio de lei formal.

¹³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, vol. I*. 24ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2003. p.78.

¹⁴ SILVA, Davi André Costa, *Compêndio de Direito Penal*, Porto Alegre, Editora Sapiens, 2010.

1.5.2 Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto de forma explícita na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito por ser um princípio fundamental. Sendo ele a base de todos os demais princípios.

A doutrina diverge quanto a Dignidade da Pessoa Humana ser um princípio, defendendo a idéia de que seria uma meta a ser alcançada no Estado Democrática de Direito.¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana garante a defesa dos direitos fundamentais inerentes ao homem, zelando para que sua dignidade não seja violada, protegendo o homem de possíveis abusos por parte do Estado, limitando o poder do Estado.

1.5.3 Princípio da Anterioridade

O princípio da anterioridade encontra previsão no artigo 1º do Código Penal, o qual dispõe “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Assim, uma lei penal incriminadora só poderá aplicada, se a norma que tipifica a conduta tiver sido elaborada antes da prática do crime.

O princípio da anterioridade caminha junto com o princípio da legalidade, não podendo este existir sem a observância da anterioridade. Dessa forma, resta claro que a punição tem que ser após a lei incriminadora, a punição tem que ser futura, jamais poderá ser retroatividade.

O princípio da anterioridade é conhecido pelo brocardo latino (criação de Feurbach) “*nullun crimem, nulla poena sine lege praevia*”.

1.5.4 Princípio da Retroatividade da lei mais benéfica

O princípio da retroatividade da lei mais benéfica está previsto nos artigos 5º da Constituição Federal, inciso XL e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal, os

¹⁵ Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 10ª Ed. Atualizada e Ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

quais dispõem que as leis penais que forem mais benéficas aos agentes, podem retroagir para favorece-los, inclusive se o fato já tenha sido decidido por sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

De regra, a Lei Penal não irá retroagir. Todavia, se houver a elaboração de uma lei que seja mais benéfica ao Réu, ele será beneficiado pela essa nova lei.

Vale destacar, o instituto da “abolitio criminis” que ocorre quando o fato ilícito deixa de ser considerado crime, em razão de lei posterior, não podendo o Réu permanecer preso por um fato que não é mais considerado crime. Destaca-se que os efeitos civis ainda permanecem.¹⁶

1.5.5 Princípio da Personalidade ou Responsabilidade Pessoal

O princípio da personalidade ou responsabilidade pessoal impõe que a punição de caráter penal não poderá ultrapassar a pessoa do réu, cabendo apenas contra ele aplicar as sanções decorrentes de sua conduta criminosa.

Assim, esse princípio garante a segurança da sociedade, visto que ninguém poderá ser responsabilizado por crimes de terceiros.

Este é um princípio explícito encontrando sua previsão na Constituição Federal, artigo 5º, XLV: “*Nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”.

Entretanto, este princípio não alcança a indenização civil e o confisco de produto do crime, os quais poderão ser cobrados da família e herdeiros, por exemplo.

1.5.6 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena possibilita que para cada agente deverá ser feita a dosimetria da pena na exata medida de sua culpabilidade na infração cometida.

A previsão do princípio da individualização da pena está consubstanciada no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal:

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, PG, vol. I*. 6ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2000. p.110.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Portanto, a pena deve seguir os moldes encontrados na lei, não devendo ser padronizada, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada agente com o fato praticado. Sendo, para cada réu deverá ser aplicada a pena exata que lhe cabe.

1.5.7 Princípio da Humanidade

O princípio da Humanidade está previsto no artigo 5º, incisos III, XLVI, XLVII e XLIX da Constituição Federal, sendo que decorre também da Declaração dos Direitos do Homem - ONU (1948), do Pacto de San José da Costa Rica.

Este princípio dispõe que não poderá haver penas de morte (exceção: quanto aos períodos de guerra declarada, previstos pelo Código Penal Militar), penas cruéis, de caráter perpétuo, de banimento e de trabalhos forçados.

É vedado o tratado desumano em face do condenado, devendo este ser tratado com respeito as suas garantias fundamentais, dignidade, vedado qualquer tipo de pena de castigos corporais e psicológicos.¹⁷

Todavia, na prática este princípio não vem sendo respeitado, bem como em algumas situações não tem sido possível o cumprimento da Lei de Execuções Penais, como por exemplo, a possibilidade de prisão domiciliar na falta de albergue para cumprimento da sua pena no regime semi-aberto, em respeito ao Informativo nº 512 do STF- *“Não pode o Estado impor regime prisional mais rigoroso do que a pena permite”*.¹⁸¹⁹

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. II, PE*. 2ª Ed. Impetus: Rio de Janeiro. 2006. p.26.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 111.

¹⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. *Controle de Legalidade na Execução Penal*. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988. p.18.

1.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS IMPLÍCITOS

1.6.1 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima é um princípio implícito também conhecido como da subsidiariedade ou da fragmentariedade. De acordo com a subsidiariedade o direito penal só deverá ser utilizado quando não houver encontrado solução nos outros ramos do Direito, devendo ser utilizado como última alternativa, visto o seu caráter de “*ultima ratio*”.

O Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária com relação aos outros ramos do Direito, os quais devem ser primeiramente utilizados como forma de solucionar lides, devendo a sanção penal ser evitada, inclusive devem ser evitadas a tipificação de condutas insignificantes que venham a ferir a Dignidade Humana.

Na visão da Fragmentariedade o direito Penal deve tutelar apenas os bens jurídicos mais relevantes que causem verdadeira lesão, ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, aquelas verdadeiramente lesivas a vida em sociedade, por conta da intervenção mínima estatal.²⁰

O princípio da intervenção mínima é constantemente utilizado em julgados do STF e do STJ para a aplicação do Princípio da Insignificância.

1.6.2 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade veio para garantir proteção ao indivíduo contra possíveis excessos do Estado, pois o sistema penal dispõe que a culpabilidade das condutas são estabelecidas com base em sua responsabilidade subjetiva, o dolo e a culpa, e em alguns casos a responsabilidade objetiva, devendo estarem presentes para poder ser aplicada uma punição contra o agente.²¹

A responsabilidade subjetiva tem previsão no artigo 18 do Código Penal “*Ninguém poderá ser punido se não houver agido com dolo ou culpa. Assim, ninguém poderá ser punido se não agir com dolo, salvo se houver previsão expressa*

²⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 133.

²¹ COPPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. 1ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2000. p. 112.

em lei. De regra só se pune aquele que agiu com dolo, a condenação por crime culposo é exceção e só cabe quando prevista em lei.

A responsabilidade penal objetiva só poderá ser aplicada em casos extremos e com previsão legal, inadmitindo a aplicação em outros casos.

1.6.3 Princípio da Taxatividade

O princípio da taxatividade dispõe que as leis Penais devem ser claras, precisas e bem elaboradas de forma que a sociedade a qual se destinam as leis, possam compreendê-las, não sendo permitido dúvidas quando da elaboração. É vedada a elaboração de lei vaga e imprecisa.

Este princípio assegura a aplicação do princípio da legalidade.

1.6.4 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade também conhecido como princípio da proibição do excesso, embora não tenha previsão constitucional, está previsto nos fundamentos da Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, cujo objetivo é a garantia que a dignidade da pessoa humana seja respeitada.²²

Assim, quando da aplicação da pena deve ser verificado pelo Juiz se ela é adequada, para a gravidade da infração penal, devendo a quantidade da pena ser estabelecida de forma proporcional à gravidade do delito cometido. Este princípio veda os exageros, excessos, assim como a generosidade da pena, ela deve ser proporcional.²³

O princípio da proporcionalidade se dividi em três pilares básicos: adequação entre meio e fim, adoção de medida menos onerosa e relação custo-benefício.

O provérbio do jurista Jellinek ilustra de forma correta a interpretação de tal princípio “*Não se abatem pardais disparando canhões*”.²⁴

²² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Cit., pp. 95 e ss. Nota-se que o Autor considera que o princípio da proporcionalidade, na verdade, é “*regra da proporcionalidade*”, sendo, por conseguinte, formado por suas três “*sub-regras*”: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Isto se dá, segundo o autor, porque a regra da proporcionalidade e suas três sub-regras formadoras são aplicadas através da *subsunção*, ou melhor, “de forma constante e sem variações”.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 31/32

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Cit., p. 115.

1.6.5 Princípio da Vedação da Punição pelo mesmo Fato/ “*Ne Bis In Idem*”

O princípio da vedação da punição pelo mesmo fato também conhecido como “*ne bis in idem*”, significa que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela mesma infração penal.

É a vedação de dupla incriminação ao agente, o qual tem fundamento no artigo 8.º, 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “*O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”.

1.6.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana protege as garantias, direitos e deveres fundamentais inerentes ao indivíduo, vedando todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a uma vida digna, garantindo o bem estar da sociedade.

A dignidade da pessoa humana é a base do sistema penal. O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade do homem é o alicerce desse sistema e, por isso, também seu fundamento máximo.

1.6.7 Princípio da Lesividade ou ofensividade

O princípio da ofensividade ou lesividade estabelece que somente podem ser incriminadas as condutas lesivas à bem jurídicos determinados. Assim, deve o Direito Penal tutelar apenas condutas graves e ofensivas a bem jurídicos relevantes evitando-se a excessiva invasão dos direitos individuais inerentes a cada indivíduo.

Dessa forma, a lei penal, não é somente a lei formal que descreve um fato como infração penal, devendo a lei obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem lesam e ofendem a sociedade.²⁵

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, pp. 224-5.

Portanto, o Direito Penal não deve ser utilizado como instrumento simbólico (*prima ratio*). Para que qualquer fato seja legitimado adequadamente, é imprescindível a observação de três aspectos: o merecimento da tutela penal, ou seja, algo intolerável para a sociedade; carência da tutela penal, analisar a efetiva necessidade e por fim, a adequação da tutela penal.

1.7 A DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS

Para melhor compreender a dogmática das restrições a direitos fundamentais, deve-se primeiramente estabelecer as diferenças entre princípios, normas e regras. Para tanto, propõe-se estabelecer o fundamento da compreensão dogmática do direito constitucional português, na visão de Canotilho (1998, p.1123) cujo entendimento é de que o sistema jurídico é “um sistema normativo aberto de regras e princípios”.²⁶

Quanto à distinção entre princípios e regras, Canotilho (1988, p. 1124) propõe diversos critérios a serem utilizados:

Quanto ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.

Para facilitar a distinção entre princípios e regras, é necessário diferenciar princípios jurídicos e princípios hermenêuticos. Os princípios hermenêuticos exercem uma função argumentativa, auxiliando no desenvolvimento, integração e complementação do direito, ao expressar. Cabe esclarecer, que os princípios que Canotilho procura distinguir das regras são os jurídicos, verdadeiras normas, e não apenas fornecedores de subsídios interpretativos.

Segundo Canotilho (1998, p. 1125):

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, pp. 237-9.

Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, passados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem -, enquanto a das regras é antinômicas – excluem-se.

Conclui-se, portanto, que no sistema normativo as normas são gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. Para a distinção entre as espécies de normas há vários critérios, o que não significa que seja fácil tal tarefa.

Resta claro, que um sistema não pode ser formado exclusivamente por regras, nem unicamente por princípios. No primeiro caso, pretendendo prever todas as situações, a eficiência prática seria limitada. No segundo caso, a indeterminação, a imprecisão poderia tornar o sistema muito complexo, e falível do ponto de vista da segurança jurídica.²⁷

Por essa razão, apresenta-se o sistema aberto, formado por regras e princípios, como a forma mais equilibrada na constituição de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

Essa distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

1.7.1 O princípio da isonomia

Cumprido ressaltar, que apesar deste princípio não ser o foco do presente trabalho, não há como fazer a análise do princípio da proporcionalidade, sem antes trazer à baila o princípio da isonomia.

Embora, o princípio da isonomia não tenha conteúdo exclusivamente penal, ele alcança todo o ordenamento jurídico, inclusive quanto aplicação da pena, uma vez que limita o poder punitivo do Estado no tocante a criação de leis gerais, dirigidas aos cidadãos.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 398.

O princípio da isonomia está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, senão vejamos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Mas, existem duas vertentes para a igualdade, conforme a Constituição Federal: igualdade formal e material. A igualdade acima é a chamada igualdade formal, a qual veta que os legisladores criem ou editem leis que a violem. A igualdade material é a qual todas as pessoas recebem um tratamento igual ou desigual, levando-se em conta a situação, posto que os iguais devem ser tratados de forma igualitária e os desiguais de forma diferenciada, de acordo com sua desigualdade.

O princípio da isonomia limita o legislador, uma vez que não será possível criar outras leis que violem o princípio da igualdade, devendo a lei ser aplicada de acordo com o princípio, bem como limita o indivíduo, o qual não poderá apresentar condutas contrárias a igualdade, ou seja, realizar atos preconceituosos, racistas ou discriminatórios.²⁸

Assim, nota-se que o princípio da igualdade é de suma importância, uma vez que garante o tratamento igualitário de acordo com a lei. É o pilar, a base de qualquer Estado Democrático de Direito, o qual fornece aos que ainda não conseguiram usufruir de seus direitos mais básicos e fundamentais, não apenas para viver e sim para ter uma vida digna.

O princípio da igualdade vincula o legislador à obrigação de criar um direito igual a todos, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais, na medida de sua desigualdade. Essa conduta, chama-se de proporcionalidade.

Este é o entendimento do doutrinador Ruy Barbosa baseando-se na lição de Aristóteles:

“a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 399.

desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem”⁶.

Existem também algumas situações específicas na Constituição Federal, em que o princípio está inserido de forma implícita, na qual, podemos citar: o artigo 4º, inciso VIII - igualdade racial; artigo 5º, inciso VIII - igualdade de credo religioso; artigo 5º, inciso XXXVIII - igualdade jurisdicional; artigo 7º, inciso XXXII - igualdade trabalhista; artigo 150, inciso III - igualdade tributária, dentre outros.

Ante o exposto, percebe-se que a isonomia deve ser aplicada não só perante a lei, como também perante a justiça e o Direito, possibilitando as pessoas oportunidade de viver em condições dignas.

1.8 CONCEITO DE PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Após, uma breve introdução, na qual fora feita uma análise dos princípios constitucionais, distinção de normas, regras e princípios, princípio da isonomia, finalmente chegou-se ao princípio da proporcionalidade, o qual será estudado na presente monografia, utilizando-o como critério de aplicação da pena.

De acordo com cada país existe uma expressão diferente para o princípio da proporcionalidade, variando de acordo com sua origem. Os americanos utilizam a expressão razoabilidade e os alemães proporcionalidade ou proibição do excesso.

Dentre os princípios que iluminam nossa Carta Magna, o que a cada dia ganha mais destaque é o princípio da proporcionalidade, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo que esta expressão foi utilizada pela primeira vez em sede de controle de constitucionalidade no ano de 1993.²⁹

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema informativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. De outro lado, o princípio em questão também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para aplicação da pena.

²⁹ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 124 e ss.

O princípio da proporcionalidade tornou-se um dos mais importantes na esfera do direito penal, pois ele garante que na ocorrência de colisão de direitos fundamentais, um não elimine o outro e sim seja analisado o caso concreto, verificando qual será o mais adequado e proporcional.

No direito penal, utilizar o princípio da proporcionalidade significa que em todas as situações em que seja necessário aplicar a pena, deve ser analisado verificando a proporção da sanção penal e gravidade do fato cometido, de modo a garantir a justiça e dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade é a adequação e o equilíbrio, a ser utilizado pelo legislador e como critério de aplicação da pena, para que a sanção penal correspondente a infração cometida, seja proporcional e não além, acima do dano causado.

1.9 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina não é pacífica quanto à origem do princípio da proporcionalidade, visto que alguns doutrinadores indicam como o primórdio o jusnaturalismo, momento histórico em que determinou-se quais são os direitos inerentes ao homem, os quais devem ser respeitados, não podendo sofrer restrições, o que só será possível quando proporcionais ao fim visado pelo Estado em face do bem comum a todos.

Outros entendem que somente com o Iluminismo é que se definiu os direitos do indivíduo perante o Estado, uma vez que surgiu nesse momento as primeiras ideias de igualdade e liberdade, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais, a qual predominou durante Estado Absolutista e assim deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel, como antes era utilizado.³⁰

Há os doutrinadores que defendem que o Código de Hamurabi, foi quem trouxe a primeira ideia de proporcionalidade, na lei de talião, a qual pregava “*olho por olho, dente por dente*”, estabelecendo a proporção a pena a ser imposta a quem cometia uma infração penal.

Basicamente, podemos citar que as primeiras noções de proporcionalidade surgiram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 15, pois nela era exigido que se observasse a proporcionalidade entre a

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Cit., p. 98.

gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, *in literis*: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

Todavia, o princípio da proporcionalidade somente adquiriu um fundamento dogmático mais claro e preciso em meados do século XX. No pós-guerra, o princípio se desenvolveu amplamente, graças a jurisprudência e doutrina alemã que o elevou ao status de princípio constitucional.

Irônico ou não, mas foi justamente na Alemanha onde se verificou que o princípio da legalidade em sentido estrito não bastava para proteger os direitos fundamentais dos homens contra certas arbitrariedades, pois no nazismo os abusos foram realizados sob proteção deste mesmo princípio.

Essa concepção alemã serviu como exemplo para inúmeros países, inclusive para aqueles que optaram pelo Estado Democrático de Direito e que buscam sobretudo uma igualdade material, preservação da liberdade e realização da justiça, sendo que isso só será possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto porque, assim como a justiça, o princípio defende o equilíbrio, a moderação, a ponderação, a medida certa, sendo, portanto, um princípio fundamentalmente ético.

O princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos, dos quais podemos citar os mais importantes: a exigência da individualização da pena (art.5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Contudo, exige-se moderação para infrações de menor potencial ofensivo, conforme previsto no art. 98, I, bem como vastamente destacado pelo doutrinador Fernando Capez.

Em 1993 o Supremo Tribunal Federal utilizou pela primeira vez de forma explícita, o termo “princípio da proporcionalidade”, no julgamento da ADIN N-855-2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

1.10 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO DE VALORES – UM ADEQUADO ENTENDIMENTO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy, doutrinador alemão que acompanhou de perto a superação do positivismo pela jurisprudência dos valores em seu país, não apenas contribuiu para o desenvolvimento destas ideias, como propôs algumas inovações, inaugurando

assim, a ponderação de valores, fortemente ligada ao “princípio da proporcionalidade”.

Alexy, em momento algum propõe a realização de hierarquização ou supremacia de valores constitucionais fundamentais de maneira abstrata e desconectada do caso concreto. O autor defende que os valores presentes nos direitos fundamentais, não permitem uma homogeneização de respostas em decorrência de uma pré-determinação de valores por parte do Poder Judiciário.

Nota-se, que ele estava ciente da necessidade de procurar concretizar uma superação positivista, estando em conjunto com o contexto do pós-guerra. Alexy, reconheceu os princípios jurídicos como detentores de um caráter deontológico (dever-ser), e assim obrigacional e cogente, tal qual as normas positivadas.

Segundo Alexy (1997, p.66;83):

De acuerdo com las definiciones provisórias que se acaban de formular, normas de derecho fundamental son sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (disposiciones de derecho fundamental). Cabe preguntar si esta definición no es demasiado estrecha [...] tanto las reglas como los principios son normas porque porque ambos dicen lo que debe ser.³¹

Ainda, para Alexy, segundo Novelino (2009, p.189):

Acabou a concepção de que aos magistrados cabe, unicamente, a aplicação fria e distante das regras ou princípios. Ele dirige às partes o importante papel de desenvolver uma argumentação dialógica, um debate de fundamentações jurídicas que irá colaborar na construção do significado das normas que serão aplicadas em seu caso concreto.

O autor alemão se preocupava largamente com a possibilidade de se perder à discricionariedade magistrada, por meio da ausência de rigor metodológico. Por isso mesmo, acompanhando suas posições argumentativas é possível indicar uma subdivisão do princípio da proporcionalidade para abarcar três outros sub-princípios ou máximas, a serem seguidos de forma necessária e subsequente para a correta utilização da ponderação de valores.

Tradução livre “De acordo com a definição provisória feito apenas, normas de direitos fundamentais são apenas aquelas que são expressas diretamente pelas declarações do LF (disposição de direito fundamental). Uma pergunta não quer essa definição está muito perto [...] tanto as normas são princípios, porque ambos dizem que as regras deveriam ser”.

Em um primeiro momento estaria a **adequação**, que implica na possibilidade de o meio escolhido ser capaz de alcançar os fins a que se propõe. A segunda máxima é a **necessidade**, significando a verificação se há ou não algum outro meio menos gravoso para se alcançar o desiderato proposto, ou ainda, se a utilização dos meios indicados não caem em abusos nocivos, sob o álibi de alcançar uma finalidade jurídica. A terceira máxima estaria na **proporcionalidade em estrito senso**, uma avaliação custo/benefício acerca da relação de preponderância e sacrifício, satisfação e restrição que um direito fundamental teria frente a outro em conflito.

A proporcionalidade estrito senso, na visão de Alexy (1997, p.112), seria a própria regra de otimização que marca os princípios e os direitos fundamentais:

Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación em el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que cuando entran em colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero esto significa que la máxima de la proporcionalidade em sentido estrito es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.³²

O que mais importa acerca da teoria alexyana diz respeito às colisões de direitos fundamentais e como as resolver.

Para Alexy, os princípios contraditórios podem coexistir, pois apesar de deterem um caráter deontológico, seriam mandados de otimização, diretrizes que devem ser cumpridas tanto quanto possível. Entretanto, por serem conflitantes a maior aplicação de um culminará, inexoravelmente, na menor incidência do outro.

Cumprir frisar que nenhum deles estaria excluído, pois os princípios, na visão alexyana, não funcionam no modelo “tudo ou nada”, mas sim na maior medida possível sob o pálio do princípio da proporcionalidade. Este é o cerne da ponderação de valores alexyana, aplicada aos direitos fundamentais inerentes ao homem.

³² Como a aplicação de princípios sólidos, quando aplicável, é ordenado e à aplicação em é necessária a ponderação colisão uam, o caráter de princípio de normas iusfundamentales significa que, quando em colisão vêm com princípios opostos, é ordenado Uma ponderação. Mas Isto É significa que o sentido máximo de proporcionalidade em estrito princípio é dedutível caráter das normas de direitos fundamentais.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO DIREITO PENAL

2.1 O BEM JURÍDICO

Bem jurídico é tudo aquilo que proporciona ao indivíduo satisfação e que pode ser objeto do Direito. Assim como, qualquer relação jurídica entre duas pessoas tem por objeto um bem sobre o qual recaem direitos e obrigações.³³

No Direito Penal, bem jurídico se refere a valores a determinada coisa que para a sociedade tem grande relevância e devem ser protegidos pelo Estado, os quais servem de alicerce material para tipificar os tipos penais e respectivas penas, tais como, o direito a liberdade e a vida.

Assim, temos que os bens jurídicos servem como suporte para que o legislador estabeleça os crimes que hoje estão previstos no Código Penal ou até mesmo venha criar novos tipos penais.

Roxin (2006, p.18-19), assinala sobre o tema bem jurídico *in literis*:

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Por proêmio, destaca-se que bens jurídicos trazem a ideia de algo indispensável, o qual, consoante lição de Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 232),

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.

O bem existencial só alcança o status de bem jurídico quando o Direito reconhece a importância deste bem para o ser humano, ou seja, o Direito modifica a

³³ Dias, Jorge de Figueiredo (2007). : Coimbra Editora. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I* | 2ª ed. [S.l.: s.n.] Consult. 2013-04-30.

situação do bem para bem jurídico quando verifica a relevância deste para a sociedade.

Conforme explicita a lição de Bittencourt (2010, p. 38), "[...] bens jurídicos são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social. [...] A soma dos bens jurídicos constitui, afinal, a ordem social".

Desde o tempo da Grécia antiga, já se falava em "bem". O filósofo Aristóteles, idealizava diversos significados para o termo, concluindo que "*Bem é aquilo que todas as coisas visam. [...] o bem supremo é evidentemente final [...] e chamamos de absolutamente final aquilo que é sempre desejável em si [...]*".³⁴

A principal função do bem jurídico é trazer limites ao direito de punir do Estado, pois o legislador não pode estabelecer uma tipificação de crime, nessa forma mais drástica que afeta a vida e a liberdade do indivíduo, para uma conduta que não coloque em risco o bem jurídico relevante à sociedade.

Ao discorrer sobre o bem jurídico-penal, assevera Luis Regis Prado que:

[...] vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito (In: Curso de direito penal brasileiro. v. I: parte geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 266-267)

A lei é o pressuposto para a intervenção penal, tendo sido criada com o fito de limitar os poderes do legislador, para que assim não fossem consagradas arbitrariedades, abuso de poder, punições sem qualquer fundamento. Dessa maneira, a lei traz os limites para intervenção estatal penal, existindo também outros critérios para atuação do legislador, dos quais não poderá se distanciar.

Neste sentido, Alice Bianchini, assevera que:

[...] além do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, seriam pressupostos materiais mínimos da tutela penal: (i) o princípio da necessidade; (ii) o princípio da ofensividade. (In: Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29).

³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. Ed. Tradução de Mário da Gama kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 23.

Logo, os bens jurídicos necessitam de proteção do Estado, a vista do interesse e exigência da sociedade que os tem como essenciais, porém não são todos que merecem tutela penal, apenas os bens jurídicos penais, que recebem uma valoração pelo Direito e passa a ter proteção jurídica. No momento em que ocorre essa proteção e por consequência surge uma norma penal, a lei estabelece tipo penais incriminadores e indica a cominação da sanção penal.

2.2 NORMAS PENAIS

Conforme fora estudado no primeiro capítulo da presente monografia, o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que tem a função de proteger os bens jurídicos. Todavia, se faz necessário estudar como as normas jurídicas penais se estruturam e quais os fatores determinantes de uso do legislador penal para enunciar as normas previstas no Código Penal.

A doutrina estabelece uma distinção entre norma primária e norma secundária. Tem-se por norma primária são aquelas que se dirigem aos cidadãos impondo vedações de cometer delitos. E as normas secundárias são aquelas dirigidas ao magistrado, determinando quais as sanções penais a serem aplicadas para aqueles que cometem ilícitos.

A doutrina majoritária utiliza a expressão normas jurídicas, muito embora tenha pertinência da distinção do ministro EROS GRAU, para quem:

“O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” (In: Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23).

A lei penal pode ter norma proibitiva ou mandamental, explicativa ou permissiva, ou seja, as normas contidas no Código Penal não são somente normas incriminadoras, uma vez que existem normas que tem o caráter de permitir, explicar ou complementar as normas incriminadoras. Essa concepção traz uma harmonia ao Direito Penal.

As normas penais incriminadoras são as que definem as infrações penais de forma expressa e específica a pena para cada infração, proibindo por meio da previsão dos crimes comissivos e impondo por meio de crimes omissivos. À vista disso, são consideradas pelos doutrinadores de normas em sentido estrito.³⁵

As normas penais compõem-se de dois preceitos: preceito primário, que descreve de forma clara, precisa e objetiva, a infração penal, comissiva ou omissiva; preceito secundário, expõe a pena abstrata e individualizada. Podemos citar o artigo 121 do Código Penal: “**Art. 121.** Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. O preceito primário está na proibição “matar alguém” e o preceito secundário em “Pena – reclusão, de seis a vinte anos”.

Assim, quem comete a conduta tipificada no preceito primário sofrerá a punição prevista no conceito secundário.

As normas penais não incriminadoras estabelecem quais regras devem ser seguidas para interpretar e aplicar as normas penais, repercutindo tanto na delimitação da infração penal como na determinação da pena correspondente. Nota-se que as normas penais não incriminadoras são garantias a sociedade, pois estabelece uma proporcionalidade, uma medida para o poder de punir do Estado. As normas penais não incriminadoras se subdividem em: complementares, explicativas e permissivas.

As normas penais explicativas e complementares são aquelas que esclarecem ou limitam as normas penais incriminadoras previstas no Código Penal, podendo estar presente no preceito primário ou na determinação da punição para aquela infração, no preceito secundário.

As normas permissivas são opostas as normas incriminadoras em seu preceito primário, uma vez que autorizam determinada conduta que em abstrato é proibida.³⁶ Entretanto, as normas permissivas não revogam o crime previsto no preceito primário da norma incriminadora, apenas estabelece exceções aplicáveis em casos que apesar de serem infrações penais, não há uma valoração da conduta praticada e o ordenamento jurídico.

³⁵ Rogério Greco, *Direito Penal*; lições, 2ª ed., Belo horizonte, Impetus, 2000, p.32.

³⁶ Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, cit., p.526.

Portanto, as normas permissivas expressam um juízo de valor acerca da antijuridicidade da conduta, para justificar a sua permissão tornando o fato típico e justificável, diferente da norma penal incriminadora no qual temos um fato típico e antijurídico. Deste modo, por exemplo, no crime previsto no artigo 31 do Código Penal, para que a conduta do partícipe seja punível, o crime tem que ser pelo menos tentado, senão não teremos fato punível.

As normas penais existentes no Código não têm como finalidade única e exclusiva punir aqueles que praticam as condutas descritas nos chamados tipos penais incriminadores. Restou demonstrado, que existem normas que, ao invés de conterem proibições ou mandamentos os quais, se infringidos, levarão à punição do agente, possuem um conteúdo explicativo, ou mesmo têm a finalidade de excluir o crime ou isentar o réu de pena, são as chamadas normas penais incriminadoras permissivas.

2.2.1 NORMAS PENAS INCRIMINADORAS E NÃO INCRIMINADORAS

O Direito Penal dispõe que normas incriminadoras são aquelas condutas consideradas ilícitas, com sua sanção respectiva, sendo que o legislador não irá expressamente inserir normas do tipo “é proibido matar alguém”, mas dispõe que aquele que matar alguém terá aplicado a cominação descrita no preceito secundário, sendo retirada sua liberdade de ir e vir.

Quando o Direito Penal prevê as condutas contrárias ao esperado pela ordem jurídica, elabora a norma penal com os preceitos primário e secundário, ou seja, o ato proibido e a respectiva sanção, com as condições para cumprimento da punição, bem como os limites para sua aplicação.³⁷

Entretanto, ao estabelecer as normas penais não incriminadoras, que não prescrevem as condutas puníveis e sim as exceções permitidas, não estabelece da mesma forma. Nessa seara, o Direito Penal irá apresentar uma hipótese jurídica, de modo que o legislador possa extrair a respectiva norma, podendo esta ser permissiva, explicativa e complementar.³⁸

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 70

³⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 296.

Ademais, as normas penais não incriminadoras permissivas podem ser classificadas como: justificantes, a qual afasta a ilicitude da conduta do agente, por exemplo, artigo 23, 24 e 25 do Código Penal; exculpantes, a qual elimina a culpabilidade isentando o agente da pena, por exemplo, artigo 26 “caput” e 28 do Código Penal.

Assim, aplicando essas normas em casos práticos, seguem os exemplos:

Artigo 121. Matar alguém (**norma primária**)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos (**norma secundária**)

b) Normas penais não incriminadoras: Possuem tais finalidades, como:

- 1) Tornar lícitas determinadas condutas;
- 2) Afastar a culpabilidade do agente, como no caso de isenção de penas;
- 3) Esclarecer determinados conceitos;
- 4) Fornecer princípios penais para a aplicação da lei penal.

Logo, pode-se afirmar que as normas penais tem por fito, punir determinadas condutas previstas no Código Penal, mas respeitando os princípios da legalidade e a proporcionalidade, entre a conduta do agente e a cominação da sanção penal. Por tal motivo, que as normas penais podem ser incriminadoras ou não incriminadoras, conforme previsão legal.

2.2.2 NORMAS PENAS EM BRANCO E TIPOS ABERTOS

A maioria das normas incriminadoras estabelecem as condutas típicas e informa a sanção respectiva para essa conduta, podendo e razão disso ser aplicada sem que seja necessário a complementação por outras normas. Contudo, existem normas incompletas, imprecisas, as quais precisam de outras normas para complementá-las, estas normas recebem o nome de normas penais em branco.³⁹

Trata-se de uma norma vaga, indefinida, inexata, que precisa de outra norma jurídica como o decreto, portaria, lei, regulamento, dentre outras, para concluir a

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

definição da conduta proibida. A falta da norma complementar incorrerá na descrição típica em aberto, uma vez que ficará impossível concluir qual é a conduta proibida.⁴⁰

A norma complementar da norma penal em branco integra o próprio tipo penal, que antes estava incompreensível.

Podemos encontrar um exemplo perfeito de norma penal em branco no artigo 268 do Código Penal, o qual dispõe “*infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*”. Dito isso, nota-se que sem destacar quais as determinações dos Poderes Públicos em matéria de prevenção de doenças contagiosas.

As normas penais em branco são *lex imperfectas (Binding)*, uma vez que descrevem apenas a sanção, pois o preceito é indeterminado, sempre referindo-se a outra disposição legal para a sua complementação.

Os tipos abertos por sua vez dão margem de liberdade ao Juiz, dando espaço para que este decida dentre desse espaço, qual a melhor decisão para aquele caso concreto. Portanto, o complemento nos tipos abertos é feito por meio de um juízo de valor do magistrado.

A diferença do tipo aberto para norma penal em branco é como ser completado a norma, no primeiro caso será feito pelo juiz (valoração) e no segundo, a norma penal em branco é feita a partir de outras disposições. Assim, o intérprete para concretizar a norma precisará recorrer a estas para concretizar a norma, em virtude da inexatidão do conteúdo do tipo.

De acordo com Zaffaroni e Pierangelli (2010, p.452):

A Lei Formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá validade e vigência até que a lei que a completa seja sancionada.⁴¹

Dessa forma, quando tiver um caso de norma penal em branco, o Ministério Público quando for oferecer a denúncia deverá identificar qual a lei complementar que irá satisfazer a elementar exigida pela norma incriminadora, devendo constar ainda uma narrativa fática que veda aquela conduta.

⁴⁰ Rogério Greco, ob. cit. p. 24-26

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.452.

Com efeito, a norma penal deve ser concebida como norma de valoração, por ter esse juízo de valor a ser feito pelo intérprete (Juiz), acerca do que é justo ou não, sendo que essa valoração está ligada a função da pena que é a proteção de bens jurídicos.

2.3 DA NÃO INCRIMINAÇÃO DE CONDUTAS ÉTICA E MORAIS

Desse modo, com base no que foi visto até o momento tem-se que não poderão ser puníveis condutas que não estejam ligadas a um bem jurídico relevantes para a sociedade, em busca da harmonia, convivência pacífica de todos. Convém esclarecer que não poderá haver a criminalização de condutas que se refira apenas em valores morais ou condutas sociais, diversa do que para maioria seria o correto.

Neste sentido, vale destacar que foi recorrente na antiguidade abusos por parte do Estado na forma de intervenção penal para a imposição de valores morais, quase sempre de cunho religioso.⁴² Houveram, práticas abusivas que puniam as pessoas identificadas como “dos hereges e apóstatas”, que praticavam “blasfêmia”, “dos feiticeiros”, dentre outros. Estes são exemplos claros de incorreta utilização do poder de punir do Estado, antes ilimitado, sob prisma religiosa, totalmente incompatível com atual direito penal.⁴³

É certo que essas práticas de utilização do *ius puniendi* para defender direitos morais não ocorreram apenas nessas épocas e em outros países. Podemos citar o primeiro Código Penal brasileiro que utilizou a religião, como critério de criminalização de condutas destituídas de aptidão a afrontar os bens jurídicos relevantes.⁴⁴

O primeiro Código Penal editado pela República, no período da abolição da escravidão, não trazia possibilidades de inserção social dos escravos e continha muitos abusos contra eles. Por conseguinte, essas posturas foram remetidas para a

⁴² Também Montesquieu defendeu a idéia de proporção entre o delito e a pena, in verbis: “É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36.

legislação, com forte característica racista, na qual incriminou condutas e práticas típicas da cultura afrodescendente, tais como o candomblé e a capoeira.

Absurdamente ainda está inserido no rol de punição de práticas religiosas essa tipificação a prática de candomblé, sendo que a capoeira, ainda é vista pela sociedade como prática esportiva inerente da cultura afrodescendente, apesar de estarmos vivendo em uma democracia em que “não existe mais escravidão”, pelo menos nas formas antigamente vividas.

Nota-se que há um intuito de incriminar algo decorrente de uma cultura que supostamente é seguida pela minoria, ou seja, abusos praticados contra a cultura, moral, religião alheia, que deve ser retirada da legislação penal, uma vez que as incriminações só poderão ser decorrentes da prática de condutas que afrontem bens jurídico-penais, de cunho relevante e necessário para a harmonia na vida em sociedade.

Não somente o exemplo acima citado, existem tantos outros tipos de criminalização de valores morais, dos quais podemos destacar, o que se refere a vida sexual de pessoas adultas e capazes, destacando que não estão incluídas nesse exemplo, os menores, posto que ainda não adquiriram maturidade sexual ou pessoas que não possuem aptidão mental que as habilite à compreensão dos atos praticados.

Desse modo, é nítido que a vida sexual das pessoas não afronta nenhum bem jurídico e em nada afeta a vida da comunidade, inclusive os bens jurídicos penais. Por tal motivo, que não é punível o incesto em nosso ordenamento jurídico, por mais que para a maioria das pessoas sejam vistas como imorais essas condutas, se tratam-se de pessoas maiores e capazes, não há que se falar em lesão a bem jurídico.

Outrossim, não poderá ser incriminado homossexualismo, por exemplo, se for uma prática consentida feita por pessoas livres e capazes, posto que em nada afetam os bens jurídico-penais.

Por tais motivos, que foi revogado o crime de adultério, por não haver nessa prática afronta relevante que justifica a intervenção estatal, embora haja um descumprimento dos deveres do casamento, pois a pessoa deve fidelidade conjugal ao cônjuge, e não à sociedade.

Com efeito, nessa linha de entendimento, seria também incorreto atribuir a práticas dos jogos de azar previsão de contravenção penal, por não violar nenhum bem jurídico. Nesse caso, há uma proteção de valores morais. Se a punição for atribuída a possibilidade de resultar em vício de quem os pratica, esta medida seria para tutelar o bem jurídico a autolesão. Assim como, suscitar o risco de o jogo conduzir pessoas à falência.⁴⁵

Ademais, com relação a proibição de porte de drogas destinadas ao consumo próprio, uma vez que esta também seria a ocorrência da autolesão, sendo que ao incriminar esta conduta estamos diante de intervenção penal decorrentes de valores morais.⁴⁶

Neste sentido, ROXIN (2014, ob. cit. p. 34-35), o penalista alemão refere-se, ainda, à incriminação de condutas que atentem contra a livre circulação da moeda, eis que imprescindível às relações sociais de viés econômico. Ainda, relata ROXIN que, na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos foi severamente punido até 1969 (ob. cit. p. 36).

2.5 A ADEQUAÇÃO REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL

Primeiramente, vale destacar que conforme exposto, para que ocorra justiça e uma correta aplicação do Direito Penal, a sanção aplicada deve atingir o resultado pretendido, pois o meio utilizado só será considerado apto quando alcançar o resultado pretendido ou pelo menos se aproxime deste resultado.⁴⁷

O Direito Penal conforme visto anteriormente, não tem função apenas de aplicar punições, como forma de coibir o indivíduo da praticar do ilícito. O Direito Penal intenta por meio de previsões dos crimes e penas respectivas, proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Para isso, deve o legislador

⁴⁵ O suicídio tentado não é crime, por conta da impossibilidade de se criminalizar a autolesão. No que tange ao suicídio consumado, sendo certo que o nosso ordenamento jurídico consagra a observância do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, esta conduta jamais poderia ser criminalizada, na medida em que a morte extingue a punibilidade do agente (*mors omnia solvit*). Nem sempre, todavia, isto ocorreu, porquanto, quando da vigência do direito penal pré-iluminista, os sucessores do suicida respondiam pelo crime de suicídio.

⁴⁶ “Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação” (ZAFFARONI, Eugênio R./PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit. p.116).

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

penal, observar a adequação da medida a ser aplicada, utilizando-se do juízo de valoração, avaliando a gravidade dos meios empregados e a possibilidade de alcançar o fim desejado.⁴⁸

A máxima das penas é a privativa de liberdade, a qual constitui a principal e mais violenta forma do Estado intervir na liberdade do indivíduo, devendo para tanto observar de forma criteriosa se esta realmente é a forma mais eficaz para proteger o bem jurídico ou se existe um meio menos gravoso de se chegar ao resultado almejado, sem que para isso tenha que agir de forma tão violenta aos direitos fundamentais do indivíduo.⁴⁹

Destaca-se que existem dois tipos de violência inerentes ao Direito Penal: a violência quando se pratica o crime e a violência estatal.

A violência estatal pode ser privativa de liberdade, restritivas de direitos ou a pena de multa, sendo que o Estado de forma legítima é o responsável em aplicá-las adequando para cada caso concreto a sua pena respectiva, respeitando os direitos e garantias fundamentais do condenado.

Adotando a idéia de adequação como subprincípio da proporcionalidade, afirma constitucionalista brasileiro Gilmar Mendes (2001, p.46):

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado' (ob. cit.).

Virgílio Afonso da Silva discorre que a doutrina brasileira identifica a adequação apenas com a ideia de aptidão para alcance do fim pretendido, porém para o doutrinador seria mais isso, a adequação pressupõe não apenas esta aptidão, mas também o fomento à realização deste fim. Em suma, um meio apenas será considerado inadequado, ou inidôneo, quando a sua utilização não possuir o condão, sequer, de fomentar a realização do fim pretendido.⁵⁰

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.

⁵⁰ Adotando por paradigma a decisão do Tribunal alemão que consagrou a idéia de proporcionalidade, afirma o constitucionalista brasileiro: "A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão.

Nesse momento, o princípio da proporcionalidade é de suma importância, no tocante a uma de suas máximas que é a adequação. Assim, caso não seja observada teremos abuso de poder do legislador.

Todavia, existem alguns casos em que não será necessário o legislador fazer essa análise, pois trata-se de situações em que o bem jurídico que foi objeto material do crime não existe mais, por exemplo, se hoje um indivíduo pratica o crime de furto, porém o crime de furto deixa de ser crime, portanto, não poderá o indivíduo ser punido.⁵¹

Nesta linha, vislumbra-se no tocante a adequação, o que deve ser valorado pelo legislador é se deve ou não o Estado intervir para tutelar no âmbito penal o bem jurídico ou se aquele bem jurídico não merece ser tutelado porque inexistente.

Ante o exposto, conclui-se que o ponto principal na adequação da pena referida ao legislador penal é a efetividade na tutela do bem jurídico penal, o qual será visto mais detalhadamente.

2.6 A NECESSIDADE REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL

O juízo trifásico da proporcionalidade segue uma ordem de: adequação, necessidade e proporcionalidade em estrito senso. Nessa concepção, para que o juiz aprecie a necessidade da tutela penal, terá que ter ultrapassado o juízo da adequação. Dizer isso é afirmar que se a intervenção estatal não for tida como adequada a tutelar o bem jurídico protegido, não há que se questionar da necessidade de sua aplicação.⁵²

Por outro lado, se for adequada a medida para tutelar o bem jurídico, deverá avaliar o juízo da necessidade, bem como se não existe um meio menos gravoso que a sanção penal, nos outros ramos do Direito para atingir o fim almejado, uma vez que o Direito Penal deve ser aplicado como *ultima ratio*.

Sob a ótica da necessidade, o meio empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização do fim pretendido. Assim, avaliar a

⁵¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

proporcionalidade objetiva para limitar a atuação estatal com o seu poder de punir, a fim de proteger os direitos inerentes ao homem, ressaltando que a necessidade implica na adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

Certamente as opções das medidas a serem aplicadas envolvem apenas as medidas adequadas, porém a avaliação da adequação é realizada antes, sem a qual não se chegaria na análise da necessidade. Dentre estas medidas adequadas, optará o legislador por aquela que menos afronte o direito fundamental, dado o elemento necessidade, sendo que essa escolha nem sempre é simples.

Portanto, pode-se valer do Direito Penal apenas quando as medidas dos outros ramos do direito, como o civil, não for eficaz e quando for realmente necessário, em razão da sanção penal ser a medida mais radical do Estado intervir na vida do indivíduo.

2.7 A AFRONTA A NECESSIDADE PENAL

Apesar de todo o entendimento do critério trifásico para aplicação da pena, ainda assim, em alguns casos o legislador não observou a necessidade, por exemplo, para aplicar a sanção.

A lei nº 3.688/41, Lei de Contravenções Penais, tem previsões que afrontam a necessidade penal, com notória inconstitucionalidade, dentre os diversos exemplos, podemos citar a tipificação da vadiagem e da mendicância, previstos respectivamente nos artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais. Estes exemplos comprovam que existe criminalização de condutas que poderiam ser resolvidas pelos outros ramos do direito, com uma outra forma de controle social.

Ferrajoli (2007, p. 427), compreendia a necessidade como:

Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. (FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 427).

Existem outros casos em que poderiam ser resolvidos na esfera administrativa, por exemplo, como os crimes de trânsito e os crimes ambientais, maior parte deles, que não constituam fato típico já previsto no Código Penal.

2.8 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO REFERIDA AO LEGISLADOR PENAL

O terceiro subprincípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, está ligada à noção de que as vantagens a serem obtidas pela adoção das medidas empregadas devem superar as suas desvantagens.⁵³

Desde os primórdio já se falava em proporcionalidade na punição de condutas penais. Montesquieu defendeu a idéia de proporção entre o delito e a pena, in verbis:

É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas (In: O espírito das leis. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 103).

Na esfera penal, o legislador penal quando for incriminar uma conduta e por consequência aplicar a sanção penal, deve utilizar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, ponderar se a pena e a quantidade desta pena não proporcionará mais desvantagens do que as vantagens que intenta proporcionar.⁵⁴

Nesse entendimento, podemos citar, um exemplo prático. Se o legislador penal elabore pena de morte para quem pratique crime de furto, incorrerá na morte de todo indivíduo que comete tal ilícito, sendo que o objetivo de coibir furto se tornará mínimo perto do ato atentatório a paz social que se pretende atingir.

Beccaria defendia que a vida é irrenunciável, argumentando e fundamentando sua opinião contra a pena de morte, ditando ser inútil e desnecessário.⁵⁵

De igual forma, Beccaria defendia a proporcionalidade referida ao legislador penal:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são

⁵³ ALEXY, 2001. p.161

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁵⁵ GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (In: Dos delitos e das penas. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37).

Resta patente, que o legislador penal não possui total discricionariedade, haja vista o princípio da reserva legal. Assim, quando uma conduta for tipificada e a pena aferida cominada para aquele desvio, o fim que se almeja deve analisar os prós e os contras, utilizando para isso a orientação do princípio da proporcionalidade para fazer essa ponderação.

Os parâmetros a serem observados pelo legislador ordinário para fixar as penas específicas para cada delito são ditados pelos princípios e garantias fundamentais, dentre eles o princípio da proporcionalidade. Além desse, temos a pena mínima fixada em lei, sendo esta um garantia ao bem jurídico que se esta tutelando e ao réu, para que a sanção necessária seja aplicada de forma proporcional a tutela.⁵⁶

Temos isso porque o réu não poderá ser condenado a cumprir uma pena superior ao patamar estabelecido em lei. De toda sorte, o *quantum* mínimos da pena é uma realidade em nosso ordenamento jurídico e a proporcionalidade em sentido estrito impõe ao legislador ponderar quando da fixação da pena, para que não ocorra excesso entre as penas mínimas e as máximas.

Diante disso, é certo que o princípio da proporcionalidade desempenha papel de suma importância e de maneira eficaz na legitimação e limitação do *ius puniendi* do Estado. Este princípio não é destinado apenas ao intérprete, julgador, o qual é responsável pela aplicação sanção penal cominada, posto que ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador seguir as orientações do princípio da proporcionalidade, caso contrário estará violando direitos e garantias fundamentais consagradas na Carta Magna de 1988.⁵⁷

⁵⁶ BONAVIDES, 1997. p. 234

⁵⁷ 8 In: A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-68.

3 A PENA E O DIREITO PENAL

3.1 A MISSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito tem a função de proteção de bens jurídicos essenciais do indivíduo, de forma legítima e eficaz. Todavia, cabe ao Direito Penal proteger apenas os bens que tem valor considerável para o homem, dentre os inúmeros bens existentes, apenas estes receberão a proteção do Direito Penal, quais sejam, os de maior valor, os chamados bens jurídico-penais essenciais.

Na verdade, o Direito Penal visa assegurar a segurança jurídica do ordenamento jurídico, assim como de toda a sociedade e não apenas regular condutas e aplicar sanções. Dessa forma, podemos destacar duas funções indispensáveis: a proteção dos bens jurídicos essenciais e a necessidade dessa proteção por meio da aplicação de sanção penal contra a conduta atentatória ao bem jurídico essencial.⁵⁸

O doutrinador Fernandes defende que a função do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos essenciais, a qual é praticada por meio de restrições de condutas que sejam lesivas a estes bens.⁵⁹

A característica ímpar do Direito Penal é seu caráter de *ultima ratio*, ou seja, a última alternativa do Estado, aplicável apenas quando nenhuma outra forma de solução for encontrada para satisfazer a questão, visando manter uma estabilidade social e não um controle social do Estado, observando sempre os princípios constitucionais previstos na Carta Magna de 1988.

É necessário que se imponha limites, evitando que seja aplicado de qualquer, assegurando o respeito às garantias dos indivíduos, tais como, a liberdade, dignidade da pessoa humana, integridade física, presunção de inocência, além de outras garantias, como a prerrogativa de que *“ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma condenação”*.

⁵⁸ BRUNO, Aníbal. Direito penal - parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. 1. p. 11.

⁵⁹ FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001. p. 6.

Ademais, apenas as pessoas que praticarem atos que atentem contra os bens jurídicos tidos por essenciais que poderão sofrer punições por parte do Estado. Ainda assim, somente nos casos em que for imprescindível a proteção dos bens jurídicos essenciais, o que demonstra que as funções do Direito Penal se complementam no intuito de garantir a dignidade humana.

Nesse sentido, é o pensamento do doutrinador Aníbal Bruno (BRUNO, Aníbal p. 18-19), ao constatar que o Direito Penal é um sistema jurídico de dupla face:

O Direito Penal que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis.

Cumprir destacar, que o Direito Penal é a forma mais agressiva em face de condutas tidas como reprováveis, como por exemplo, no caso de crime de homicídio, o qual prevê que o indivíduo tenha sua liberdade retirada pelo prazo a ser estabelecido pelo magistrado, como forma de coibir que certos tipos de comportamentos ocorram.

Alguns doutrinadores entendem que existe uma diferença entre os conceitos de função e missão, sendo que o primeiro vem a ser aquilo que se espera que o Direito Penal venha a proporcionar e por sua vez a missão seria o que efetivamente ele vem realmente cumprindo.⁶⁰

Dentre as várias missões, estão: proteção de bens jurídicos; conter e reduzir a violência estatal; proteger o infrator e prevenir a vingança estatal.

Esclarecem Gomes, Molina e Bianchini (2007, v. 1, p. 223), contudo, que:

Toda norma penal, ou melhor, o Direito penal como um todo sempre cumpre funções promocionais e simbólicas. Isso é inerente à força coercitiva da norma penal. O problema, no entanto, não está no fato de que a norma penal tenha função promocional ou simbólica, o mal está em o Poder Público valer-se do Direito penal para cumprir só ou prioritariamente essas funções, iludindo todos os seus destinatários com promessas vãs.

⁶⁰ Nesse sentido, cf.: Luiz Régis Prado (PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18); Assis Toledo (TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15).

No mesmo entendimento segue Luiz Regis Prado (2008, v. 1, p. 53) indicando como função primordial do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos relevantes a sociedade, senão vejamos:

Para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação – penas e medidas de segurança. O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.

O legislador constituinte ao elaborar a nossa Carta Maior, constituindo assim um Estado Democrático de Direito, com previsão no art. 1º da Constituição Federal, inseriu também fundamentos os quais norteiam: soberania, cidadania, dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Dentre todos os fundamentos, o de maior relevância é o da dignidade humana, o qual é a base do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, destaca Fernando Capez (2003, p. 10):

Do Estado Democrático de Direito partem princípios regradores dos mais diversos campos da atuação humana. No que diz respeito ao âmbito penal, há um gigantesco princípio a regular e orientar todo o sistema, transformando-o em um direito penal democrático. Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas. Estamos falando do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Portanto, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, dita a orientação do Direito Penal, sendo que qualquer lei que venha a afrontar ou se afastar do que reza este princípio será considerada inconstitucional, visto a contrariedade ao fundamento do Estado.

Assim, para ser considerada legítima a lei penal, a sanção imposta deve está em consonância ao princípio da dignidade humana, sob pena de violar um dos fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988.

Destarte, Rogério Greco (2010, v. 1, p. 3), destaca a seguinte linha de pensamento em relação à finalidade do Direito Penal:

Esse raciocínio a respeito da finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal teve início com Birnbaum, em 1834. Antes dele, Feuerbach afirmava que o Direito Penal tinha por fim proteger direitos subjetivos, pois o delito significava uma *lesão de um direito subjetivo alheio*. Portanto, desde Birnbaum a doutrina majoritária tem afirmado ser esta a finalidade do Direito Penal.

O sentido da existência de funções ao Direito Penal é a vedação de norma penal incriminadora que não tenha por objeto a proteção de bem jurídico relevante para a sociedade, cabendo ao legislador inferir quais são os bens jurídicos penais que merecem a proteção do Direito Penal, em virtude do seu caráter de *ultima ratio*.

3.2 A ORIGEM DA PENA.

Ultrapassada a análise da função social do Direito Penal, se faz necessário fazer um estudo da origem da pena, que nada mais é que a forma que o Estado tem para efetuar a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Na antiguidade a punição era imposta primeiramente pela natureza religiosa das leis divinas, pois o Direito sempre esteve ligado a diretamente a religião, a qual era a única lei existente respeitada pelo homem. Quando alguém praticava atos contrários às leis divinas, estes eram castigados, pois apenas assim conseguiriam reconquistar sua benevolência. Nessa época a pena tinha como fator determinante a vingança social.⁶¹

Na Idade Média, havia acumulação de riquezas apenas nas mãos de alguns. Nessa época, não havia justiça, uma vez que as penas eram decorrentes de vingança, que advinham da vítima e de todos de sua família ou grupo, os quais eram tomados pelo ódio e desejo de vingança, praticando-se contra os ofensores penas cruéis, de forma desproporcional, resultando em guerras, as quais só seriam encerradas quando houvesse a morte de todos os indivíduos daquele grupo ou família.

⁶¹BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015

Após as penas de vingança, surgiram as penas de expulsão dos ofensores, os quais eram banidos de sua terra natal. Dessa forma, como forma de evitar a completa dizimação dos povos, surgiu a Lei de Talião, a qual defendia a punição do “olho por olho, dente por dente”.

O fito principal da Lei de Talião era evitar que vinganças pessoais pudessem ser utilizadas para aplicação de punições contra os indivíduos, limitando a ofensa a uma pena igual ao crime praticado, assim haveria um sentimento de justiça. A Lei de Talião foi o marco inicial do direito escritos para os homens.

Então, a Lei de Talião base do Código de Hamurabi foi adotada pelo Rei da Babilônia, porém foi pior do que o objetivo, pois penas muito cruéis foram impostas aos babilônios, o que é conhecido como uma das leis mais antigas da humanidade. Por conseguinte, o Código de Hamurabi passou a determinar que penas proporcionais aos crimes cometidos fossem aplicadas ao povo. Todavia, estas penas não deixavam de ser cruéis, dentre as quais podemos destacar: lançar o criminoso ao fogo, morte por meios atroz, mutilações corporais (cortar a língua, o seio, a orelha, as mãos, arrancar os dentes), entre outras penas bárbaras.

Tão somente com o surgimento da Revolução Francesa que as penas cruéis foram abolidas, dando início as primeiras concepções dos princípios da fraternidade, liberdade, igualdade, passando o indivíduo a entender que tinha deveres e direitos perante a sociedade.

O modelo de justiça penal ao longo da Idade Média deu lugar ao surgimento da “sociedade disciplinar”, momento em que passou a ser considerada ofensa ao Estado, a ofensa ao indivíduo, sendo imposta a necessidade de reparação da ofensa contra o Estado, razão pela qual criou-se mecanismos de aplicação de multas e confiscos. Alguns autores como Beccaria e Brissot, influenciaram para a mudança do sistema teórico da lei penal, antes atrelada a falta moral e religiosa, estabelecendo como princípio fundamental o crime, onde a violação de uma lei acarreta na imposição de uma punição, bem como a lei penal se torna protetora dos bens mais relevante da sociedade, sendo necessário nesse momento estabelecer uma definição clara do que seria considerado crime.⁶²

⁶² BECCARIA, 1764.

Na concepção do filósofo Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, seguindo a linha de pensamento dos filósofos Rousseau e Montesquieu, entendia que a pena não seria um castigo e sim um modo de evitar que houvesse reincidência do ofensor ao pecado. Destaca-se que a visão de Beccaria introduzia a ideia de proporcionalidade, quando afirma que a pena deveria ser proporcional ao crime cometido, pois quanto mais próxima, mais justa e útil seria.⁶³

A reforma do sistema penal retirou as penas tidas como cruéis, as penas de torturas, infamantes, características da época do Absolutismo, visto sua afronta aos fundamentos e princípios previstos na Carta Magna, adotando-se penas mais humanas, levando-se em consideração o ato cometido e a pena a ser aplicada, observando sempre a proporcionalidade, necessidade e adequação.

Assim surgiu o Direito Penal moderno, codificado em leis e atribuindo pena específica para cada crime. Nesse momento, após a reforma do sistema penal, considera-se criminoso aquele que infringi as leis codificadas, devendo o infrator responder pelo ato cometido na medida exata do dano.

A utilização desse novo sistema se torna mais eficaz, vez que a ideia de que se o indivíduo cometer alguma conduta que não esteja de acordo com a norma legal, será punido, por estar sendo “vigiado” pelo Estado, não sendo mais necessário o uso da força para se atingir o fim almejado.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento defendido por Beccaria (2007, p.19):

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas.

Assim, foram criados mecanismos pelos homens capazes de obrigá-los a cumprir certas determinações para assim conviver em sociedade, não podendo os que pratiquem atos contrários saírem impunes, visto que ocasionaria o cometimento de novos delitos. Logo, se fez necessário que os indivíduos abrissem mão de parte de sua liberdade, para que se alcance um bem comum a todos.

Diversas foram as transformações da pena, desde a antiguidade até chegar nos tempos atuais.

⁶³ Antônio Maria ISERHARD, Caráter Vingativo da Pena, cit., p.38.

3.3 O CONCEITO DE PENA.

A expressão pena advém do latim *poena*, consiste na sanção imposta pelo Estado ao sujeito que comete ato criminoso, podendo ter caráter civil, fiscal ou administrativo, pecuniário ou não, decorrentes de infrações previstas em leis e no caso de infrações civis podem estar previstas nos contratos.⁶⁴

A pena é uma sanção imposta àquele que comete um delito, a qual tem o objetivo de retribuir o criminoso pelo ato ilícito praticado, bem como prevenir o cometimento de novos crimes. Ademais, é uma forma de o Estado intimidar a sociedade, a quem se destina a lei penal, demonstrando que o Direito Penal não apenas existe, como também é eficiente, sendo que a existência da pena intimida o autor do ato criminoso a não reincidir em seu ato, pelo simples receio de ser punido, inclusive ser recolhido ao cárcere privado, se necessário.

3.4 SENTIDO E LIMITE DAS PENAS

Para que exista um controle do Estado em face do indivíduo e dessa forma chegar a uma paz social é necessário à aplicação de uma sanção as condutas que desvirtuam do comportamento ideal, sendo uma consequência do ato praticado pelo indivíduo. A sanção imposta pelo Estado prevista no Direito Penal é a chamada pena.

Existe um caráter especial positivo a pena, a qual pode ser considerada o mais importante, que é o objetivo de ressocialização do condenado, para que após o cumprimento da pena ou por meio da progressão de regime, o indivíduo retorne ao convívio social.

O sistema jurídico estabelece quais condutas são proibidas, determinadas e aceitas, estabelecendo quais os comportamentos esperados pelo Estado, tido como ideais e quais se desviam e que, portanto devem ser evitados. Na esfera penal, a proibição de certos tipos de comportamento denomina-se infração penal, podendo ser duas as espécies: crime e contravenção penal.

Nesse sentido, é o entendimento de Luiz Flávio Gomes, sobre o papel desempenhado pela pena, *in verbis*:

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.sinonimos.com.br/>>. Acesso em: 21 nov. 2015

A pena ou qualquer outra resposta estatal ao delito, destarte, acaba assumindo um determinado papel. No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa). Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.⁶⁵

A pena é uma sanção necessária frente aos atos ilícitos praticados pela sociedade, sendo uma forma de punir o indivíduo pelo mal praticado por ele, praticando-se dessa forma um ideal de justiça.

O doutrinador discorre sobre o tema Antônio Henrique Graciano Suxberger afirmando que:

A pena consubstancia retribuição da culpabilidade do sujeito, considerada a culpabilidade como decorrente da idéia kantiana de livre arbítrio. Esse é seu único fundamento e, com amparo nesse argumento, é que se diz que, se o Estado não mais se ocupasse em retribuir, materializar numa pena a censurabilidade social de uma conduta, o próprio povo que o justifica também se tornaria cúmplice ou conivente com tal prática e a censura também sobre o povo recairia.⁶⁶

Consoante se nota, as teorias que norteiam o tema de qual é o sentido da pena, baseiam-se na ideia de que a pena seria uma punição ao criminoso para compensar o mal praticado, utilizando uma proporcionalidade entre o mal praticado e a pena imposta.⁶⁷

Assim, verifica-se que o Estado atua como interventor utilizando o seu controle social em face da sociedade, por meio tanto do Direito Penal mínimo proporcionando garantias ao acusado, assim como no Direito Penal máximo, o qual é excessivamente severo.

O doutrinador Ferrajoli destaca a diferença entre esses dois modelos, senão vejamos:

⁶⁵ [1] GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

⁶⁶ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; pg 110

⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 173.

[...] a certeza pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente possa ser punido à custa da incerteza de que algum culpado possa ficar impune.⁶⁸

Note-se que a jurisprudência é unânime ao afirmar que o teor do artigo 75 do Código Penal Brasileiro é uma garantia para que seja respeitado o artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição Federal, na qual proíbi a pena de prisão perpétua e caso ocorra condenação nesse sentido será tida como inconstitucional.

Consoante se nota o artigo 75 do Código Penal estabelece o limite das penas, *in verbis*:

O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
 § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
 § 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Ademais, na exposição de motivos nº 61 do Código Penal está a justificativa para o limite de trinta anos para o cumprimento da pena, *in literis*:

61. O Projeto baliza a duração máxima das penas privativas da liberdade, tendo em vista o disposto no art. 153, § 11, da Constituição, e veda a prisão perpétua. As penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal. Restringiu-se, pois, no art. 75, a duração das penas privativas da liberdade a 30 (trinta) anos, criando-se, porém, mecanismo desestimulador do crime, uma vez alcançado este limite. Caso contrário, o condenado à pena máxima pode ser induzido a outras infrações, no presídio, pela consciência da impunidade, como atualmente ocorre. Daí a regra de interpretação contida no art. 75, § 2º: “sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, computando-se, para esse fim, o tempo restante da pena anteriormente estabelecida.

⁶⁸ 23. O autor relata que “no primeiro caso o homem desmandado já não pode cometer o crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tenha desejos não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso por que tem medo da lei.” 23 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 103.

Assim, quando houver mais de uma pena, estas deverão ser somadas, sem, entretanto, ultrapassar o limite de trinta anos, devendo ser desconsiderado o que exceder.

Todavia, resta claro que há uma colisão entre o direito a liberdade individual do condenado e a segurança pública, em razão do limite da pena que é baixo e traz um sentimento de impunidade do condenado, por tal motivo a pena deixa de exercer sua função retributiva e preventiva.

Em contrapartida, a pena também tem a função de ressocializar o condenado para que este volte ao convívio social, porém no atual sistema carcerário brasileiro, o que se vê são pessoas presas além do tempo que deveriam, em celas superlotadas, em condições desumanas, o que faz com que este indivíduo fique ainda pior.

Dessa forma, a pena perde uma de suas funções, não atingindo o resultado almejado de reduzir e coibir a prática de novos crimes, em virtude da falha do sistema prisional e da desídia do poder público.

3.5 TEORIAS DA PENA.

Desde a antiguidade buscou-se formas de organizar os indivíduos para o convívio em sociedade, aplicando-se sanções aos que desrespeitam normas com condutas contrárias ao que seria o ideal. Por sua vez, a pena surgiu para coibir o indivíduo de praticar condutas criminosas, para isso, foi necessário que se estabelecesse algumas teorias que justificariam a função da pena.

Existem algumas teorias aclamadas pela jurisprudência: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas ou unificadoras. Todas serão analisadas a seguir.

3.5.1 TEORIA ABSOLUTA

A teoria absoluta é também conhecida como teoria retributiva, uma vez que considera a pena como uma retribuição ao crime praticado, devendo o indivíduo que cometeu o delito cumprir a pena como uma penitência pelo ato que cometeu na medida de sua culpabilidade, para assim alcançar a justiça.

Essa teoria tem sua concepção baseada no código de Talião, em razão de não propor uma finalidade na aplicação da pena, representando apenas um castigo, um ato de punir aquele que comete atos ilícitos, para que se obtenha o fim almejado, a justiça.

Nessa linha de pensamento preleciona Roxin (ROXIN, Claus, 2006, p.203) acerca da teoria retributiva:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato pelo cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social.⁶⁹

A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. Detrás da teoria da retribuição se encontra o velho princípio do Talião.⁷⁰

Colaborando com o mesmo entendimento defende Capez (CAPEZ, Fernando, 2007, p.359):

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (punitur ne peccetur). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meio de impedi-lo de voltar a delinquir.⁷¹

Ante o exposto, nota-se que a teoria absoluta não busca em momento algum ressocializar o condenado, apenas puni-lo pelo ato ilícito cometido. Assim, a teoria retributiva não é pertinente para a paz social e não atua na prevenção no cometimento de novos crimes.

⁶⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003., p. 81-82.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 11. ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.359.

3.5.2 TEORIA RELATIVA

A Teoria Relativa também é conhecida como teoria preventiva da pena atribuindo a pena a finalidade de evitar que sejam cometidos novos delitos, podendo ser dividida em duas: teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

Segundo a teoria preventiva, a pena não pode apenas servir como punição para quem comete o crime, devendo também cumprir a sua finalidade de prevenir a prática de novos crimes, coibindo a sociedade a reincidir nessa prática. Todavia, é criticada essa teoria na acepção de que ao utilizar a pena para reduzir a violência e a prática de novos crimes, não estaria impondo limites ao poder do Estado, podendo ocasionar na utilização da pena para intimidar o indivíduo, punindo além do devido.

A teoria preventiva geral é direcionada a toda sociedade, tendo como intuito intimidar as pessoas com a ameaça de aplicação da pena, a não cometerem atos ilícitos, bem como é uma maneira de o Estado passar confiança de que as normas existentes para tutelar bens jurídicos são eficientes.⁷²

Já a teoria preventiva especial está relacionada à punição concreta ao indivíduo, por meio da pena, a fim de evitar que este seja reincidente na prática de novos crimes. Portanto, a ideia da teoria preventiva especial é a prevenção da reincidência, o que a diferencia da teoria preventiva geral, pois não se direciona a toda a sociedade, apenas ao autor do delito criminoso.

Ademais, a teoria preventiva geral intenta a ressocialização do criminoso com uma pena aplicada diretamente a este, bem como punição para coibir a prática.

3.5.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

A teoria mista acolhe os aspectos das teorias absoluta e relativa, ante a necessidade de adotar uma teoria que englobe a pluralidade funcional da pena, teoria esta adotada pela doutrina brasileira, a qual entende que não existe apenas um fator determinante, seja de retribuição ou prevenção, pois ambos coexistem sem que haja a prevalência de um em relação ao outro, observando o que estabelece o artigo 59 do Código Penal.⁷³

⁷² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, PG. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956. p. 192.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 131.

Consoante se nota, as leis brasileiras possuem objetivos diferentes, como por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos tem o fito de prevenção, ao passo que a Lei de Execução Penal tem como propósito a ressocialização, por sua vez a Lei dos Juizados Especiais Criminais tem a função de reparação do dano.

Foi adotada no Brasil a teoria mista, podendo esta ser vista no artigo 59 do Código Penal, no qual estabelece que o Juiz deverá julgar e aplicar a pena baseado nas circunstância narradas nesse dispositivo, estabelecendo uma pena que seja suficiente e necessária para punir a conduta reprovável e prevenir a reincidência.

Ante o exposto, têm-se que a pena tem a finalidade deve atender a justiça de acordo com a lei penal, sendo utilizada apenas em último caso, daí a ideia de *‘ultima ratio’*, quando não houver nenhum outro meio através de outros ramos do direito de se obter a ordem jurídica, paz social.

3.6 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

De acordo com o Direito Penal Simbólico, o direito penal apenas traz a sensação de ser muito rigoroso, contudo na prática é visto como ineficaz por não ter efetividade em sua aplicação, tornando-se cada vez mais comum a criação de leis penais simbólicas, na qual o legislador infraconstitucional propicia a sociedade uma ideia equivocada de total segurança.⁷⁴

Nesse seguimento, temos como exemplo o Abolicionismo Penal desenvolvido na Europa, em que se sustentou um meio mais radical de substituir a aplicação do Direito Penal, por outros meios não punitivo para solucionar os delitos praticados, dado que o Estado não estava mostrando-se competente em cumprir o dever de ressocializar o indivíduo infrator, bem como nos moldes que estavam sendo feitos, cada vez mais impossibilitava o cumprimento de pena digno considerando a dignidade humana.

A função do Direito Penal é garantir que todos tenham assegurados os direitos previstos na Carta Magna de 1988, não fazendo sentido, por exemplo, a Constituição Federal assegura a todos o direito a ampla defesa como todos os meios de recursos a ela inerentes, conforme dispõe o artigo 5º, LV. Assim, não faria sentido se a pena fosse aplicada sem que o acusado pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados ou deles tivesse conhecimento.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p.130.

A Lei penal simbólica é geralmente aquela sancionada após a ocorrência de fatos, especialmente crimes veiculados na imprensa, que causam grande comoção na população e por consequência modificam a lei penal em razão desses momentos de grande clamor social influenciado pela mídia, os quais por sua vez nem sempre atendem os objetivos do Direito Penal, ocasionando em uma legislação simbólica e emergencial.

Nesse sentido, é o entendimento de ROXIN (ROXIN, Claus.1983, p. 8):

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.⁷⁵

No Brasil em resposta a inúmeros casos de violência, surgiram propostas de penas mais rígidas, com o aumento na quantidade da pena de prisão, esta que em alguns casos já se encontra exacerbada, defesas no sentido de se introduzir no Código Penal penas cruéis, penas de morte e prisão perpétua, há muito tempo afastadas e rejeitadas pela Carta Magna, sendo quase unânime a opinião da população nesse aspecto, reconhecendo a necessidade de renegar alguns direitos fundamentais de importante valor em prol da segurança da sociedade.

Podemos destacar alguns crimes que tiveram grande repercussão na mídia e causou comoção na população brasileira, os quais contribuíram para a criação e inclusão de novas modalidades de crime, a sociedade impulsionada pela mídia passou a ver a violência e crimes como um espetáculo.

O primeiro caso de grande repercussão foi o sequestro do empresário paulista Abílio Diniz que ocorreu em 11 de dezembro de 1989, logo após a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o qual inaugurou a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990).

⁷⁵ ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983, p. 8.

A lei em referência previu como crimes inafiançáveis os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, tortura, tráfico de drogas, latrocínio, genocídio e o sequestro, assim como a vedação a progressão de regime, devendo o infrator cumprir a pena, integralmente, em regime fechado, sendo que caso o indivíduo viesse a cometer algum dos crimes citados, deveria ser recolhido ao cárcere sem o direito de responder ao processo em liberdade.

Outro crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos foi o caso assassinato brutal da atriz Daniella Perez. O crime abalou o país tanto pela violência, pois Daniella foi morta com 18 golpes de tesoura, quando tinha apenas 22 anos, assim como pelos personagens envolvidos no caso. A atriz, além de ser filha de Glória Perez, era casada com o ator da Globo Raul Gazolla e na época estava no ar na novela das 8 “De corpo e Alma”, na qual fazia par romântico com Guilherme de Pádua, seu assassino juntamente com sua esposa Paula Tomaz.

O homicídio da atriz Daniella Perez gerou tanta comoção na população brasileira, que o abaixo-assinado promovido por Glória Perez, conseguiu colher mais de 1,3 milhões de assinaturas. Como consequência disso, foi aprovada a primeira emenda popular da história do Brasil, incluindo o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

Além do seu tempo de duração, impor a alguém a condições tão gravosas porque simplesmente existe suspeita de envolvimento em organização criminosa ou, ainda, de apresentar alto risco à sociedade, vai de encontro ao fim fundamental da pena privativa de liberdade, que é a ressocialização e a reintegração do apenado na sociedade.

Por conseguinte, outra emenda definiu que o cumprimento da pena para crimes hediondos deveria ser em regime integralmente fechado, sem direito a progressão de regime. Todavia, tal entendimento era contrário aos preceitos fundamentais da pena privativa de liberdade, cujo fim é a ressocialização do preso e a sua reintegração na sociedade.

Assim sendo, em 2006 a vedação a progressão de regime foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-se permitida a liberdade provisória e voltando o infrator a ter direito a progressão de regime, porém o prazo para usufruir desse benefício se tornou mais longo.

A alteração da lei por meio do entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao cumprimento da pena estabeleceu outro patamar. Para aqueles que respondem por crimes hediondos e são réus primários, o cálculo que se faz é com 2/5 da pena. Se reincidente, o cálculo aumenta para 3/5 da pena para que o indivíduo possa gozar do benefício da progressão de regime.

Esses são dois exemplos de crimes que tiveram maior relevância no Direito Penal e que foram impulsionados pelo clamor da população, a qual anseia por medidas que sejam eficazes para solução ou diminuição da violência. Com isso, a mídia como forma de ganhar audiência, se aproveitam de crimes que possam chamar a atenção e provocar comoção nacional, fazendo clamores midiáticos pugnando por penas mais duras e até mesmo pena de morte.

Sobre o tema vale citar o entendimento dos doutrinadores Alice Bianchini e Léo Rosa de Andrade:

O uso desvirtuado do Direito Penal vem se acentuando. A mídia retrata a violência como um 'produto espetacular' e mercadeja sua representação. A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso 'do' político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já aparentes, a sua banalização e a da violência". (Bianchini; Andrade In: Brito; Vanzolini, 2006, p. 28).

Assim, o que se vê no Direito Penal Simbólico é uma tentativa de esconder os reais problemas da sociedade, impossibilitando que conflitos sociais sejam resolvidos, utilizando para atender clamores populares, o que acarreta não só na supressão das liberdades individuais do indivíduo, como também faz que a população passe a desacreditar no sistema.

3.7 O DIREITO PENAL MÍNIMO

A teoria do direito penal mínimo defende o entendimento que o Direito Penal só deverá intervir, em situações em que a lesão ao bem jurídico não possa ser resolvida por meio dos outros ramos do direito, utilizando-se para isso a adequação e razoabilidade da conduta praticada em relação à ofensa contra o bem jurídico.

Consoante se nota, a teoria do direito penal mínimo, a qual é defendida por inúmeros juristas, busca evitar excessos quando da aplicação do Direito Penal, alicerçada em princípios e garantias constitucionais, devendo se ajustar nos princípios básicos do direito, a exemplo: insignificância, intervenção mínima, dignidade humana e proporcionalidade.

Nesse sentido, é o entendimento do doutrinador Paulo Queiroz, senão vejamos:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito (QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. IBCcrim, nº 74, 1999).

Do ponto de vista do direito penal mínimo, a conduta ilícita praticada pelo indivíduo, a qual resultou na lesão do bem jurídico protegido pelo direito penal deve ser de grande relevância, de modo que mereça a proteção penal, uma vez que esta deverá ser a *ultima ratio* para aplicação da sanção.

Cumprido ressalta, que a ideia defendida não é de exclusão da tipicidade quando a conduta tiver uma lesividade em grau de menor potencial, uma vez que caso ocorra uma conduta insignificante, existe previsão com base no princípio da insignificância, para que seja afastada a sanção nesses casos.

É de extrema importância o direito penal mínimo em nosso ordenamento jurídico, embora não tenha previsão legal, este é defendido por inúmeros juristas, tendo em vista de sua proposta de evitar penas cruéis e degradante. Nesse sentido, entende que a pena por tratar-se de censura contra o indivíduo, deve prever uma sanção apreciando a conduta praticada pelo sujeito adequando a uma sanção mais razoável e proporcional para aquele delito, não podendo cometer excessos.

É certo que as sanções penais devem ser proporcionais ao grau de gravidade da conduta ilícita praticada, sendo que diversos são os princípios que trazem a baila essa ideia, tais como, princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio de vedação do excesso, defendido pelo doutrinador Robert Alexy, conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho.

De igual modo, a ideia que gira em torno do direito penal mínimo, possibilita que condutas irrelevantes venham a dispende o tempo do judiciário, com isso possibilita que crimes mais graves sejam resolvidos e criminosos reais sejam punidos, provocando na sociedade um sentimento de impunidade.

Sendo assim, certo que é adequado o entendimento da doutrina majoritária que defende a utilização do direito penal apenas como *ultima ratio*, quando as condutas praticadas não puderem ser punidas pelos outros ramos do direito, colaborando para harmonia e ordem do ordenamento jurídico vigente.

A dignidade de todos os indivíduos deve ser preservada sempre que houver atuação do direito penal, sendo que a intervenção do Estado nas liberdades individuais deve ser limitada, observando os princípios fundamentais e constitucionais, assumindo o direito penal o papel de intervenção protetiva.

É bastante válido citar posicionamento do doutrinador Doutor Paulo Queiroz, com relação ao Direito Penal mínimo, *in literis*:

Por que defendo um Direito Penal Mínimo [...] Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt).

O Direito Penal mínimo surgiu para assegurar na prática o Estado Democrático de Direito, preservando as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, ofensividade, princípio da insignificância, legalidade, ou seja, preservando os direitos humanos tornando o direito penal como *ultima ratio*.

Desse modo, conclui-se que o Direito Penal mínimo se baseia nos preceitos do princípio da proporcionalidade, atuando como protetor da liberdade e garantias constitucionais do homem, impedindo que excessos sejam cometidos. A metáfora utilizada pelo publicista Walter Jellinek o descreve perfeitamente: "*não se deve usar canhões para matar pardais*".

3.8. DIREITO PENAL MÁXIMO

O Direito Penal Máximo, também conhecido como Direito penal do inimigo é uma teoria formulada pelo pensador alemão Günther Jakobs. Essa teoria defende que existe dois tipos de infratores e para cada um dele existe um direito penal, ou seja, os que cometem um crime menos gravoso e de forma eventual, o qual tem direito de ter suas garantias fundamentais preservada pelo Estado, bem como existem aqueles indivíduos que são considerados inimigos, para os quais não existe a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Existem algumas características ímpares, por meio das quais possibilita identificar o Direito Penal Máximo, quais sejam: antecipação da punição; desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e criação de leis severas direcionadas a terroristas, infratores de crimes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros.

Na concepção de Jakobs, inimigo é o indivíduo que não se submete ou não admite fazer parte do Estado, praticando atos que os torna inimigos do Estado e, por tal motivo não tem o direito de gozar os benefícios de um cidadão, nem mesmo garantias fundamentais da pessoa humana.

Nessa diapasão. enuncia Günther Jakobs (2007, p. 36):

É considerado inimigo aquele indivíduo que não admite ser obrigado a ingressar no estado de cidadania, dessa forma, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Como exemplo de um ato característico de inimigo, o doutrinador cita o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

Portanto, podemos afirmar que o Direito Penal do inimigo é um modelo de autoritarismo, o qual serve apenas para afastar direitos fundamentais já reconhecidos e anular a idealização do direito penal mínimo, não sendo um modelo correto e ideal para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Sobre o Direito Penal do Inimigo afirma o doutrinador Dutra Callegari (2007, p.433):

Todos sabem que durante muitos anos, sobretudo nos Estados autoritários, com a justificativa de manter a segurança nacional, utilizou-se a violência além dos limites autorizados pelo Estado de Direito. Hoje, novamente, por meio do absolutismo penal, retoma-se essa idéia, com a adoção, pelos Estados, de atitudes repressivas e punitivas, justificando esse abuso de violência pelo mesmo argumento: “segurança nacional”, visando conter o aumento da criminalidade.

Para os defensores do Direito Penal do Inimigo, determinados tipos de infratores que não respeitam a segurança dos demais na sociedade, merecem ter seus direitos tolidos pelo Estado e não serem tratados como pessoas. Assim, o Estado em prol da proteção de toda sociedade poderia impor penas mais severas aos que fossem considerados inimigos.

Todavia, é certo que essa teoria é contrária aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, sendo que não existe conduta tão grave que justifique privar o cidadão de seus direitos, pois no momento em que começar a permitir esse tratamento, um precedente perigoso será inaugurado, podendo ocasionar em restrições indevidas com o fundamento de que se esta protegendo os cidadãos.

Em sentido contrário, vale destacar o entendimento do doutrinador Zaffaroni (2001, p.19):

Assim, não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um indivíduo sem afetar a sua condição de pessoa, pois essa é incompatível com puras contenções, as quais só são admitidas quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, que devam ser detidas a título de coerção direta.

Considerar o modelo do Direito Penal Máximo nos dias atuais é um verdadeiro retrocesso e se for aceito todos os esforços para obter o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais do homem terão sido em vão.

Ante o exposto, conclui-se que Direito Penal Máximo é um modelo excessivamente severo, o qual gera insegurança jurídica, tendo em vista que as condenações e as penas se tornam imprevisíveis, ante a ausência parâmetros delimitados, em razão de não preservar os direitos fundamentais inerentes ao homem e previstos na Constituição Federal.

3.9. A LEI PENAL

Ultrapassada a análise dos movimentos ideológicos do direito penal simbólico, direito penal mínimo e direito penal máximo, conclui-se que o direito penal mínimo é o aplicado na lei penal vigente, a qual será objeto do presente estudo, com o fito de analisar o princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da lei penal.

A principal fonte imediata do direito penal é a lei penal, em razão do princípio da legalidade e da anterioridade, de acordo com os quais uma norma incriminadora deve ser posta pelos representantes do povo e deve valer apenas após sua entrada em vigor.

Inicialmente, o que impulsionou para criação da lei penal foi a necessidade de se manter a paz na sociedade. Hoje, a lei penal serve para controlar as condutas dos indivíduos determinando quais os comportamentos permitidos, devendo ser elaborada respeitando os princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, caso não seja elaborada nesses moldes a lei será considerada inconstitucional.

A lei penal é considerada *ultima ratio* devendo ser elaborada somente quando se mostrar extremamente necessário para a manutenção do bem estar social, devendo estabelecer discriminadamente os delitos e penas por meio de lei, a qual deverá ser formulada pelo Poder Legislativo e promulgada, uma vez que esta é a intervenção mais radical feita pelo Estado na liberdade do indivíduo.

Tal entendimento decorre do princípio da legalidade, fundamental na aplicação da lei penal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, o qual dispõe “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, podendo ser encontrada disposição similar no artigo 1º do Código Penal.

Sem dúvida, o princípio da legalidade é o de maior importância do Direito Penal, pois veda a acusação de um crime que não esteja previsto em lei, preservando direitos dos cidadãos.

Segue-se na interpretação da lei penal pela análise de CLAUS ROXIN, *in verbis*:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente -, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

4 A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

4.1 A JUSTIÇA

Justiça é a particularidade do que é justo e correto, como o respeito à igualdade de todos os cidadãos, por exemplo.

Etimologicamente, este é um termo que vem do latim *justitia*. É o princípio básico que mantém a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal.

A Justiça pode ser reconhecida por mecanismos automáticos ou intuitivos nas relações sociais, ou por mediação através dos tribunais.

Conforme foi visto nos capítulos anteriores, o Direito Penal tem como missão proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, e por sua vez, o princípio da proporcionalidade apesar de não estar previsto de forma expressa em nossa Carta Magna, tem sido constantemente utilizado pelos Juízes como critério de aplicação da pena.

Em Roma, a justiça é representada por uma estátua, com olhos vendados, cujo significado se traduz com a leitura do artigo 5º da Constituição Federal "Todos são iguais perante a lei", devendo a justiça sempre buscar a igualdade entre todos.

Na visão de Aristóteles, o termo justiça denota, a coexistência da legalidade e igualdade. Assim, justo é tanto aquele que cumpre a lei (justiça em sentido estrito) quanto aquele que realiza a igualdade (justiça em sentido universal).

A justiça não é uma virtude, ela dá a cada um o que lhe é devido em razão de seu comportamento na vida em sociedade.

Os pensadores Platão e Aristóteles foram os primeiros a trazerem a ideia de justiça e igualdade, sendo que essa ideia restou evidenciada quando da Declaração

dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual previu em seu artigo 6º que todos são iguais e que a lei representa a vontade do povo.

A justiça se divide em três formas: a comutativa, a qual estabelece a proporcional entre o ato de receber e de dar, distributiva, correspondente a divisão proporcional de bens corpóreos e incorpóreos, conforme a necessidade e mérito, por fim, a justiça social, aquela em que deve dar a sociedade uma contribuição para o bem de todos.

No sentido legal, a justiça é a discriminação do que vem a ser justo e o que seria o injusto, e a justiça de fato só existe entre pessoas regidas pela lei, entre as quais poderá de alguma forma haver injustiça.

A estátua que representa a justiça é o melhor exemplo, pois seus olhos vendados representam que todos são iguais, não importando quem seja. E a espada, representa que a justiça deve assumir tarefa, tanto de proteger quanto de punir o infrator.

A justiça tem por objetivo a ponderação na aplicação da pena, para que esta seja utilizada de forma prudente, seguindo os princípios constitucionais, em busca de uma solução efetiva para o problema, de modo que torne a lei penal adequada, proporcional e justa ao infrator penal.

Para aplicar a lei penal o legislador e os juízes tem utilizado o princípio da proporcionalidade em busca de um pena justa e necessária para prevenir o crime e causar reprovabilidade da conduta.

4.2 A PROPORCIONALIDADE DA PENA E SUAS FASES

Nesse momento, será analisado o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena em todas as suas fases, quais sejam: legislativa, judicial e na execução.

Em relação à proporcionalidade abstrata, cumpre destacar que o legislador não está livre para aplicar a pena que lhe convier, devendo sempre observar aos princípios limitadores do poder de punir, bem como dos princípios constitucionais e garantistas.

O legislador ao cominar a pena, deve analisar e ponderar o grau de lesividade o ofensa ao bem jurídico protegido e a pena que deverá ser aplicada ao indivíduo

que a cometeu, não podendo ser punido de forma igualitária o sujeito que mata um homem e um sujeito que furta um carro.

Vale lembrar, que o princípio da lesividade preceitua que é vedado a incriminação de condutas que não afetam bem jurídico tutelado.

A grande dificuldade dos juízes e legisladores é encontrar qual pena será proporcional para cada delito cometido previsto em lei e demais normas do ordenamento jurídico.

Para isso o legislador deverá seguir duas orientações para justificar a aplicação de pena de acordo com a gravidade do delito, sendo a primeira objetiva, a qual mede a gravidade do delito, bem como a subjetiva, que mede o grau de culpabilidade.

Desse modo, assevera Alberto Silva Franco⁸, “*o legislador penal determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena.*” Assim sendo, no dizer de Juarez Tavares⁹ “*o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa*” deve ser limitado em face dos princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena¹⁰.

O princípio da proporcionalidade da pena possui uma dupla exigência, primeiramente, deve impor uma medida penal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, segundo, deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ato ilícito praticado, devendo a punição ser proporcional à gravidade do delito.

Assim, punir com equivalência e igualdade as condutas delituosas em Direito Penal significa aplicar as penas proporcionais à “gravidade da lesão” e da conduta causada ao bem jurídico tutelado⁷⁶. Ainda, o princípio da igualdade no âmbito penal,

⁷⁶ A desigualdade na lei ocorre: a) a norma distingue de forma não razoável/ arbitraria um “tratamento” específico a pessoas diversas, ou um tratamento diverso a pessoas iguais; b) o intérprete, a autoridade pública aplica a lei de maneira igualitária desconsiderando as devidas “diferenciações” existentes. MORAES, Alexandre d. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.31-32

deve ser a medida do estritamente necessário dentro das escalas punitivas: de uma pena proporcional à gravidade da lesão vinculando a lei⁷⁷.

Na fase legislativa, o legislador deverá relacionar uma hipótese de comportamento previsto em lei que ainda é incerto. Por conseguinte, vem a fase judicial, relacionando a pena com um fato já ocorrido, delimitando todas as suas circunstâncias. E por fim, a fase de execução, orientando o Juiz na aplicação da pena necessária para obtenção do fim almejado, levando em consideração o sujeito que praticou o delito e não mais a hipótese de delito e fato praticado.

Deste princípio infere-se que a lei tem o “dever” de possibilitar à autoridade pública aplicá-la de uma maneira igualitária, sem desconsiderar as devidas “diferenciações” existentes em cada caso.⁷⁸

A despeito do sistema garantista, abarcar ambos os princípios (ofensividade e culpabilidade) e de que na fixação dos limites da pena deva ser considerado tanto o dano como a culpa, o problema reside, no peso que se atribui a cada um dos dois critérios em relação ao outro.

Contudo, a maior dificuldade se encontra na fixação dos limites máximo e mínimo da pena determináveis conforme os dois critérios mencionados. “*Se a pena é quantificável, não é quantificável o delito*”.

Em relação à pena mínima cominada, melhor seria se a lei não estabelecesse um mínimo legal ou que a pena mínima prevista para cada tipo penal, por questão de segurança jurídica e para vincular o juiz, fosse cominada no menor grau possível (um ano, por exemplo) ou que ficasse determinado, expressamente, que o julgador atendendo a culpabilidade do agente pudesse fixar a pena abaixo do mínimo legal, isto, independente do reconhecimento de causa de diminuição da pena ou de atenuante. O mínimo previsto em lei deveria ser acatado apenas como um norte, uma referência para o julgador, posto que em alguns casos a reprovabilidade decorrente da culpabilidade, que se atribui à conduta do agente (considerando a ofensa ao bem jurídico), é inferior àquela atribuída, ainda que mínima, pela lei.

⁷⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 153-154.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31-32.

Para esta pesquisa o interessante é a proporcionalidade e dosimetria da pena, assim o estudo será direcionado ao princípio da proporcionalidade da pena. Este princípio possui uma dupla exigência, "pois deve traduzir o interesse da sociedade ao impor uma medida penal 'necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime' (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito". Entende-se, assim, que a atitude punitiva do Estado em relação ao delito deve ser proporcional à gravidade do delito.

4.3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – DOSIMETRIA DA PENA

Na antiguidade o regime penal era arbitrário, no qual os juízes tinham um poder excessivo, pois não estabelecia limites para determinar a sanção penal. Todavia, com o surgimento das garantias e direitos fundamentais do homem, mas precisamente no Iluminismo, passou a ser exigido que houvesse uma definição clara e precisa dos crimes e suas respectivas sanções, para que não ocorresse qualquer injustiça.

A primeira determinação do atual Direito Penal foi à adoção de pena fixa, na proporção conduta praticada pelo delinquente, limitando o poder dos juízes. Assim originou-se um novo sistema no qual haveria uma dosagem da pena, podendo o juiz apenas aplicar a lei em seus termos, não podendo interpretá-la.

Entretanto, esse sistema consubstanciado no Código Penal de 1791 não era o ideal, uma vez que este apenas aplicaria de forma mecânica a lei, impedindo sua adequação ao caso concreto individualizando-a para cada indivíduo. Com isso, adveio o Código Penal Francês de 1810, o qual trouxe a dosimetria da pena limitando seus mínimos e máximos, o que seria mensurado pelo juiz dependendo do caso concreto, qual a pena seria aplicada dentre desses limites. Essa possibilidade, do juiz analisar o caso concreto e de forma fundamentada, estabelecer a pena dentre dos limites mínimos e máximos, utilizando do seu livre convencimento.

O princípio em referência é um direito fundamental inerente ao homem, formulado no intuito de fixar a pena livre de qualquer padronização, devendo esta ser regulada de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado, ou

seja, o direito do indivíduo em ter sua pena na medida de sua culpabilidade e de sua responsabilidade na prática delitiva.

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 estabelece que a lei que irá regula a individualização da pena e podendo adotar algumas medidas em face do delinquente, quais sejam, privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social determinada e suspensão ou interdição de direitos. Com isso, a Constituição Federal, trouxe a previsão do princípio da individualização da pena, a qual tem como fito a adequação da pena conforme as características e necessidades individuais do condenado.⁷⁹

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2009, p.34) trata da seguinte forma a individualização da Pena:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.34)

O princípio da individualização da pena dispõe que deve haver a responsabilização da conduta praticada, por meio da aplicação de uma sanção correspondente, de modo que a pena atinja o fim almejado de prevenção e repressão, com a imposição de uma pena individualizada de acordo com a culpabilidade do agente. Para isso, o legislador tem orientações explícitas na Carta Magna, para aplicar a pena devida ao caso concreto.

Nesse sentido o doutrinador Luiz Luisi retrata que:

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “discricionariedade juridicamente vinculada”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a que a sanção se destina. A individualização se vale pela

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.. Brasília, 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 de setembro de 2010.

pena que a lei comina para cada tipo de injusto, contemplando um mínimo e um máximo, cabendo ao magistrado eleger seu quantum frente ao caso concreto. Com isso, busca-se a fuga de penas padronizadas, da aplicação de sanção penal já pré-estabelecida, o que tornaria o sistema injusto. Para estabelecer a aplicação de qualquer das penas previstas na legislação penal brasileira, caberá ao magistrado analisar as características do infrator da norma e do fato por ele praticado. (LUIZI, 1991, p.38)

Dessa forma, verifica-se que para haja uma correta individualização da pena, se faz necessário que siga um mínimo e máximo legal, permitindo ao juiz, de acordo com sua análise, verificando as condições e circunstâncias do crime, assim como a culpabilidade do agente, determinar a quantidade e qualidade da pena a ser aplicada, impedindo que esta seja determinada de forma fixa, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal.

A LEP (Lei de Execução Penal) prevê a cada sentenciado, que a sua pena e o tratamento que terá no cumprimento desta ser feita após conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido.

O Estado busca com o princípio da individualização da pena, readaptar o condenado ao convívio social, desenvolvendo-se esse processo de individualização em três momentos: o legislativo, judicial e executório.⁸⁰

A individualização da pena ocorre em três fases: individualização legislativa, momento em que são estabelecidos os fatos puníveis e as respectivas penas, estabelecendo seus limites mínimos e máximos, bem como os critérios para aplicação da pena; individualização judicial, que ocorre quando o juiz elabora a sentença, concretizando a individualização legislativa e por fim, a individualização executória, que é o cumprimento da pena.

No momento legislativo, o legislador irá fixar a pena mínima e a máxima, sempre em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade, legalidade e da necessidade, capazes de atender ao que espera a sociedade, a gravidade da ofensa ao bem tutelado, a importância desse bem e a prevenção na ocorrência do crime.⁸¹

⁸⁰ Exposição de motivos da Lei nº 7.210/84.

⁸¹ BARROS, Carmem Silva de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo:RT,2001, p.113.

Tal procedimento é a melhor forma de se fazer justiça, uma vez que o Direito Penal é a forma mais radical de intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, o qual protege os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, sendo que a escolha desses bens jurídicos é feita pelo legislador no momento em que a lei penal é elaborada e é ele quem determina quantum mínimo e máximo da pena para cada tipo penal.

Segundo ensina Rogério Greco, o legislador deverá considerar antes de aplicar a lei penal, os princípios da intervenção mínima, lesividade, ressaltando sua natureza subsidiária, e o comportamento inadequado vedado pelo ordenamento jurídico para o qual deve ser aplicada sanção penal ⁸².

Ademais, a pena imposta deve ser determinada, explícita e precisa, porém jamais deverá ser fixa quanto ao montante da pena, posto que comprometeria o princípio da individualização da pena.

Outrossim, é sabido que a Constituição Federal serve de parâmetro, impondo limites para atuação do Estado, indicando os bens que merecem tutela penal, assim como incrimina condutas e dispõe quais sanções penais a serem aplicadas.

O Princípio da Individualização da Pena se relaciona a outros princípios no que tange a aplicação da pena, posto que o legislador ao verificar o bem jurídico protegido deverá observar se outros ramos do direito podem ser eficazes nessa proteção ou se é necessário a intervenção do Direito Penal. Ainda, se a sociedade considera aquele bem jurídico importante suficiente para merecer a proteção do Direito Penal.

A dosimetria da pena tem importância ímpar na individualização do indivíduo, abrangendo as suas singularidades objetivas e subjetivas ao caso concreto, sendo que o juiz sentencia com seu arbítrio se vai aplicar da pena de privação ou de restrição de liberdade do condenado.

Para determinar qual a gravidade do delito praticado, o legislador utiliza dois critérios, o primeiro seria mais objetivo, aplicando a pena em concordância com o dano, segundo, analisando o grau de culpabilidade do infrator, sendo que estes dois critérios são usados concomitantemente.

⁸² Rogério, GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal*, cit. P.75.

Por meio de um juízo de valoração e reflexão, o legislador elabora a norma legal e a sanção correspondente ao tipo penal, observando o princípio da dignidade humana para aplicar a pena, evitando assim que penas injustas sejam impostas.

No entanto, existem penas que não são razoáveis, em que delitos mais graves são cominados com penas mais leves, a exemplo, cita-se o caso de um indivíduo que cause lesão grave a outro indivíduo, este terá uma pena equivalente de 1 a 5 anos de reclusão, conforme previsto no artigo 129, parágrafo 1º, do Código Penal. Já, no caso do indivíduo que furta um objeto no interior de uma loja em concurso com outra pessoa, sem causar qualquer dano físico ou a saúde de outra pessoa, este terá pena entre 2 a 8 anos de reclusão. Assim, demonstra que apesar da lei ter como fito evitar injustiça, nem sempre isso ocorre.

Nesse aspecto, verifica-se que a aplicação da proporcionalidade como critério de aplicação da pena é controverso, pois existem casos em que a pena é desproporcional.

Na individualização judiciária, o Juiz deverá se ater aos princípios da legalidade e culpabilidade. O princípio da legalidade o vincula à tipicidade do fato, garantindo que a individualização seja feita de forma lícita em conformidade com a lei. De igual forma, ao princípio da culpabilidade, posto que o Juiz deverá determinar a pena de acordo com a culpabilidade de forma individualizada, não podendo gozar de sua discricionariedade para isto, apenas aplicará o direito.⁸³

Caberá ao Juiz da execução penal precisar qual será o cumprimento da pena aplicada, levando em consideração se esta pena irá possibilitar ao condenado a ressocialização após o cumprimento da pena para que possa viver com dignidade na sociedade.⁸⁴

Cumprir indicar o ensinamento de Salineiro Alonso:

Os três estágios na concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuem à pena nos três momentos cominação, imposição e execução da pena – a determinação da mesma variará de forma substancial. Isso evidencia

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97256/RS. Relator: Ayres Britto. DJE nº 247, 15 de dez. 2010.

⁸⁴ NUCCI, op.cit. p.37.

que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que se mantenha a respeito dos fins da pena, porque somente a partir desse prévio posicionamento poder-se-à desenhar o modelo de determinação penal. (NUCCI, 2009, p.38).

A dosimetria da pena é o momento em que o Estado (Juiz), o qual é detentor do *jus puniendi*, faz o cálculo da pena, cominando a sanção a ser aplicada ao indivíduo em razão do crime cometido, obedecendo um sistema trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal.

A dosimetria é feita pelo Juiz em três fases: fixação da pena base; análise das circunstâncias atenuantes e agravantes; análise das causas de diminuição e de aumento. As fases serão estudadas separadamente nos tópicos a seguir.

4.4 Circunstâncias e elementares do crime

A primeira fase da dosimetria da pena consiste na fixação da pena base, a qual é feita pelo Juiz analisando e valorando de forma subjetiva. Na fase de fixação da pena, a retribuição da pena não poderá exceder a gravidade da conduta praticada, devendo ser proporcional à ofensa praticada contra o bem jurídico tutelado, bem como juiz utilizar-se de um meio adequado, qual seja, a sentença, para fazer a aplicação penal de forma justa e adequada.

Ademais, o juiz deverá avaliar as circunstâncias e elementares do crime na aplicação da pena. As elementares do crime são os tipos penais que descrevem as condutas tidas como ilícitas e estabelecem os elementos essenciais, sendo que esses fatores que integram essa descrição da conduta típica são os elementos essenciais do crime.

Além das elementares do crime, há condições e circunstâncias que influenciam na dosimetria da pena, as quais acompanham o fato punível, mas não se confundem com seus elementos constitutivos. As circunstâncias não integram o fato típico, mas contribuem para o aumento ou diminuição da pena.

Conforme entendimento do doutrinador Aníbal Bruno, circunstancias judiciais são:

Condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade. (2008, p.175).

Uma maneira de distinguir uma elementar do tipo penal de uma circunstância basta excluí-la, assim, caso essa exclusão leve a descaracterização do crime ou surgimento de outro tipo de crime, estaremos diante de uma elementar. Mas, caso a exclusão não altere a caracterização do crime, estaremos diante de uma circunstância do crime.

As elementares do crime chamadas de tipos qualificados, contem circunstâncias especiais que, embora constitua elementos específicos, não são elementares do crime, não alterando a definição deste, servindo apenas para classificar o crime, estabelecendo novos limites mínimos e máximos cominados ao tipo penal.

Desse modo, elementares compõem o tipo penal, enquanto as circunstâncias trazem os moldes para aplicação da pena, podendo ou não existir na configuração da conduta típica. Assim, as circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime, são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e diminuição da pena.

4.5 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PRIMEIRA FASE

As circunstâncias judiciais encontram-se previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, as quais traçam diretrizes, fixam critérios para adequar a pena ao fato e ao infrator. Esses critérios são chamados de circunstâncias judiciais, posto que a lei não os define, deixando que o julgador as analise e defina, criando limites a discricionariedade judicial, indicando o procedimento a ser adotado na individualização da pena-base.

Com a reforma penal de 1984 foram inseridas nas circunstâncias judiciais a conduta social e o comportamento da vítima, além de substituir a intensidade do dolo e o grau da culpa pela culpabilidade do agente.

Assim, se faz necessário analisar cada um desses elementos individualmente, conforme será visto a seguir.

4.5.1 CULPABILIDADE

Primeiramente, passamos a analisar a culpabilidade, talvez o mais importante elemento, requisito balizador máximo da pena aplicável, um critério limitador da pena, tendo como missão limitar o poder do Estado, impedindo que penas abusivas e absurdas sejam aplicadas, pois o Juiz deve garantir a dignidade humana do indivíduo.

Ao ser feita a individualização judicial da pena, esta deve estar em conformidade e proporcional a culpabilidade do agente, permitindo suspensão ou substituição de pena, se for o caso, assegurando à ordem jurídica.

O objetivo da individualização da pena é que, quanto maior for a culpabilidade do indivíduo maior será a sua pena. Não basta a violação do preceito penal, tem de analisar a culpa, por isso esse requisito é tão importante para a aplicação da pena.⁸⁵

Dessa forma, é incorreto afirmar que o agente agiu com culpabilidade, por ter ciência de que cometia uma ilicitude, posto que de acordo com essa afirmação a culpabilidade serviria como fundamento da pena e característica negativa do ato ilícito, mas quando o Juiz decide pela condenação do acusado a culpabilidade é verificada, identificando se a conduta é típica e antijurídica, sendo a culpabilidade tem função limitadora e não fundamentadora da pena.

No requisito culpabilidade é examinado qual o grau de reprovabilidade da conduta ilícita praticada, se este é maior ou menor, analisando o caso concreto, principalmente a exigibilidade de conduta diversa. Nesse momento, o dolo é considerado um elemento do tipo, devendo ser considerado para avaliar o grau, sendo que quanto maior for o grau, maior será a censura.

⁸⁵ Ibidem, p.174

4.5.2 ANTECEDENTES

Os antecedentes é um requisito mais amplo, pois trata-se da conduta social em todos os lugares em que o indivíduo frequenta, por exemplo, no ambiente de trabalho, em sua cidade, em seu grupo familiar antes da prática do fato criminoso. Assim, caso exista precedentes penais contra o indivíduo que caracterizam reincidência, ou seja, processos que foram concluídos ou arquivados por não conseguir provas em inquéritos policiais ou em infrações fiscais e disciplinares, podem ser elementos de indicição de antecedentes criminais.

Ademais, o Juiz quando da análise dos antecedentes deve considerar os processos que estão em curso ou que já foram arquivados ou concluídos, como antecedentes do Réu. A existência, de vários antecedentes criminais indica que o agente tem um comportamento contrário ao que a sociedade e o ordenamento jurídico espera, razão pelo qual devem ser considerados quando da aplicação da pena.

Dessa forma, os antecedentes serão analisados, podendo serem maus antecedentes ou bons antecedentes, sendo que os maus servirão para o Juiz avaliar se o Réu é habitual na prática de ilícitos, considerando apenas condenações irrecorríveis e inferiores a 5 anos, outras condenações que ainda cabem recursos não poderão, visto que violaria o princípio da presunção de inocência.

4.5.3 CONDUTA SOCIAL

O requisito conduta social deve ser levado em consideração para se aplicar a pena-base de forma justa, cabendo ao julgador analisar a conduta e a inserção social por meio dos atos praticados antes da prática da infração penal, para que a pena-base seja justa com o ato ilícito que foi praticado.

A conduta social do condenado antes do cometimento do crime indica qual seu caráter e sua personalidade perante toda a sociedade, servindo para analisar mais sobre a vida pregressa do acusado e com base na conduta social a pena poderá ser atenuada ou aumentada.

4.5.4 PERSONALIDADE

Na análise da personalidade do agente será feito pelo magistrado uma média de todas as qualidades morais e sociais do condenado, analisando a sua índole, a presença ou ausência de desvio de caráter, de modo que possa ser observado se aquele foi um caso isolado na vida do réu.

A personalidade do agente não será analisada como maus antecedentes, será apenas avaliadas as infrações criminais que por ventura tenham sido praticadas pelo réu antes do crime, assim como as praticadas pelo réu depois do crime pelo qual está sendo condenado, sendo, portanto, a análise do conjunto de comportamentos do indivíduo na sua vida em sociedade.

Todavia, mesmo que o indivíduo não tenha antecedentes criminais, ele pode ter tido condutas que demonstram outras formas de desajustes na vida em sociedade. De igual modo, pode um indivíduo que tenha antecedentes criminais ter tido condutas de relevância positiva na sociedade.

Sobre o assunto apregoa Foucault que:

“A alma do criminoso não é invocada do tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação científica, é para julgá-la, ao mesmo tempo em que o crime, e fazê-la participar da punição”. (FOUCAULT, Michel, 1987, p.20).

Ante o exposto, é certo que o requisito personalidade não se trata de um juízo moral e sim verificar se o agente tem a predisposição a não ter boas condutas na sociedade, agindo em desconformidade com a lei.

4.5.6 MOTIVOS DO CRIME

Os motivos determinantes são os motivos que determinaram que o agente praticasse o crime, devendo ser considerado a natureza e a qualidade do crime. Destacando que as circunstâncias do crime correspondem a forma e natureza da conduta criminosa, meios utilizados, objeto, lugar, forma de execução, podendo

estas circunstâncias tornar o crime qualificado ou privilegiado, sendo valoradas e até mesmo utilizadas como elementares do crime.

Os motivos do crime são todos os fatores que motivaram o agente a cometer o ato ilícito, devendo o juiz analisar todas as situações psíquicas que envolveram o crime para majorar ou diminuir a pena. A motivação do crime invade as partes afetivas e emocionais de cada um, como um reflexo de sua personalidade, por tal razão é de suma importância que se analise o motivo que levaram o réu a praticar o ato ilícito, pois o motivo pode ser um fator capaz de causar aumento de pena.

O motivo pode variar de pessoa para pessoa, dependendo do caso e da vontade do agente. Assim, tanto o dolo quanto a culpa estão diretamente ligados ao crime, os quais não afastam a existência da infração penal. Logo, os motivos determinantes do crime podem ser dos mais diversos, como por exemplo, motivos particulares, amor, ódio, vingança, inveja, altruísmo.

Assim, o motivo é fator que qualifica a vontade humana, pois não existe crime sem motivo.⁸⁶

4.5.7 CIRCUNSTANCIAS DO CRIME

As circunstâncias do crime não se confundem com causas agravantes ou atenuantes da pena, posto que a maneira pela qual o crime fora planejado é igualmente levado em consideração.

As consequências do crime é a análise do dano provocado pelo crime que embora não estejam na estrutura do tipo penal, envolvem o fato criminoso. Se tiverem previsão legal são chamadas de legais. Se forem analisadas pelo magistrado são chamadas de judiciais, devendo este considera o tempo e o lugar da execução do crime para uma correta aplicação da pena.

⁸⁶ Art.121 do CP. Matar alguém: §2º Se o homicídio é cometido: Inciso I: mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivo torpe. Inciso II: por motivo fútil.

4.5.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

O comportamento da vítima são fatores que contribuíram para que o indivíduo cometesse o crime, o qual não isenta o Réu da pena, mas pode amenizar a reprovabilidade do crime, como por exemplo, quando há a injusta provocação da vítima.

Isto posto, conclui-se que quanto maior o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mais a pena se afasta do mínimo, sendo de suma importância o Juiz estabelecer uma pena base, pois assim ele poderá atenuar, agravar, aumentar ou diminuir, o que será feito na segunda e terceira fase da dosimetria da pena.

4.5.9 CIRCUNSTANCIAS LEGAIS: ATENUANTES E AGRAVANTES – SEGUNDA FASE

Na primeira fase da individualização da pena, o legislador forneceu oito elementos, os quais estão previstos no artigo 59 do código penal, para utilizá-los como parâmetros: a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Dessa forma, o Juiz para verificar o grau de culpabilidade, o juiz tem sete elementos para analisar. Ao final da primeira fase da dosimetria na aplicação da pena, o Juiz deve considerar as atenuantes e as agravantes e as causas de diminuição e aumento, utilizando desde esse momento o critério da proporcionalidade.

Na segunda fase da dosimetria serão avaliadas as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas de forma expressa no Código Penal, estando as agravantes previstas nos artigos 61 e 62, e as atenuantes nos artigos 65 e 66. São circunstâncias que podem aumentar ou diminuir a pena, porém a lei não estabelece o *quantum* do aumento ou diminuição da pena, cabendo ao juiz analisar o caso concreto usando do seu livre convencimento.

Essas circunstâncias se realizam no fato, mas não influem para a sua existência. O fato exige, segundo a sua configuração legal, conforme o réu praticou. As circunstâncias juntam-se a ele, vindo acrescentar-lhe uma condição de maior ou menor reprovabilidade, com o aumento ou diminuição da pena.

As circunstâncias agravantes e atenuantes são classificadas em subjetivas e objetivas. As subjetivas se referem aos motivos determinantes, a condição pessoal do agente ou a qualidade, as suas suas relações com a vítima, demais co-autores e partícipes, se houver. Já as circunstâncias objetivas estão relacionadas com o modo e meios de execução, a ocasião, lugar e o tempo, a condição pessoal ou situação da vítima e o objeto material do crime.

Todavia, não poderá haver dupla valoração, devendo ser analisadas as agravantes e atenuantes observando se estas não constituem elementares, causas de aumento ou diminuição da pena, bem como qualificadoras.

Ademais, é vedado que estas atinjam o limite mínimo de um sexto previsto para as majorantes e minorantes, devendo respeitar os limites legais de pena previstos, conforme previsão da Súmula 231 do STJ: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Outrossim, as agravantes e atenuantes não podem se equiparar as causas modificadoras da pena, uma vez que estas são de maior relevância valorativa. Cabe ressaltar que, o Código Penal indica uma ordem de relevância para as agravantes, majorantes e qualificadoras, as quais se distinguem pela gravidade que representam, assim como as privilegiadoras, minorantes e atenuantes são usadas de favoravelmente ao Réu.

Para um mesmo fato pode existir circunstâncias agravantes e atenuantes, devendo ser analisadas na segunda fase de aplicação da pena, após a aplicação da pena-base, cujo parâmetro é a pena simples ou qualificada de um crime, aplicada com fundamento no artigo 59 do CP.

As circunstâncias agravantes é a forma do legislador ajustar a pena utilizando como critério a gravidade do ato praticado e a culpabilidade do agente, levando em consideração as circunstâncias que acompanham o crime determinando o aumento, em razão da reprovabilidade da conduta para a sociedade.

As agravantes são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam, cabendo destacar: reincidência; o agente cometer o crime por motivo torpe ou fútil; para facilitar ou assegurar a execução, impunidade ou vantagem de outro crime; traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima; com emprego de fogo, veneno, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; contra criança, contra maior de 60 (sessenta) anos, ou contra enfermo ou mulher grávida; ter o agente cometido o crime quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade; ter o agente cometido o crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada.

Existem também as circunstâncias agravantes no concurso de pessoas, previstas no artigo 62 do Código Penal, aplicada ao Réu que: promove, organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; coage ou induz outrem à execução material do crime; instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

As circunstâncias atenuantes estão previstas no artigo 65 e 66, do Código Penal. São circunstâncias que atenuam a pena, em razão de uma circunstância posterior ou anterior ao crime que tenha relevância social, cujo o rol previsto em lei é exemplificativo.

As circunstâncias atenuantes são: ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença de 1º grau; desconhecimento da lei; ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral à coletividade; ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior,

ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; ter o agente cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

4.5.10 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DA PENA – TERCEIRA FASE

Na terceira fase da dosimetria da pena são analisadas as causas de aumento e de diminuição da pena, que influem diretamente na pena, previstas no Código Penal e que podem se dividir em genéricas e específicas.

As causas diminuição genéricas são aquelas que diminuem a pena, conforme dispõe a lei, podendo sair dos limites legais, dentre as quais podemos citar: a tentativa, que diminui a pena de 1/3 a 2/3 (art. 14, II, CP); arrependimento posterior; erro de proibição evitável; semi-imputabilidade; menor participação.

De maneira inversa temos as causas de aumento genéricas, podemos citar: o concurso formal e o crime continuado.

As causas de aumento e diminuição específicas são aquelas que previstas na Parte Especial, bem como na Parte Geral do Código Penal, podendo ser: qualificadoras e causas de aumento ou de diminuição.

As qualificadoras tem a função de modificar os limites mínimos e máximos da pena, elevando os limites abstratos da pena, estando previstas na parte especial do Código Penal. Assim, nessa linha de pensamento, conclui-se que o juiz, antes de fixar a pena, deve observar se o crime cometido é simples ou qualificado, de modo que possa avaliar qual limite fixará o crime.

Caso ocorra mais de uma causa de aumento ou causa de diminuição da pena, poderá o juiz descartar uma delas devendo prevalecer a causa que mais aumentar ou a causa que for mais favorável.

Na parte geral, as causas de aumento e diminuição tem seu *quantum* variável e na parte especial são de quantidade fixa, artigo 121, § 4º, *in verbis*:

Art. 121. Matar alguém:

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à

vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Estaremos diante de causas especiais de aumento ou diminuição, quando a lei dispõe que a pena deverá ser aumentada ou diminuída em quantidade fixa, sem se referir a meses e/ou anos, apenas informando um sexto, um terço, metade, dobro e assim em diante, dentro de limites variáveis.

As causas especiais são analisadas nessa terceira fase da dosimetria da pena podendo alterá-la para mais ou para menos, podendo nessa fase ultrapassar os limites da pena em abstrato. Aplica-se, primeiramente, as causas de aumento e em seguida as causa de diminuição.

Com efeito, a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Com a Súmula acima referida, o Supremo buscou corrigir arbitrariedades antes cometidas, que de forma infundada os Juízes se utilizavam para impor suas opiniões e convicções pessoais, sem qualquer amparo legal.

Ademais, quando houver o concurso de causa especial de aumento com a causa especial de diminuição, como por exemplo, podemos citar o crime de furto em que consoante o caso concreto verifica-se que existe a causa especial de aumento do § 1º do artigo 155 do código penal e a causa especial de diminuição de pena do § 2º do mesmo artigo. Neste caso, há jurisprudência que entende que deve primeiro aumentar a pena, para depois reduzir com base no resultado da pena aumentada, assim como há entendimento em sentido diverso, de que deverá ser feito primeiro a redução primeiro e posteriormente o aumento.

Já no caso de concurso de causas da parte especial com causas da parte geral, estas serão sucessivas e cumulativas, podendo ser calculadas a parte especial e depois a parte geral, assim como é correto no sentido contrário.

Quando houver concurso de causa de aumento ou concurso de causas de diminuição da parte geral, estas devem ser feitas cumulativamente. Se for

concorrência de causa de aumento com causas de diminuição da parte geral, serão aplicadas cumulativamente ou sucessivamente, por sobre o resultado a que se chegou na consideração da causa anterior.

4.6 EXECUÇÃO PENAL

A Execução Penal é um procedimento que deve atender o princípio do devido processo legal, realizado pela autoridade judiciária. Esta é a fase da execução penal chamada de pretensão executória, a qual corresponde à efetivação do poder de punir do Estado, o qual impõe uma sanção ao condenado em razão de uma sentença judicial transitada em julgado. Assim, o Estado analisa o caso concreto aplicando sanção penal com observância dos direitos subjetivos do sentenciado. O direito de uma pessoa é aquilo que lhe cabe ou lhe é devido enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar.

4.7 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA

A individualização da pena ocorre não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo de execução. Essa individualização serve para analisar cada caso concreto conforme a sua peculiaridade, tornando o indivíduo que cometeu o ilícito, único, analisando seu perfil e quais as consequências que o ato ilícito praticado lhe acarretará.⁸⁷

Ademais, a individualização da pena é uma garantia para coibir abusos, preservando os direitos fundamentais inerentes ao homem, cujo objetivo é adequar a pessoa uma pena individual com base em suas peculiaridades, uma vez que cada uma tem uma personalidade e deve receber um tratamento diferenciado de acordo com a sua individualidade.

É na execução da pena que se deve reconhecer a prevalência pessoal do indivíduo, momento em que o judiciário deve zelar pela integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade do condenado. Embora nessa fase tenha uma controversa entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo, estudados nos

⁸⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. II, PE*. 2ª Ed. Impetus: Rio de Janeiro. 2006. p.26.

capítulos anteriores, no caso da individualização da execução da pena deve prevalecer o direito penal mínimo, para evitar um meio automático e robótico na forma de penalização.

A individualização da pena permite que o sentenciante cumpra de uma forma mais eficaz a pena do condenado, proporcionando oportunidades para este tenha a possibilidade de um bom retorno ao convívio social, um dos fitos primordiais da missão da pena. Trata-se do direito do acusado, se por acaso for condenado, tenha uma pena justa, sem um padrão estipulado e aplicado de forma robótica, dessa forma, proporcionando uma aplicação individualizada da pena.

A individualização da pena, nada mais é, que uma garantia ao réu nos processos criminais, contra possíveis abusos do Juiz na aplicação da pena cabível. Não só isso, mas garante proteção no momento da elaboração da lei penal, impondo limites na execução e cumprimento da sanção.⁸⁸

Cabe à execução penal propiciar que o condenado tenha oportunidade de se ressocializar, para que após o cumprimento da pena volte ao convívio social. Assim, deve a execução assegurar ao condenado que seja respeitada a sua integridade moral, a dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade. O princípio de maior importância que deve ser assegurado é a dignidade humana, o qual abrange os direitos mais essenciais do indivíduo, assegurando aos condenados os direitos inerentes a eles.

Outros princípios importantes e essenciais na execução da pena são: o princípio da legalidade que garante ao condenado à segurança jurídica, bem como a certeza de que seus direitos fundamentais não serão infringidos. Assim como o princípio da proporcionalidade que implica na forma do cumprimento da pena e na própria aplicação da pena, uma vez que o cumprimento deve estar em consonância com o caso concreto do condenado.

Portanto, um processo de execução penal tem de assegurar todas as garantias ao condenado, vez que este possui direitos, sendo assim deve ter seus direitos inerentes serem respeitados, aplicando-se uma pena proporcional as suas condições para posterior ressocialização.

⁸⁸ BARROS, Carmem Silva de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: RT, 2001, p.120.

O ministro Ayres Britto discorre sobre a individualização da pena:

Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 104.164/RJ. Relator: Ayres Britto. DJE nº 93, 17 de mai. 2011)

Na individualização de pena na execução penal, procura-se uma medida justa, em que o seu efeito seja a resposta crescentemente positiva do encarcerado perante o esforço estatal da tentativa de recuperar o delinquente para a sociedade.⁸⁹

4.8 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro é um modelo totalmente desestruturado, de total descrédito a vista da sociedade, pois é nítida a precariedade na atual situação das penitenciárias no Brasil, visto que não são efetivas no cumprimento da missão da pena que é a prevenção e reabilitação do condenado, uma vez que tornam pior o condenado para quando vier ao retorno da vida em sociedade. É uma escola para criminosos.

O atual sistema carcerário brasileiro tem uma superpopulação prisional, decorrentes da falta de investimentos, já que não geram “votos” para as campanhas políticas construir penitenciárias, ficando ao descaso do Poder Público e virando o caos que hoje pode ser visto em telejornais. Assim, atualmente não consegue a pena cumprir sua finalidade o correção e ressocialização, sendo uma “escola” aos condenados de se tornarem criminosos piores do que quando ingressaram no sistema prisional, visto que ambiente degradante em que foram submetidos com total desrespeito aos direitos humanos.

A população carcerária a cada ano cresce mais, todavia, poucos presídios existem para atender toda essa demanda, representando uma afronta às garantias fundamentais inerentes ao homem, como o princípio da dignidade humana. É certo que a superlotação carcerária reflete no aumento da violência e a possíveis rebeliões, ante a violação de princípios constitucionais, tornando a pena imposta

⁸⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, PG. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 1956. p. 192.

muito mais agravada que a de fato, em razão das condições sobre-humanas em que o sujeito é condicionado.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIX assegura que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, mas nota-se que a Constituição não é respeitada. Além disto, a Lei de Execução Penal (LEP) tem previsão em seu artigo 88 e no artigo 85, estabelecendo que o cumprimento da pena ocorra em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados e que deva haver compatibilidade entre a capacidade de lotação e a estrutura física do presídio.

O doutrinador Diniz (1996, p. 1), relata dados dos presídios entre o ano de 1996 até os dias atuais, mostrando com dados estatístico o quanto pioraram:

O Brasil tem ao todo 511 Estabelecimentos de Confinamento, somando aproximadamente 60 mil vagas para presos. Todavia, estão presos nestes estabelecimentos 130 mil presos, representando um déficit de 70 mil leitos. E ainda existem 275 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos.

Cada preso custa por mês para os cofres da nação o total de 4,5 salários mínimos, sendo que o gasto geral dos Governos Federal e Estaduais é de 60 milhões num só mês. (Dados obtidos na Teleconferência do Ministério da Justiça, Sistema Penitenciário - Penas Alternativas, em 30.04.96).

Assim, o que ocorre é uma dupla penalização do preso, cuja recebe além da pena de prisão

O Jornal “O Globo” em 2008 trouxe dados alarmantes, acerca do custo efetivo do preso e o número de mortos, com base no relatório apresentado pela CPI do sistema penitenciário:

[...] as investigações da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário. Foram visitados porões, corredores, pátios e celas de uma estrutura falida, insegura e malcheirosa. Na prática, é um depósito de gente. Segundo o Ministério da Justiça, o Brasil tem 422 mil presos e são necessárias mais 185 mil vagas. Cada detento custa R\$ 1,6 mil por mês aos cofres públicos. É bem mais do que ganha, por exemplo, um agente prisional em Goiás, que precisou comprar as algemas porque o estado não fornece. “Meu salário é R\$ 640,00 líquido”, diz o vigilante penitenciário Humberto Stefan. [...]

Segundo o Ministério da Justiça, 1.048 presos morreram dentro de cadeias e presídios brasileiros em 2007. Para a CPI do sistema carcerário, o número é maior: 1.250 mortos em um ano.

A média é de três mortes por dia. Significa que viver na prisão, sob a custódia do estado, é duas vezes mais perigoso do que morar na cidade mais violenta do país.

Nota-se que as penitenciárias no Brasil impõem os condenados a condições de barbárie, perpetuando um horror aos presos que quando são soltos voltam à sociedade muito piores e mais agressivos de quando ingressaram, trazendo um reflexo muito negativo na sociedade. Há grande ofensa à dignidade da pessoa humana, o que não poderiam ocorrer em um Estado Democrático de direito, seres humanos serem tratados como “lixo”.

Um exemplo claro, de condição degradante a que presos são impostos podemos citar um caso que ocorreu no Estado do Espírito Santo, em que contêineres foram utilizados como celas, tendo em vista a superlotação da penitenciária que tinha capacidade para abrigar 144 presos, porém haviam 306 presos no lugar. Estes presos não tiveram seus direitos e garantias fundamentais respeitados.

O princípio da humanidade, deve prevalecer no cumprimento da pena, podendo o apenado cumprir sua pena perto dos seus familiares, com privacidade e liberdade de expressão, além das demais garantias estabelecidas, tendo por fim, o ser humano, não usando como meio.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que ainda que o princípio da proporcionalidade não tenha previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, é indiscutível a sua aplicação aos casos concretos, principalmente em virtude da equidade.

Sendo o Direito Penal uma das áreas do Direito que mais dá ênfase ao uso dos princípios, devido à relevância dos bens jurídicos por ele protegidos, nada mais justo que o princípio da proporcionalidade seja por ele integralmente absorvido.

Entende-se que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente, prolongando-se o uso deste princípio ao longo do processo trifásico de dosagem da pena.

Assim, na dosimetria, o juiz pode valer-se do princípio da proporcionalidade para fixar a pena base abaixo do mínimo legal, desde que a mesma reflita a real culpabilidade do agente. A existência da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça em nada prejudica citado entendimento, haja vista que as súmulas não são imutáveis.

Assim, o entendimento jurisprudencial que parece ser o mais correto é o que defende a fixação da pena abaixo do mínimo legal, sem contar as circunstâncias de diminuição (este entendimento é atualmente minoritário), pode ganhar mais adeptos e reformular citada súmula.

Além do mais, como já citado, em nosso ordenamento jurídico existe uma desproporcionalidade sistemática quanto ao bem jurídico tutelado e à sanção a ser aplicada ao seu transgressor.

Desse modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena dá ao juiz, quando da aplicação da pena, a possibilidade de equilibrar a sanção aplicada na medida do bem jurídico violado. Obtendo-se, assim, uma resposta jurisdicional mais justa, pois as normas devem ser interpretadas e, sobretudo, utilizadas de modo a produzir benefícios.

Entendemos ainda que o uso de citado princípio, com o intuito de suavizar a sanção penal, não impõe prejuízo às demais garantias tuteladas pelo Direito Penal, pois não há prejuízo ao *jus puniendi* estatal, o devido processo legal será observado, os efeitos da pena serão mantidos. Unicamente, haverá uma redução no

quantum da pena e esta cumprirá com o seu dever social, bem como será cumprido o disposto pelo princípio da utilidade social da pena, aliás esse é o maior benefício, pois não é o período de permanência do indivíduo em urna penitenciária que o faz um cidadão melhor. Pelo contrário, a maior duração da pena só lhe será prejudicial, dada a crise atual do sistema penitenciário.

REFERENCIAS

1. ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O sistema de cumprimento das decisões judiciais contrárias à fazenda pública após as recentes reformas processuais*. Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, n. 43, Out. 2006, p. 74 - 81.
2. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10 ed. São Paulo: RT. 2006.
3. BUENO, Cássio Sacarpinella. *Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – uma Proposta Atual de Sistematização. Processo de Execução*. Sérgio Shimura; Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2001.
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgado em 05 de outubro de 1988.
5. DECRETO-LEI 2.848, de 7 de dezembro de 1940— Código Penal. LEI 7109, de 11 de junho de 1984. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.
6. DECRETO-LEI 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.
7. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
8. BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade as leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
9. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997
10. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
11. BECCARIA, Cesaria. *Dos Delitos e das Penas*, 12. ed.: Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

12. BITTENCOURT, Cezar Roberto, Manual do Direito Penal, Parte Geral, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
13. BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
14. BRUNO, Aníbal. Direito penal, volume 1: parte geral. Tomo 3 (pena e medida de segurança). São Paulo: Forense, 1962.
15. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 4. ed.: São Paulo: Malheiros, 1993.
16. BORGES NETTO, André L. A Razoabilidade Constitucional: publicado na página da WEB no endereço <http://www.ius.com.br/doutrina/razoabilhtml>, consultado em 04.05.01.
17. DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
18. GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade na Constituição: publicado na página da WEB no endereço <http://www.teia'uridica.conVra7jpropore.html>, em 18.04.01. JACOB, Elias.
19. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
20. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal, 4. ed.: São Paulo: Saraiva, 1991.
21. MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, volume III: o delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
22. PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.
23. REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
24. SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 20. ed.

25. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. II, PE*. 2ª Ed. Impetus: Rio de Janeiro. 2006. p.26.
26. CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. *Controle de Legalidade na Execução Penal*. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988. p.18.
27. LUISI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. 2ª Ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 2003. p. 21.
28. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006. p.130.
29. TELES, Ney Moura. *Direito Penal, PG*. 2ª Ed. Atlas: São Paulo. 2006.
30. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.
31. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, PG*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 1999.
32. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, vol. I*. 17ª Ed. Atlas: São Paulo. 2000.
33. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, vol. I*. 24ª Ed. Saraiva: São Paulo. 2003.
34. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2ª Ed. RT. São Paulo. 2002.
35. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro. 2004.