



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

EVELLIN CRISTINA DA SILVA

**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO NA SOCIEDADE
BRASILEIRA**

Assis/SP

2013

EVELLIN CRISTINA DA SILVA

**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO NA SOCIEDADE
BRASILEIRA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação.**

Orientador: Ms. Fabio Alonso Pinha

Área de Concentração: Direito Penal

Assis/SP

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Evellin Cristina da.

Aplicação do Direito Penal Mínimo na Sociedade Brasileira/ Evellin Cristina da Silva.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2013.

88 p.

Orientador: Fabio Alonso Pinha

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Direito Penal Mínimo. 2. Princípios fundamentais . 3. Necessidades Sociais.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

**APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO NA SOCIEDADE
BRASILEIRA**

EVELLIN CRISTINA DA SILVA

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação analisado pela
seguinte comissão examinadora:**

Orientador: Ms. Fabio Alonso Pinha

Analisador (a): _____

Assis/SP

2013

DEDICATÓRIA

**Dedico este, trabalho a todos que me ajudaram em
minha jornada, meus familiares e amigos que me
incentivaram a seguir meus sonhos.**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por me proporcionar a força nessa jornada. Agradeço a minha família por estar sempre presente em minhas batalhas e ao meu orientador Fabio Alonso.

"Sonhe com o que você quiser. Vá para onde você queira ir. Seja o que você quer ser, porque você possui apenas uma vida e nela só temos uma chance de fazer aquilo que queremos. Tenha felicidade bastante para fazê-la doce. Dificuldades para fazê-la forte. Tristeza para fazê-la humana. Esperança suficiente para fazê-la feliz."

Clarice Lispector

RESUMO

O estudo será voltado, ao Direito Penal Mínimo, com a mira nos princípios fundamentais da Teoria Minimalista. Tendo como base um dos princípios fundamentais da Constituição Federal: o princípio da intervenção mínima, assim a intervenção Estatal somente se justifica em ultimo caso, desta forma o Direito Penal não cuidará mais de problemas insignificantes voltando-se sua atenção aos crimes de grave violência, tendo como benefício os processos que se tornarão mais rápidos e ágeis para a obtenção da justiça. Diante da atual crise, espera-se que o Minimalismo Penal seja uma opção adequada para atender as necessidades sociais.

Palavra-chave: Direito Penal Mínimo, Princípios Fundamentais, necessidades sociais.

ABSTRACT

The study will be focused on Criminal law, Minimum, with sight on the fundamental principles of Minimalist Theory. Based on one of the fundamental principles of the Federal Constitution: the principle of minimum intervention, so the State intervention is justified only in the last case, the criminal law will not more than insignificant problems turning your attention to serious violence crimes, benefit the processes will become more agile and fast for justice. Before the current downturn, it is expected that the Criminal is Minimalism a proper option to meet the social needs.

Keywords: Minimum criminal law, fundamental principle, social needs.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. OS GRANDES MOVIMENTOS DE POLITICA CRIMINAL	13
2.1 O ABOLICIONISMO, CONCEITO E IDEOLOGIAS.....	13
2. 1.1 O Abolicionismo Penal	13
2.1.2 Uma teoria acerca do garantismo penal	16
2.1.2.1 O Sistema Garantista Penal.....	18
2.1.3 O Movimento da Lei e da Ordem	20
2. 1.3.1 Direito Penal de Emergência.....	21
2.1.3.2 Direito penal do inimigo	23
2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL MÍNIMO.....	25
2.2.1 O Direito Penal mínimo	27
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	33
3.1- TERMINOLOGIA ACERCA DA PALAVRA PRINCÍPIOS:.....	33
3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	36
3.3 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE	38
3.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE PENAL	39
3.5 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL:	41
3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	42
3.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	44
3.7 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	47
3.8 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.	49
3.8.1 Princípio da Fragmentariedade	52

3.8.2 Princípio da subsidiariedade	53
3.9 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE	56
3.10 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	57
3.11- PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	60
3.12 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	62
3.13 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	63
3.14 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	65
4. DO DIREITO DE PUNIR	66
4.1 EVOLUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	66
4.2 NECESSIDADE DA PENA PRIVATIVA PARA SEGURANÇA NACIONAL	68
4.3 FINALIDADE DA PENA.....	69
5. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO MEIO DE PENETRAÇÃO NOS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO	74
5.1 CONCEITO E PROCESSOS DESCRIMINALIZADORES.....	74
5.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS E DA GRAVIDADE INSIGNIFICANTE.....	75
5.3 DESPENALIZAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E SUBSTITUTIVOS PENAIS JÁ EXISTENTES.....	77
5.4- MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95	80
5.5 CRISE NO ATUAL SISTEMA DE PENAS E PERSPECTIVA DE REFORMA.....	83
6. CONCLUSÃO:	86
BIBLIOGRAFIA	88

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico é regido pelos poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um desses elementos é de extrema importância para a Constituição de Normas Jurídicas tuteladoras do bem da vida. Para que essas normas surtam o efeito necessário, elas devem ser justas e eficazes no combate ao crime, baseando-se na democracia e nas liberdades do indivíduo frente ao poder Estatal. Quando esta base estrutural se torna falha não atendendo as necessidades sociais, o ordenamento necessita de uma adequação e um novo método de apoio que surta os efeitos esperados.

Para se chegar ao entendimento e objetivo deste tema, vamos inicialmente passar pelas correntes doutrinárias e seus mecanismos políticos criminais (a serem estudadas individualmente), como alicerce na construção do Estado Democrático Brasileiro e suas diversas visões penalistas. Sendo estas:

O Garantismo Penal coloca suas ideias no Direito e nas Liberdades dos indivíduos, protegendo os direitos fundamentais do cidadão, contra as arbitrariedades dos castigos aplicados pelo Estado, esta concepção busca fortalecer o Direito Penal Mínimo. Em sua obra *Direito e Razão “Teoria do Garantismo Penal”*, Luigi Ferrajoli preconizador da ideia expõe seus conceitos e opiniões através, de seu modelo penal para um Direito Constitucional justo. Já o Abolicionismo Penal, não vê atribuições ao Direito Penal colocando em discussão às falhas e a falta de utilidade devida sua ineficácia dentro do Sistema Penal, defendendo a abolição das penas. Entretanto, a retirada de normas desencadearia em uma falta de controle social para a população, ou seja, a criminalidade aumentaria e os crimes cometidos ficariam impunes devido há falta de normas jurídicas. Os adeptos ao Direito Penal Máximo conhecido por sua intolerância zero ou também chamado de Lei e Ordem neste, o Estado atua em todos os diversos delitos praticados de forma absoluta promulgando normas e sanções severas aos infratores da norma. Em contraste ao Direito Penal Máximo, o Direito Penal Mínimo ganha força entre os doutrinadores regidos pelos Princípios da

Insignificância, Adequação Social da Conduta, Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Subsidiariedade, Proporcionalidade, Legalidade e Dignidade Humana entre outros.

O Penal Mínimo tem o objetivo da diminuição do Absolutismo das Penas Máximas aplicadas pelo regime Estatal como forma de tortura e punição essas penas seriam direcionadas a “último ratio”, ultimo caso. Sugere-se na aplicação do Penal Mínimo que nem todos aqueles indivíduos que cometem delitos merecem ser preso, mais sim recorrer às penas alternativas limitando aos crimes mais graves de modo que, o Direito Penal só intervenha quando a lesão for de grave ameaça, quando todas as outras não puderem corrigir sua culpabilidade. Uma forma mais simples e eficaz de punir o infrator de acordo com o delito praticado.

Será demonstrado ao longo deste trabalho a presença dos princípios penais na Constituição Federal que tem por consequência a limitação do ius puniendi Estatal. Nosso objetivo é demonstrar os erros de um pensamento voltado apenas para o Direito Penal Máximo, desta forma, a orientação constante é dirigida a sociedade brasileira que atravessa uma crise no Sistema Penal Brasileiro. O trabalho terá como ponto central, a retirada das contravenções penais do ordenamento jurídico, dando espaço à proteção dos bens vitais ao convívio em sociedade. Finalizaremos, com sugestões de medidas descriminalizadoras e despenalizadoras, com a penetração do Principio da Intervenção Mínima.

2. OS GRANDES MOVIMENTOS DE POLITICA CRIMINAL

2.1 O ABOLICIONISMO, CONCEITO E IDEOLOGIAS.

2. 1.1 O Abolicionismo Penal

Origina-se no século XVIII, quando os revolucionários batalhavam, por penas prisionais mais humanas. Cesare Beccaria foi um marco na época, suas ideias contra torturas e penas desumanas repercutem até os dias de hoje. Movimentos como a abolição dos escravos surgiu na Europa e América, além de manifestações como o American Abolition Movement em 1783 e o German Abolition Movements em 1875, liderados por jovens. Após o termino da Segunda Guerra Mundial houve uma forte reação humanitária, que influenciou na reforma penal da segunda metade do século XX, foi tido como a “Nova Defesa Social”.

Os abolicionistas não veem atribuições ao Direito Penal, colocando em discussão as falhas e a falta de utilidade devida sua ineficácia dentro do Sistema Penal, defendendo a abolição das penas. Almejam a eliminação do direito penal sobre a afirmação de que a pena de prisão é um meio ineficaz e aflitivo a ser imposto ao condenado, é considerado por esta razão de “direito ilegítimo”. Ferrajoli expõem seu ensinamento a respeito dessa teoria:

[...] abolicistas que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constricção que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo

por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais. (2002, p. 200)

As doutrinas abolicionistas não reconhecem o Sistema Penal como um meio eficiente de sanção, mais sim promove a supressão de toda espécie de intervenção Estatal de controle formal autoritário, devendo sua substituição por outros meios de instrumentos sociais. Essa teoria pode ser considerada substitutiva pela escolha, de soluções alternativas não penais nas soluções de demandas. A intervenção penal seria mínima na medida em que, outros meios passassem a ser utilizados em favor de mecanismos menos repressivos e se sanções menos tortuosas, é associado a ideias de movimentos anti- prisionais.

Considero abolicistas somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõem, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico –penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social. (FERRAJOLI,2002, p. 200).

Além do caráter retributivo (reprimenda da conduta por meios de sanções penais), e do preventivo (necessidade que o agente não cometa nova conduta delituosa), há também o modo ressocializador (onde o agente possa ser novamente introduzido no âmbito social). Se o Sistema Penal não é capaz de ressocializar o condenado dentro da sociedade, este não se encontra utilidade, ou seja, é um meio falho em vez de ressocialização só produz mais criminalidade, não há motivo para punições físicas e psíquicas a um ser humano. Assim, deve abrir espaço a outros ramos do direito.

As teorias abolicionistas mais radicais, representado por Max Stirner pregam pela total eliminação do direito penal como enfatiza Ferrajoli (2002, p. 201):

As doutrinas abolicistas mais radicais são, seguramente, aquelas que não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social.

Ademais, podemos citar como os maiores percussores desta corrente Louk Hulsman na Holanda, e da Noruega com Nils Christine e Thomas Mathiensen além de Michel Foucault, acreditam na total eficácia abolicista, discutem o verdadeiro significado das penas e a atual força do Direito Penal. Creem que o Sistema Penal é um problema em si mesmo, trata-se de um preceito de grande insuficiência, de total incompetência para resoluções das desordens que se propõem solucionar. Batista, Alagia, Zaffaroni e Slokar (2003, p. 648) destacam:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiensen, a fenomenológica- histórica, de Nils Christine e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michael Foucault.

Contudo, há alternativas a qual não se encontra escolha a não ser pela aplicação do Direito penal, em determinados ocorrências graves não existe outro remédio. Podemos neste ponto, admitir, por exemplo, que a sociedade não pode resolver um caso de estupro, pois deixaria em aberto lugar para a violência, vingança “olho por olho”, ou até mesmo por intermédio do Direito Civil ou Administrativo caso de homicídio ou latrocínio. Em suma, o sistema penal se faz necessário em circunstâncias mais graves se mostra um instrumento hábil de resposta sob os

comportamentos desviados. Analisando a proposta de Edmundo Oliveira (2002, p. 85) podemos raciocinar:

Abolir as prisões: será um logica possível?

Em nível institucional não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América latina, onde as estruturas do Poder Judiciário não propiciam condições plausíveis para a adoção de experiências abolicionistas. Advogar a abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico.

Além desses aspectos, por maiores que sejam as contradições que a pena privativa encerre; por mais negativos que sejam seus efeitos; por mais altos que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-la do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.

2.1.2 Uma teoria acerca do garantismo penal

O maior percussor dessa ideia o jurisfilósofo italiano Luiji Ferrajoli expõem a partir de sua obra “Direito e Razão”, uma serie de modelos e procedimentos para admissão de um Direito penal legitimado, uma pena mais humanizada contra as arbitrariedades do Poder Estatal, além dos castigos desumanos e cruéis apenados. Bem como um padrão garantidor do bem comum. Ferrajoli (2002, p.684/685) confere três conceituações diferentes ao seu modelo garantista quais sejam:

Segundo um primeiro significado de “garantismo” designa de um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder

mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos á função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Em um segundo significado “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “ existência” ou “vigor” das normas. Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “ deve ser” no direito; e, alias, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e praticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-a com a antinomia- dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patológica- que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste ultimo sentido o garantismo pressupõem a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “deve ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

A visão garantista engloba a construção de normas e princípios processuais, sociais e políticos com capacidade de tutelar direitos fundamentais de imunidade do cidadão frente ao autoritarismo Estatal. É precisamente um sistema de pressupostos para uma pena justa que se ofereça a orientar o Estado mediante a cominação das penas. O modelo garantista emite 10 axiomas (princípios) de responsabilidade penal, trata- se de um padrão limite de intervenção penal do qual aprofundaremos a diante. Ferrajoli (2002, p. 74) completa arguindo:

Cada uma das implicações deonticas – ou princípios –de que se de compõem todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição sine qua non, isto é uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena.

Vale acrescentar, que o movimento garantista não preza pelo fim das penas privativas de direito, pelo contrario atendem que o criminoso deve ser punido, mais com respeito às amplas garantias e a dignidade da pessoa humana, com a devida restrição do Estado no excesso de punir. É a eficácia desses direitos que se faz um preceito “racional”, vinculado ao Direito Penal Mínimo com a diminuição do jus puniendi, uma teoria de Democracia Constitucional, como regra limite a todos os Poderes. O garantismo traz questões como “quem” pode e “como” se deve decidir,” o que” se deve e “o que não” se deve decidir. Um direito que não respeite as amplas garantias constitucionais é um direito ilegítimo, se é ilegítimo é um direito inválido.

2.1.2.1 O Sistema Garantista Penal

Depois de concebida a conceituação continuaremos, com a elaboração do Sistema Garantista (SG) denominado por Luiji Ferrajoli. Por sua vez, apresenta 10 axiomas para um direito penal mais justo, mais humanista, teoricamente apto para defender a liberdade do individuo. O Sistema Penal só será justo, legitimo se atender os princípios fundamentais de Direito como segurança em relação a pena. Ferrajoli (2002, p. 75) completa dizendo: “Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados definem- com certa força de expressão linguística- o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”.

Ferrajoli (2002, p. 74/75) embute em sua obra, técnicas que devem ser empregadas no processo de minimização, há 10 condições imperativas para consignação da responsabilidade penal, delito e processo. É um modelo que observa a estrita legalidade do poder Estatal, são necessários que se façam presentes os seguintes requisitos:

- a) Nulla poena sine crimine – não há pena sem crime;
- b) Nullum crimen sine lege – não há crime sem lei;
- c) Nulla Lex (poenalis) sine necessitate – não há lei penal sem necessidade;
- d) Nulla necessitas sine injuria – não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico;
- e) Nulla injuria sine actione – não há ofensa ao bem jurídico sem conduta;
- f) Nulla actio sine culpa – não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa;
- g) Nulla culpa sine iudicio – não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal;
- h) Nullum iudicium sine accusatione – não há processo sem acusação;
- i) Nulla accusatio sine probatione – não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas;
- j) Nulla probatio sine defensione – não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa.

01. – Princípio da Retributividade.

02. – Princípio da Legalidade.

03. – Princípio da Intervenção Mínima

Delito.

04. – Princípio da Ofensividade.

05. – Princípio da Exteriorização.

06. – Princípio da Culpabilidade.

Processo.

07. – Princípio da Jurisdicionalidade.

08. – Princípio Acusatório ou Inquisitório.

09. – Princípio do Ônus da Prova.

10. – Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Como garantia relacionada ao processo teríamos:

- 1) nulla culpa sine iudicio ou princípio da jurisdicionariedade;
- 2) nullum iudicium sine accusatione ou princípio acusatório;
- 3) nulla accusatio sine probatione ou princípio do ônus da prova;
- 4) nulla probation sine defensione ou princípio da ampla defesa e do contraditório.

2.1.3 O Movimento da Lei e da Ordem

Conhecido por sua intolerância zero, também chamado de Movimento de Lei e Ordem, o Estado atua em todos os diversos delitos, praticados de forma absoluta, promulgando normas e sanções severas aqueles que ousam infringir a norma. O Direito Penal Máximo pugna pela ampliação de seu poder, com o aumento de sua forma de controle social, é caracterizado pela excessiva severidade das penas.

Os punitivistas admitem que o Direito Penal seja o único meio do controle social, defende rígidos cumprimentos de sanções e prolongamento de penas. Não surge em “ultimo ratio”, mais em primeiro, fazendo a sociedade acreditar ser o próprio Direito Penal a solução de todos os males. Na precisa lição de Greco (2011, p. 15) expõem seu pensamento:

A política da tolerância zero é uma das vertentes do chamado Movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando para tanto, a vontade do legislador.

A certeza de raciocínio do Direito Penal Máximo é a de que nenhum culpado fique impune, faz com que comportamentos insignificantes sofram consequências com esse ramo. Essa ideia afirma que os menores delitos devem ser punidos com extremo rigor. Uma quantidade exorbitante de normas incriminadoras não faz com que, o criminoso as deixe de realizar, mais estimula o cometimento de novos. Para Beccaria (2010, p.120)

Proibir uma porção de atos indiferentes ao cidadão, não tendo estes nada de nocivo, não previnem os crimes, mais ao contrario, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as ideias habituais de vicio e virtude, que, todavia se proclamam eternas e imutáveis.

E ainda ressalva:

Ora, quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais o fara que sejam cometidos, porque se verão os delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobre tudo se a maioria dessas leis não passarem de privilégios, isto é, de um pequeno numero de senhores.

Para os punitivistas o Sistema Penal deve ser utilizado como instrumento de controle dos desviados, inclusive para crimes de menor relevância, por meio da opressão e denominação. É chamado por Ferrajoli “irracionalismo jurídico”. Os adeptos ao movimento optam que o Direito Penal deva atuar em toda e qualquer lesão, sem importar seu valor, servindo de modelo de segurança jurídica.

2. 1.3.1 Direito Penal de Emergência

Através da mídia temos nos deparados, com incontáveis acontecimentos graves, de clamor e comoção social. O Direito Penal de Emergência neste momento é aceito,

em situações de urgência, a que se exige uma rápida e eficaz resposta penal. A exemplo podemos citar à Lei 8072/90 com a definição de crimes hediondos.

Art.1 São considerados crimes hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec .lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, consumados ou tentados:

I-homicídio (art.121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art.121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II- latrocínio (art.º 157, inciso 3º, in fine);

III-extorsão qualificada pela morte (art.º 158, § 2º);

IV-extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art.º 159, caput e §§ 1º,2º e 3º);

V-estupro (art.º 213 caput e §§ 1º e 2º);

VI-estupro de vulnerável (art.º 217-A caput e §§ 1º,2º,3º e 4º);

VII-epidemia com resultado morte (art.º 267, § 1º);

VII-A-vetado;

VII-B-falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art.º 273 caput e § 1º, § 1º-A e § 1º - B, com a redação dada pela Lei 9677, de 02 de julho de 1998)

Paragrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos artigos 1º,2º e 3º da Lei 2889, de 01 de outubro de 1956, tentado ou consumado.

O incidente sobreveio a reger a normalidade se ampliando por todo ordenamento penal. Segundo Greco (2011, p.. 22):

Aqui o, o movimento de lei e ordem passa a erguer outra bandeira, a do chamado direito penal de emergência. A emergência pode ser traduzida também em situações de urgência que, em tese, teria vigência até a resolução dos problemas para os quais havia sido criado. No entanto, como sabemos o urgente se transforma em perene, duradouro, e o direito penal de emergência passa a ser reconhecido como usual.

Com a ampliação desse instituto penal, todos os crimes passaram a ser considerados pelo Direito Penal, como situações de calamidade onde sua

penetração é de grande necessidade. Entretanto não passa mais de uma ideia simbólica do que atribuímos como “falsa segurança”, o Estado necessita voltar sua atenção nos casos excepcionais de grave ameaça não em qualquer ocorrência.

2.1.3.2 Direito penal do inimigo

Na segunda metade da década de 1990, o professor alemão Gunter Jakobs em seu livro “Derecho penal del enemigo), passa a empunhar a tese legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento. Jakobs sustenta a tese de reforço no Direito Penal como sistema primordial a proteger a norma penal. Greco ressalva (2011, p.23):

Jakobs por meio dessa denominação procura traçar uma distinção entre o Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes, o segundo intitulado Direito Penal do Inimigo seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mais sim de inimigos do Estado.

Quem são os inimigos?

Segundo Jakobs os inimigos do Estado seriam os terroristas, delinquentes organizados, criminosos econômicos, autores de crimes sexuais que por sua frequente delinquência não podem ser inseridos no convívio social. Greco (2011, p.25) esclarece:

Em muitas passagens de sua obra, Jacobs aponta como exemplo as atividades terroristas. Tentando adaptar esse raciocínio á realidade brasileira, poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comercio ilícito de drogas [...].

Para Gunther, o Estado pode proceder de dois modos ao combate da criminalidade. Em face do primeiro o cidadão deve ser respeitado e contar com todas as garantias processuais, em contrario ao segundo ramo do Direito Penal do Inimigo, esse será conduzido como fonte de perigo. A partir dessa premissa o cidadão, possui amplas garantias, enquanto o delinquente o “inimigo” possui restrições desta. Na linguagem de Gomes, Garcia, Molina e Bianchini (2007, p. 297): “O tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de determinados autores de crimes, pois, segundo nossa perspectiva, é a característica mais marcante do Direito penal do Inimigo”.

Tendo essa afirmação em mente, notamos o caráter celetista do Direito Penal do Inimigo, um direito discriminatório, elegendo apenas alguns criminosos com poucas garantias constitucionais. Nas lições de Greco (2011, p. 24/25) traz o Direito Penal do Inimigo sob três enfoques:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por ultimo a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como esta em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.

Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal á aplicação de penas não privativas de liberdades, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art.62 da Lei 9099/95, é, precipuamente, aplicação de penas que não importem na privação de liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direito e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade hibrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com a minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

Tratar outro cidadão com repudio ou mesmo de inimigo, dizendo que é incorrigível, o privando de suas garantias, com medidas privativas de liberdade por tempo indeterminado, sem nenhuma forma de limitação dos excessos praticados pelo Poder Estatal, é um argumento desumano, um crime contra a humanidade. Por mais

atroz que seja o crime, é direito ao preso ver assegurado suas garantias fundamentais. Regredir a uma época onde cidadãos eram separados por trás de grades, maltratados e excluídos por se tratar de uma raça inferior, beneficia o próprio criminoso, na medida em que ele examina a legalidade do sistema esta fadada a causar ainda mais violência.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL MÍNIMO.

Surge na França em meados do Século XVIII, um grande movimento social. Os postulados minimalistas se aproximam do movimento Iluminista que pregava por um “pensamento liberal”, as ideias iluministas aferiram a adoção de princípios limitadores de interferência estatal, esse modelo engloba varias propostas á defesa de menor nível de Direito repressivo, lutavam pela liberdade e igualdade dos indivíduos, como forma de proteção aos direitos fundamentais do homem. Nasce a partir de propostas elaboradas por inúmeros filósofos podemos destacar: Jonh Locke, Montesquieu, Beccaria, Ferrajoli são grandes propulsores a esse movimento. Nilo Batista (2004, p. 84) expõe:

O principio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espirito minuciosamente abrange das legislações medievais.

Em 1764 com a edição do livro “Dos Delitos e Das penas” escrito por Cesare Beccaria se tornou um marco na época, Beccaria revolucionou os ideais desencadeando um novo Direito Penal, e o respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana revelava-se contra o Poder em vigor e suas penas brutais.

Para a pena não ser um ato de violência contra o cidadão, esta deve ser essencialmente publica, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstancias dadas, proporcionada ao crime e ditada pela lei. (BECCARIA, 2010, p. 127)

Maura Roberti (2001, p.68) menciona:

Reconhecido como intangível este postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza advém, a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite do necessário, entendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como perniciososa para a harmonia da sociedade, sendo a Intervenção Mínima do Direito Penal inerente ao Estado Democrático De Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal.

Em 1980 Estrasburgo, promoveu a realização do “Informe do conselho da Europa sobre descriminalização”, ocasionando uma nova dimensão ao princípio da intervenção mínima, que passou a ser integrado no sistema criminal brasileiro.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem a fim de evitar o arbítrio estatal determina em seu artigo XXIX -2:

No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem- estar de uma sociedade democrática.

Ao observarmos a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 expressamente assegurado em seu “Art. 8º. A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. Na concepção de Luiz Luissi (2003, p. 39):

Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma

constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Em 1990 “As Regras de Tóquio” ditou regras para um Direito Minimalista, são regras mínimas das Nações Unidas para elaboração de medidas não privativas de liberdade. Na Regra 2.1 disciplina:

2.1. As disposições pertinentes das presentes Regras aplicam-se a todas as pessoas que são objecto de procedimento de julgamento ou de execução de sentença, em todas as fases da administração da justiça penal. Para os fins das presentes Regras, estas pessoas são denominadas "delinquentes" - quer se trate de suspeitos, de acusados ou de condenados.

E a regra 2.6 indica: “As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima”. Assim, o princípio da intervenção mínima se consagra não apenas no Brasil, mais é de suma importância às demais Constituições.

2.2.1 O Direito Penal mínimo

Fundamentada a partir das concepções de Ferrajoli, Barratta, e Beccaria, baseia-se na finalidade de tutelar somente os bens vitais em sociedade, aqueles bens dos quais não poderão ser protegidos por outros ramos do direito. Significa que o Estado só deve intervir em casos mais graves, mais importantes, sendo o Direito penal a “ultima ratio” quando os demais ramos do ordenamento fracassarem. Com precisão, Ferrajoli (2002, p. 83) assevera:

Esta claro que o direito penal mínimo quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, correspondente não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mais também a um ideal de racionalidade e de certeza.

Na concepção de Rogério Greco (2011, p. 29) um dos maiores adeptos ao minimalismo destaca:

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, premissa vênua, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

O Direito penal mínimo se encontra em uma posição intermediária entre o abolicionismo e o direito penal máximo. A corrente minimalista procura, impedir o exagero da impetração do Estado nas relações sociais. Deve-se observar, o grau de lesividade da conduta, a intervenção estatal só deve se pronunciar quando necessária. Maura Roberti (2001, p. 88) adverte:

Partindo-se da premissa de que a noção de tipicidade no moderno Direito Penal engloba um valor lesivo concreto e relevante para a ordem social, a intervenção do Direito Penal só se justifica nas hipóteses em que há ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.

Relacionam-se com o direito penal mínimo os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. Pelo princípio da subsidiariedade quando as demais formas de conflito se mostrar ineficazes, o Direito penal se revestirá em natureza subsidiária, fazendo com que seja entendido em último caso. Já pelo princípio da fragmentariedade, a partir da escolha dos bens fundamentais, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela protegida pelo Direito Penal.

Sobretudo nos princípios basilares e indispensáveis podemos citar tais como: a) princípio da dignidade humana, b) princípio da intervenção mínima, c) princípio da lesividade e ofensividade, d) princípio da adequação social, e) princípio da insignificância, f) individualização da pena, g) princípio da proporcionalidade, h) princípio da responsabilidade pessoal, j) princípio da legalidade e culpabilidade. Faremos no Capítulo 2 a análise dos princípios constitucionais limitadores do Poder Punitivo Estatal mencionados.

Os minimalistas afirmam que o sistema penal se ocupa em grande parte com toda e qualquer conduta ofensiva, bens sem o nível de importância necessária exigida, nivelando-os a outros ramos (Civil e Administrativo). Podemos tomar como referência a Lei 11.106/ 2005 que revogou o crime de adultério, a Lei 9099/95- Lei dos Juizados Especiais criminais, até mesmo a Lei 11.343/ 2006 – Lei de Drogas, implantou medidas educativas para usuários. Tanto o Supremo Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de aplicação do Direito penal mínimo ou princípio da intervenção mínima em casos concretos dizendo:

Processo:	HC 99284 RS
Relator(a):	Min. EROS GRAU
Órgão Julgador:	Segunda Turma
Publicação:	DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-03 PP-00555
Parte(s):	JOAMIR KNUPP DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É

inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida.

(STF - HC: 99284 RS , Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-03 PP-00555) . (Extraído do site www.jusbrasil.com.br)

STJ. Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Contravenção penal. Exercício irregular de profissão. Guardador de automóveis. Falta de justa causa para a ação penal. Ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. Princípio da intervenção mínima do direito penal. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

«1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imperativa, na fase de controle prévio de admissibilidade da denúncia, a constatação da existência ou não de elementos de convicção mínimos que possam autorizar a abertura do procedimento judicial de persecução penal. Precedentes.

3. Segundo a melhor doutrina, o art. 47 do Decreto-Lei 3.688/41 busca garantir sejam determinadas profissões exercidas por profissionais habilitados, coibindo, desse modo, o abuso e a dissimulação em desfavor daqueles que acreditam estar diante de profissionais aptos. Assim, a simples ausência de inscrição no órgão competente, em casos como o presente, em que não se exige do profissional conhecimento especial ou habilitação específica, não tipifica o delito, inexistindo justificativa para a intervenção do Direito Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para extinguir a Ação Penal 0009992-75.2010.8.21.0033 - Terceira Vara Criminal da Comarca da São Leopoldo.»

(STJ - HC 190.186/2013 - RS - Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze - J. em 06/06/2013 - DJ 14/06/2013 - Doc. LEGJUR 134.5742.7002.4100) (extraído do site www.legjur.com/jurisprudências)

Não é só no Brasil que nos deparamos com a incidência dos princípios da intervenção mínima e o princípio da dignidade da pessoa humana, Países como a Itália e Alemanha também possuem os mesmos vínculos garantistas estruturantes internos ao sistema, o minimalismo penal se encontra implícito na Constituição Italiana, tomando por base o artigo 13 parágrafo único, determina:

Art.13 A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos. É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade. A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.

A Lei Fundamental da Alemanha também consagra o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1 dispõem: “ A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal”. Configura-se a lição de Luiz Lúiss (2002, p.40):

Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina Italiana e Alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária à sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.

Dessa forma, percebe-se, com clareza a importância dos princípios, não só da intervenção mínima, mais sim ao conjunto deles. O raciocínio aqui desenvolvido é a fundamental importância do Direito Penal Mínimo a qual é atribuído. A tarefa de selecionar quais bens são merecedores a proteção do Direito penal, não é uma tarefa fácil, mais servirá de orientação ao legislador antes mesmo da criação típica

de normas penais. Na proteção dos bens vitais e necessários, o legislador não pode simplesmente preencher, o ordenamento com normas de proibição, deve haver um consenso de acordo com a necessidade da cada sociedade. Com a opção minimalista para o bem ser assegurado pelo Direito Penal, tem que possuir a importância exigida, considerada a mais radical possível.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

3.1- TERMINOLOGIA ACERCA DA PALAVRA PRINCÍPIOS:

A concepção da palavra “princípios” vem do latim “principium” é descrito no dicionário jurídico da seguinte maneira: “Princípios que constituem o próprio fundamento da ordem jurídica, propiciando o preenchimento de lacunas do direito positivo”.

Os princípios fundamentais estão ligados à interpretação Constitucional na construção de normas jurídicas, e são de suma importância para a definição do conteúdo dos capítulos seguintes.

A autora Maura Robert, da obra “A Intervenção Mínima como princípio no direito penal brasileiro” discorre a respeito da seguinte forma: “(...) princípios quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce do Direito.”. (2001, p. 53)

E prossegue com o conceito dado por J.J.Gomes Canotilho: “considera princípios jurídicos fundamentais aqueles historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto legal.”.

Tal é a sua importância dentro do nosso ordenamento, os princípios são à base de um sistema de ideias e pensamentos com o intuito na interpretação dos demais textos legais. Os princípios são de extrema importância não apenas na área do Direito, mais também no meio social por possuírem caráter de moralidade. Maura Roberti os descreve como as “verdades fundantes de um sistema”.

Atuam quando as lacunas da lei, não suprem suas falhas nos casos concretos, onde o Magistrado não encontra uma lei correspondente para solução do conflito. Vejamos o artigo 4º Da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. “Quando a Lei

for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes, e os princípios geral de Direito”. O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho possui enunciado semelhante a este.

Os princípios são, portanto, verdadeiras cláusulas abertas que permitem ao interprete uma maior maleabilidade na sua aplicação, permitindo que a Constituição possa ser adequada a outros momentos, evitando que a todo tempo tenha que ser modificada. (FILHO, 2002, p. 52).

Carlos Maximiliano confirma essa ideia ao afirmar que:

Deve o Estatuto Supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem e precisa evitar casuística minuciosidade , a fim de não se tornar masiado rígido , de permanecer dúctil, flexível , adaptável, a épocas e circunstâncias diversas, destinado como é, a longevidade excepcional. (Hermenêutica e aplicação do direito- pág. 34).

Seguindo a opinião do autor resume-se que, conforme a evolução social, os princípios e normas legais devem progredir juntos a elas, com a obtenção de uma medida adequada e ampla para suprir as necessidades das lacunas da lei. O Estado não pode ficar a mercê de uma época diversa onde os princípios e regras não se adaptam. Para Nilo Batista (200, p.64) considera cinco princípios básicos do Direito Penal: “(1) princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada), 2) princípio da intervenção mínima, 3) principio da lesividade, 4) principio da humanidade e, 5) principio da culpabilidade”. Para Luiz Luissi (2003, p.13 e seguintes), são correlacionados os princípios constitucionais os seguintes: “a) Principio da legalidade, b) da intervenção mínima, c) da humanidade e da personalidade e individualização da pena”, com a afirmativa de que eles são “infranqueáveis limites do direito de punir”. Neste âmbito, destaca-se o autor Luiji Ferrajoli (2002, p.74-75) onde em sua obra elabora 10 axiomas (princípios) denominados de “modelo garantista” para um máximo amparo contra aos arbítrios

do poder Estatal são utilizados como condições necessárias para a aplicação da medida repressiva penal elenca:

1) Nulla poena sine crimine (princípio de retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) Nullum crimen sine lege (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); 4) Nulla necessitas sine iniuria (princípio da ofensividade ou da lesividade do evento, 5) Nulla iniuria sine actione (princípio de materialidade ou da exterioridade da ação); 6) Nulla actio sine culpa (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) Nulla culpa sine iudicio (princípio da jurisdicionalidade em sentido lato e em sentido estrito, 8) Nullum iudicium sine accusatione (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusador); 9) Nulla accusatio sine probatione (princípio do ônus da prova ou de verificação); 10) Nulla probatio sine defensione (princípio do contraditório, ou da defesa, ou da falsificação).

No presente projeto, reconhecemos como princípios constitucionais do Direito Penal:

1) Princípio da Legalidade; 2) Princípio da Taxatividade, 3) Princípio da Irretroatividade; 4) Responsabilidade Pessoal; 5) Princípio da Proporcionalidade, Individualização e Finalidade da Pena; 6) Princípio da Insignificância; 7) Princípio da Intervenção Mínima, Fragmentariedade e Subsidiariedade; 8) Princípio da Lesividade; 9) Princípio da Culpabilidade; 10) Princípio da Humanidade; 11) Princípio da Igualdade; 12) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 13) Princípio da Adequação Social.

Conclui-se que os princípios são as normas-chaves de todo o Sistema Jurídico, é a fundação do Estado-Democrático com o poder de neutralizar os abusos praticados pela Constituição como veremos nos capítulos posteriores. A vocação dos princípios, é, sobretudo de orientar normas específicas que podem servir diretamente para solução de casos concretos. Os princípios penais têm como implicação restringir o poder do Legislador, na medida em que, produzem a substância da norma penal.

3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A relevância da Lei dentro do Estado Democrático de Direito para manutenção da ordem é irrefutável. O princípio da legalidade é a alma do Direito, pois, sem Lei anterior que a defina não há crime. Também, conhecido por “Princípio da Reserva Legal” deriva da fórmula (Nullum crimen, nulla poena sine lege), é toda base estrutural do Ordenamento. Constitui a fundação de todo Sistema Democrático de Direito.

Segundo Damásio de Jesus (2012, pag.56) “Para que haja crime, é preciso de uma Lei anterior que a defina. Somente quando um fato se ajusta a um modelo legal de crime é que o Estado adquire o direito concreto de punir”.

No Direito Penal o Princípio da Legalidade está prescrito no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais assim descritos: “Não há crime sem Lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A principal função da reserva legal é a criação do crime, ou seja, sem uma previsão expressa na lei que constitua o fato delituoso não pode ser considerado ilícito, trata-se de definir normas disciplinadoras do cumprimento da pena, e, também diz respeito à prescrição e sua execução. Vamos ao seguinte exemplo, o legislador no artigo 121 do Código Penal Brasileiro dispõe, a respeito do homicídio simples: “Matar alguém- pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. É expresso no artigo 121 a proibição da conduta de caráter ilícito e a pena cominada ao ato a ser praticado. Damásio de Jesus (2012, p 56) escreve:

O legislador não diz expressamente que “matar” é crime, que é proibido matar, e sim que a ocasião da vida de uma pessoa por outra enseja a aplicação de determinada pena. Assim, o preceito interativo que deve ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. A sanção e o comportamento humano ilícito é que são expressos.

Maura Roberti (2001, p. 61) afirma: “O princípio basilar do Estado Democrático de Direito é o da legalidade. Não há Estado sem que todos, inclusive os Estados estejam ancorados num sistema jurídico – normativo.”.

Como já visto, não há crime sem previsão em Lei para adequar-se a conduta delituosa. Para que haja crime o fato típico deve estar intrínseco em lei e após entrada em vigor, para caracterizar o fato típico e antijurídico. A Lei 7210/1984-Lei de Execução Penal discorre sobre essa afirmativa em seu artigo 45: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

O Princípio da intervenção mínima está unido ao Princípio da legalidade na laboração de hipóteses de incidência das leis penais, onde em seu primeiro momento determinará o processo de qualificação de condutas típicas e juntamente no segundo plano em conjunção com o Princípio da Proporcionalidade verifica-se a o grau de sanção pertinente no caso concreto. O Princípio da legalidade em seu caráter formal é o único capaz de legitimar normas penais, pois deste, são extraídas a tipificação penal de condutas positivas ou negativas, relacionadas à prática de comportamentos que modifiquem as relações sociais. Contudo, a lei só poderá determinar o que se encontra no escopo desta. O Legislador ao delimitar a matéria a ser amparada em lei, deve considerar a proteção do bem jurídico, observando, se há necessidade da Intervenção Estatal para identificar quais os bens requerem a assistência jurídica penal.

Vale ressaltar, a principal diferença entre o Princípio da Legalidade de caráter privado ao de caráter público é que, na estância privada pode-se realizar tudo o que a lei não proíba, ao contrário da legalidade pública, a Administração só pode atuar em situações expressas em lei, trata-se de um limite ao poder Estatal que só pode intervir se necessário.

3.3 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O princípio da taxatividade se encontra em conjunto ao princípio da legalidade, na elaboração das bases do Estado Democrático. Para que a lei penal tenha eficácia plena precisa atribuir um método legislativo que permita a maior objetividade no processo de consolidação judicial das figuras delitivas. Preside na formulação de técnicas redacionais sejam claras, certas e precisas, para maior fixação de entendimento. Cabe, ao legislador o cuidado ao transcrever a norma jurídica, não basta apenas transcrever a medida delituosa, mais sim dar a maior exatidão á obra. Para que a norma legal seja formalizada, precisa ser feita de maneira taxativa e com maior precisão técnica possível, vedando expressões vagas e imprecisas. Para Luiz Luissi (2003, p.24) o princípio da taxatividade trata de um “postulado em causa expressa e exigência de que as leis penais especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas”. Portanto, é um princípio que reside na formulação da lei penal.

Quando uma norma é expedida a conceituações vagas e escassas, ou de valor de duvidosa imprecisão, o direito penal tem duas opções, deve-se no primeiro instante optar pela inconstitucionalidade da lei quando esta, conter uma irracionalidade, contradições, ou rupturas com a disciplina penal. Em tais ocorrências, se é verificada, numa equívoca presunção de compatibilidade constitucional das leis. [...] “Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas” (Zaffaroni, et. al 2003, p. 206).

Sem a consignação deste princípio de nada convém à anterioridade da lei penal, assim o princípio da legalidade não impetraria sua função legal, se não estiver dotada de uma objetividade necessária, enunciando com clareza os atributos essenciais da conduta humana. Francisco de Assis Toledo (1994, p. 29) assinala:

A exigência de lei certa diz com clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a norma penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano,

necessita ser facilmente acessível a todos não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica.

Ou ainda no segundo plano aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa, se revelar no domínio interpretativo por meio de uma proibição absoluta chamada de analogia in malam partem. A analogia in malam partem, tem como idoneidade a utilização do direito consuetudinário, apesar de serem acolhidas como regulamento secundário a forma penal, não pode servir de embasamento para modificação do preceito incriminador, sob pena de ser considerada inconstitucional. O princípio da taxatividade constitui que, a cláusula seja concisa e clara, determinando além, os limites e alcances do fato punível.

3.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE PENAL

O Princípio da Irretroatividade Penal é previsto no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Esta disposição constitucional veda que uma lei nova sirva como agravante da pena em uma situação jurídica já existente. Ocorre que, a nova lei não poderá piorar a situação do agente em face, do crime prontamente cometido. Contudo, poderá beneficiar o acusado, deste modo, caso uma conduta seja descriminalizada (retirar de fato certas condutas do Direito Penal, q deixam de ser delitivas), o condenado poderá deixar de cumprir a pena estabelecida. Por este motivo, não se aplica o princípio da irretroatividade para prejudicar o réu. Não é aplicada somente a fatos futuros, mas sim a ocorrências anteriores. Mais o que ocorre quando duas legislações entrarem em conflito?

Para resolver esse problema determina o art.12 do estatuto repressivo:

Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

A irretroatividade encontrada em duas vertentes, na primeira a irretroatividade da lei mais severa ocorre quando, a lei nova estabelecer um valor mais elevado que a anterior. Exemplo: A lei “a” (revogada) estabelece um valor de pena no período de 10 (dez) anos e a lei posterior (vigente), de 15 (quinze) anos, esta última não retroagirá em benefício do réu. Na segunda espécie chamada de irretroatividade da lei mais benéfica, esta, vai retroagir em favor do réu. Exemplo: A lei “a” (revogada) estabelece um valor de pena de 10 (dez) anos, a lei “b” (vigente) estabelece no período de 8 (oito) anos, esta por sua vez retroagirá em benefício ao réu. Entende-se que, se a lei nova for benéfica deve retroagir, caso ao contrário só poderá regular casos futuros a sua entrada em vigor. A lei nunca retroagirá para prejudicar o acusado. Damásio (2012, p.123) explica: “Se a lei posterior, sem criar novas incriminações ou abolir outras precedentes, agrava a situação do sujeito, não retroage.” Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de criminalizar uma conduta como infração (artigo 107, III do Código Penal) prescreve: “Extingue a punibilidade: III- pela irretroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.”

Para presente, fixação de entendimento, vamos citar outro exemplo: Maria mata João, cometendo homicídio artigo 121 do Código Penal- pena de 6 a 20 anos de reclusão, amanhã a Lei é alterada, estabelecendo uma pena de 40 anos, Maria só poderá ser julgada pela Lei anterior (de 6 a 20 anos de reclusão), sendo esta a vigente na data do crime, sua pena não poderá ser aumentada em função da nova lei. Caso ocorresse, no exemplo citado uma situação contrária à nova lei incidir uma pena menor por sua vez, Maria será julgada pela nova lei (Irretroatividade da Lei mais benéfica). “Se a lei nova, sem excluir a incriminação, é mais favorável ao sujeito, retroage. Aplica-se o princípio da retroatividade da lei mais benigna”. (Damásio 2012, p.129.) Sobre o assunto, o artigo 2, parágrafo único do Código Penal transcreve: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-

se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

3.5 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL:

A pena imposta só será incumbida à pessoa do condenado só este, responderá pela penalização cominada. Em nossa Constituição contém essa norma no inciso XLV do artigo 5º que esclarece: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado.”

A pena não se estende a pessoas estranhas mesmo ainda vinculadas por grau de parentesco, apenas o próprio condenado responde pela prática do ato delituoso. “O princípio da responsabilidade pessoal proíbe o castigo penal pelo fato de outrem (pelo fato alheio), já que o ser humano só pode responder penalmente pelos fatos próprios.” (GOMES, et al, 2007, p. 520).

Diferentemente da responsabilidade civil ou tributária dentro do direito penal o castigo deve recair sobre a própria pessoa não em terceiros, respondendo este, autonomamente pelo delito (princípio da materialização do fato) na medida de sua culpabilidade. Continuando, com o ensino de Luiz Flávio Gomes (2007, p. 520) veremos o exemplo de um caso concreto apresentado:

Caso concreto I- (...) Ou seja, a ré foi denunciada porque ela exerce o cargo de Vice-Presidente da Associação. E porque, é casada com o Presidente da Associação. A responsabilidade penal é pessoal. Ela não pode ser atribuída à paciente só porque integra a Associação e é casada com o seu Presidente. Denúncia que imputa corresponsabilidade e não descreve a ação de cada agente é inepta. Nesse sentido, há precedentes no STJ RHC 2882 Luiz Vicente Cernecchiaro; RHC 400, Edson Vidigal; HC 4805, Cid Flaquer Scartezzini e HC 4995, Anselmo Santiago (STS, HC 80.549-3, Rel.Min.Nelson Jobim, DJ 24.08.2001).

Gomes, Garcia, Molina e Bianchini ainda trazem a compatibilidade do princípio da pessoalidade:

a) Com a exigência da responsabilidade daquele que, tendo dever jurídico, não impede a prática de certos delitos de outras pessoas; b) de quem, por ação, inclusive não dolosa, infringe certos deveres que lhe incumbe pessoalmente de vigiar, inspecionar, controlar, supervisionar etc. A atuação de terceiros, ou c) de quem atua em nome da pessoa jurídica de modo personalíssimo (ou seja: praticando diretamente a ação verbal incriminada ou tendo efetiva participação em ação ou omissão alheia).” (2007, p. 521/522).

O princípio da responsabilidade pessoal se distingue com o da materialização do fato, no primeiro impede que se castigue outro pelo acontecimento alheio, pois, cada um responde pelo que fez. Em relação ao último condiciona a realização comprovada do ato cometido junto à conduta criminosa. A responsabilidade pessoal é caracterizada pelo princípio da culpabilidade que envolve o dolo e a culpa para a formação da conduta.

3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

No artigo 12 da Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, 22 de agosto de 1795 destacam: “A Lei não deve assinalar senão as penas estritamente necessárias e proporcionais aos delitos.”.

Deve haver uma moderação nas penas aplicáveis, que não ultrapasse um valor maior que o próprio crime, na medida do ato praticado cada indivíduo deve responder na proporção do fato, nem maior, nem menor, em função do equilíbrio do princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, um cidadão que comete um homicídio qualificado recebe uma pena menor ou igual a outro que comete um furto para alimentar sua família, tornando a justiça falha pela desigualdade atribuída nos casos concretos. Segundo a falta de interpretação e bom senso é um desrespeito e um ultraje não só ao próprio indivíduo, mas a toda sociedade que o cerca. Cabe ao legislador identificar as falhas e modifica-las na medida em que, a norma se torna falha não conseguindo mais

suprir seus erros. “Bastará, contudo que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionais aos delitos e que, sobretudo não aplique os menores castigos aos maiores crimes”. (BECCARIA, 2010, p. 81)

Seguindo ainda, com pensamento de Beccaria (2010, p. 60):

“Para que uma pena seja justa deve ter apenas o grau de rigor que seja necessário para desviar os homens do crime. Ora não há homem que possa hesitar entre o crime e o risco de perder para sempre a liberdade por mais vantagens que este prometa”.

A severidade dos castigos não deve ser apenas um espetáculo para imposição da ordem e força do que para punir o próprio crime. Deste modo, a principal função da proporcionalidade é a adoção dos critérios para definição da sanção de acordo com o delito praticado. “... não basta uma pena produzir algum bem para ser justa. Uma pena só é justa quando é necessária”. (BECCARIA, 2010, p. 68).

Continuando na mesma linha de pensamento ao se falar do princípio da proporcionalidade, Greco (2011, p. 111), esclarece:

Contudo, um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é, justamente, o de encontrar a pena proporcional, principalmente quando se tem em mira a descoberta de sanções alternativas a pena privativa de liberdade, penas intermediárias que procuram dar a resposta ao “mal” praticado pelo agente, mas com os olhos voltados para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que o princípio da proporcionalidade é o meio adequado e efetivo para impedir violações do poder Estatal aos direitos fundamentais e a proteção da dignidade humana.

Chamado também princípio da proibição de excesso determina que a pena não possa ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena. (JESUS, 2012, p. 52)

Tudo isso, implica em fixar um grau de coesão mínima das penas, vinculadas a cada conflito de uma pessoa em desproporção ao detrimento que causou.

3.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No artigo 5º inciso XLVI da Constituição Federal encontra-se positivada o princípio da Individualização da Pena que prevê: “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”.

“Por individualização da pena se deve entender o processo para segundo a límpida e notória frase de Nelson Hungria- Retribuir o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. (LUISSI, 2003, p.. 52).

Por este princípio, o processo de individualização se desenvolve nos planos Legislativo, Judiciário e o Executivo ou também conhecido como Administrativo. Na primeira etapa o Legislativo fixa as penas entre o alcance máximo ou mínimo para cada tipo penal, uma ou mais penas proporcionais de acordo com a descrição da infração e a gravidade da ofensa, bem como os regimes concedidos a ele.

Assim ao estabelecer as regras que o Juiz deve obedecer para chegar em cada caso, considerando suas peculiaridades , a fixação da pena definitiva e concreta. Como é, ainda na Lei que se hão de encontrar as diretrizes balizadoras de execução as sanções penais. (LUISSI, 2003, p.. 53).

Na segunda etapa conforme os parâmetros penais redigidos pelo Legislador o judiciário tendo as espécies de delitos e os fatores, concretiza a pena-base determinando sua quantidade (Ex.^a: artigo 121 do Código Penal “matar alguém pena- reclusão de 6 a 20 anos”.) e o regime inicial (artigo 33 do Código Penal e seus parágrafos). Inclusive determinar o modo de sua execução, no Código Vigente as regras básicas presidem no artigo 59 da parte geral do Código Penal.

O Juiz atendendo á culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, ás circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Artigo 59 do Código Penal:

I-As penas aplicáveis dentre as cominadas;

II-A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III-O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV-A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dentro dos parâmetros estabelecidos em lei, o Juiz deve atender as exigências na aplicação da pena, levando em consideração principalmente a pessoa destinada a ela.

Aplicada à sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.”Ai “,- como observa Anibal Bruno , - é que a sanção penal , “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente , que se mostrou insensível a ameaça contida na cominação.” (LUISSI, 2003,-p. 55).

Na terceira e última etapa, após a condenação do réu dada sua execução penal que ocorre o processo executório (administrativo). Na função executória a pessoa tem suma importância na aplicação da sanção e no seu modo executivo, segundo qual, o

seu cumprimento deve-se realizar em estabelecimento prisional com observância a uma série de preceitos, assim, no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal conclui-se: “Assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Em diante, no inciso XLVIII do referido artigo 5º determina que o cumprimento da pena seja em estabelecimentos prisionais que se dará: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo apenados.”.

Na individualização da pena estão presentes instâncias de caráter objetivo e subjetivo, Luiz Luissi (2003, p. 54) discorre sobre essa afirmativa: “De um lado, o objetivismo da Escola Clássica que entendia dever ser a resposta penal adequada à importância do bem jurídico ofendida e a intensidade dessa ofensa”. Neste processo individualizador o objeto se insere no princípio da proporcionalidade.

[...] De outro lado se revela atenuante subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária e executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada no seu modo de execução. (LUISSI, 2003, p. 55/56).

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Como base no princípio da individualização da pena, O STF proferiu julgamentos de grande repercussão nacional em matéria criminal. Na jurisprudência atual da Suprema Corte, não têm sido toleradas normas legais que usurpem do Juiz a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto”.

No bojo do HC. 82.959-7, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, sagrou-se vencedora a tese de que é inconstitucional o § 2º do artigo 2º da Lei nº 8072/90, que, em sua redação original, vedava a progressão de regime em crimes hediondos. Para a Suprema Corte, em certos casos, é possível que a pessoa condenada por crime hediondo, por apresentar um bom comportamento carcerário e mérito individual, faça jus aos regimes prisionais semiabertos e abertos respectivamente.

No âmbito do HC 97256/RS, o Plenário por 6 votos a 4, entendeu que a norma contida no artigo 44 da Lei de Drogas, ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos aos condenados pelos crimes de tráfico, violou a da individualização da pena pois é vedado ao legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu. (Artigo publicado por Francisco Falconi “ Breves considerações sobre o principio da individualização da pena”. Data 3 de setembro de 2011 17:14 horas.)

Podemos concluir, conforme o trecho extraído que o processo individualizador impetrado em nossos Tribunais, dirige-se proteger o direito a liberdade.

3.7 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Principio da insignificância também conhecido por Principio da bagatela, não se confunde as noções, com o principio da intervenção mínima mesmo que, ambos estejam relacionados na medida em que possuem caráter de complementaridade guardam distinções ao exercer suas funções. O Principio da insignificância possui dois aspectos básicos: a) a exclusão do Sistema Penal crimes sem relevância; b) não permitir que crimes sem importância se adentrem ao Ordenamento, com o objetivo de excluir da tipicidade do Direito Penal, certas condutas que não caracterizem lesão ao bem maior. Se a insignificância da ação não gera tipicidade material, portanto não há crime. Para Proteção do injusto é necessário que a pratique da conduta exercida seja de grave ameaça ou lesão, o dano que não cause mal suficiente, de tal modo ineficiente e inexpressivo não necessitam da tutela penal, pois não afligem (não represente gravidade) ao individuo de forma abusiva ou cruel. “Trata-se do denominado principio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância.” (TOLEDO, 1999,p. 133). Já o Principio da intervenção mínima, tem como objetivo reduzir normas incriminadoras é dirigido ao Legislador, que embora, a lesão seja considerada típica não se justifica a intervenção Estatal. Enquanto, o principio de bagatela é dirigida ao Juiz de Direito, pois é entendido como principio secundário de interpretação da norma.

Conforme Maura Roberti (2001, p. 89) o princípio da insignificância:

[...] o princípio da intervenção mínima tem seu meio de penetração nas hipóteses em que o julgamento tratar de crime de bagatela, onde, juntamente com o princípio da insignificância, estará sendo utilizado como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.

O Princípio de bagatela possui a capacidade de excluir a tipicidade de delitos, devido sua irrelevância penal. Este, por sua vez veda o ajuizamento de condutas inexpressivas sem valor social. O Princípio da insignificância, tem incidência em conjunção aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade e dignidade da pessoa humana. Assim no Sistema Penal, por exemplo, vejamos o artigo, 138 “Calúnia”, artigo 139 “Difamação” do Código Penal, o artigo 140 “crime de injúria”. Pode-se também citar o artigo 17 do Código Penal, a respeito de crime impossível: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Se a falta da tipicidade grave em uma conduta mínima, não chega a atingir um ilícito penal, ou seja, não resulta em um ato lesivo concreto, não há razão para que os exemplos citados acima, ainda sejam resguardados pelo Direito penal de modo que possa receber tratamento adequado de formas extrapenais. Para Toledo(1999, pag.133), “[...] o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção de bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela”. Sobre o tema é oportuno mencionar algumas jurisprudências e assim ver o quanto está sendo aceito pelos Tribunais:

(DOC. LEGJUR 106.6583.2000.0400)

TJRJ. Falsificação de documento público. Carteira de Trabalho. Acordo na Justiça do Trabalho. Ausência do especial fim de agir. Inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado (fé pública). Atipicidade da conduta. Princípio da intervenção mínima. CP, art. 297, § 4º.

«Apelantes condenados pela prática do crime definido no artigo 297, § 4º, do CP, às penas de dois anos de reclusão e vinte e quatro dias-multa. Acordo celebrado e homologado pela Justiça do Trabalho que demonstra a ausência do especial fim de agir inerente ao tipo penal em questão, consistente na finalidade de utilizar a Carteira de Trabalho e Previdência Social como prova perante a Previdência Social. Bem jurídico (fé pública) não atingido. Ausência da tipicidade material e, (...)

E M E N T A HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. A existência de registros criminais pretéritos contra o paciente obsta o reconhecimento do princípio da insignificância, consoante jurisprudência consolidada da Primeira Turma desta Suprema Corte (v.g.: HC 109.739/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696 rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.10.2011; e HC 107.674, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.9.2011). Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora. (STF - HC: 107834 MG , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012)

(DOC. LEGJUR 103.1674.7565.2600)

STF. Furto. Bagatela. Princípio da insignificância como descaracterização da tipicidade penal. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. «Res furtiva» no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,81% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. CP, art. 155.

«O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade pe (...)

Deparamo-nos aqui, com o princípio da insignificância e seu emprego de separar todas as condutas sem grau de importância.

3.8 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

Para compreensão do seguinte princípio, em primeiro lugar devem-se levar em consideração quais os bens jurídicos, merecem a avaliação do Sistema Penal e quais são de menor relevância que poderão ser tutelados pelos outros ramos de Direito. Tal princípio constitui a base de construção do Direito Penal Mínimo.

Ocorre no princípio da intervenção mínimo denominado “Último Ratio”, a preocupação com os bens mais importantes á vida dentro da sociedade, com o objetivo de diminuição do absolutismo das penas máximas. Atua como forma de diminuição de poder Estatal. Sendo assim, antes de recorrer ao Direito Penal o delito deverão ser avaliadas de acordo com o nível de sua gravidade, quando os outros meios não forem suficientes para solucionar o conflito, essas penas seriam direcionadas em último caso.

Para Damásio (2012, p. 52) o princípio da intervenção mínima procura:

[...] restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

O princípio da intervenção mínima tem como função limitar o poder punitivo Estatal, contendo seus possíveis excessos, e meios irracionais, mais sim recorrer a meios alternativos de modo que, o Direito Penal só intervenha quando a lesão for de grave ameaça, assumindo um caráter subsidiário quando outras medidas se mostrarem ineficazes na atuação do delito. Para o doutrinador Cesare Beccaria (2010, p. 55) “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar mais criar outros novos.”.

Tal princípio é a alma do Direito Penal Mínimo, sua aplicação serve de orientação ao Legislador na criação e revogação de normas jurídicas. Necessário que este, ache um equilíbrio em relação à moderação na construção de Leis Penais.

“O legislador deve, por conseguinte, pôr limites à severidade das penas, quando o suplício não se torna mais do que um espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime”. (BECCARIA, 2010, p. 60).

Nas palavras de Maura Roberti (2001, p. 62):

[...] O Direito Penal deve estar presente nos conflitos sociais apenas quando for estritamente necessário e imprescindível, não além, impõe-se, assim, prévia, comprovação de que existem alternativas que não a criminalização.

Ou ainda, como ensina Nilo Batista (2004, p. 85):

Tem se entendido, ainda, que o Direito Penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

De acordo com o referido princípio visam influir diretamente na limitação punitiva Estatal desde elaboração das leis até a efetiva aplicação e execução penal. Como se vê, o Direito Penal tem condições para oferecer novas alternativas a uma proteção diferenciada. Limitando sua atuação em casos de estrito merecimento de sua tutela quando perturbarem o convívio social.

Se a missão do Direito Penal (do *ius libertatis*) é a de proteger os bens jurídicos mais importantes e se suas consequências são as mais graves porque sempre implicam privação ou restrição de bens fundamentais da pessoa, é de se concluir que a incidência da sanção penal deve, obrigatoriamente, ser a mínima possível. (GOMES, et al, 2007, p. 448/449) .

O princípio da intervenção mínima possui dois aspectos relevantes: o princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade que apesar da relação de complementariedade não apresentam o mesmo conteúdo como veremos a seguir.

3.8.1 Princípio da Fragmentariedade

O Direito Penal tem como primórdio a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, resume-se ao fato que, somente as condutas mais graves necessitam de sua proteção. O princípio da fragmentariedade decorre dos princípios da intervenção mínima, princípio da legalidade e o princípio da lesividade. Nilo Batista (2004, p. 86) cita Binding como primeiro penalista a registrar o caráter fragmentário conforme o seguinte trecho: “Não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mais a um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminaliza-los por ser este o meio indispensável de tutela jurídica”.

O Direito Penal tem como fundamento a segurança jurídica tutelada não apenas um, mas diversos ramos, por esta razão possui uma estrutura fragmentada. Damásio (2012, p. 52) conclui:

É consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima). O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E dentre estes, não os tutela de todas as lesões intervêm somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário

O poder Estatal só deve atuar em casos de necessidade, não se preocupar em sancionar todas as condutas lesivas, mais sim, aquelas que são insuportáveis para proteção social (que requerem maior atenção), em situações de extrema necessidade e, por conseguinte as demais lesões por outros meios. “Não deve se preocupar em sancionar todas as condutas lesivas ao bem jurídico, senão as ofensas que contam com especial gravidade.” (GOMES, 2007, p. 45). Assim, como levantado no princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade

aborda o que é ou não, relevante ou irrelevante, o que deve ou não ser protegido no Direito Penal. As infrações de menor potencial ofensivo deveriam ser descriminalizadas do sistema penal ficando a serviço de meios alternativos para resolução de conflitos. O Direito Penal atuaria de modo seletivo a crimes que obtenham maior relevância social, aqueles intoleráveis “[...] O caráter fragmentário do Direito Penal coloca em marcha um amplo processo de descriminalização ou de despenalização de comportamentos considerados na atualidade como delitivos.” (GOMES et al., 2007, p. 452).

Para a caracterização fragmentária é necessário a ver a essencialidade da conduta, ou seja, se é relevante (devendo ou não merecer a tutela penal), e pela intolerância da ofensa (somente os crimes de maior gravidade é que devem ser punidos pelo Direito Penal). O princípio da fragmentariedade impõe limites dentro do Estado Democrático, pois é um limite do *ius puniendi*, para que a conduta seja qualificada como ilícita deve haver tanto caráter essencial como a intolerância penal, expondo essas duas espécies a sanção deve ser aplicada. Toda intervenção Estatal que resulte em restringir a liberdade de ir e vir só pode ser justificada na medida em que sua incidência seja necessária, quando possível for substituída por outros meios. A pena se torna inútil no momento em que se torna desnecessária, quando se tratar de crimes de bagatela ou de estrita necessidade não deve incidir no caráter criminal.

3.8.2 Princípio da subsidiariedade

Em decorrência do princípio da intervenção mínima, se o Direito Penal deve atuar apenas no caso de maior relevo, em último caso, intervindo apenas quando as demais formas de conflito se mostrar insuficientes para a solução da lide, o Direito Penal se revestirá em caráter subsidiário. Nilo Batista (2004, p. 87) introduz o debate sobre a Autonomia do Direito Penal expondo:

A subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo que deve, portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente, sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos de Direito.

Dentro desse contexto a autora, Maura Roberti (2001, p. 102) afirma:

[...] O Direito Penal deve ser a última ratio, cuja legitimação para atuar decorre da certeza de que os demais ramos do Direito se revelam incapazes de solucionar o conflito social e dar proteção a bens jurídicos, o Direito Penal se reveste de uma característica subsidiária.

Cabe ao Sistema Penal apenas a proteção daqueles bens essenciais para uma vida em sociedade, a intervenção subsidiária é um meio limitador que esclarece que o Estado pode e deve dispor de outros meios de interposição.

O Direito Penal é um dos meios de ação de que a sociedade dispõe para lutar contra a criminalidade, porém ele possui um papel limitado nesse combate. O Estado Moderno, por outro lado dispõe de um verdadeiro arsenal de meios extra penais para cumprir com eficácia sua função protetora da ordem social, em consequência, não será legitimado a lançar mão de meios de especial severidade, como os penais, e sim cabe utilizar com êxito meios de natureza não penal, que são, conseqüentemente, menos devastadores. (ROBERTI, 2001, p. 102).

Ao falar sobre a subsidiariedade Nilo Batista a guisa de exemplo observou o crime de desobediência (Artigo 330 do Código Penal): "Desobedecer à ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses e multa".

Esse princípio tem uma curiosa aplicação contra legem, pois embora a lei não faça qualquer ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os Tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da autoritária disposição penal. (BATISTA, 2004, p. 87)

Fica evidente a necessidade do Poder Punitivo Estatal reconsiderar a emprego de diversas formas não só apenas, como meio mais econômico, mas também de maior eficácia, resguardando em último caso sua intervenção em inúmeros casos desprovidos de caráter sancionatório. Maura Roberti (2001, p. 103) finaliza em sua obra o devido princípio com o pensamento:

O princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de “economia social”, em que sempre haverá a opção a favor da intervenção menos lesiva, ou limitada dos direitos individuais, pois ao Direito Penal deve se reservar o lugar de último recurso para uso de uma sanção.

Encerramos o segundo aspecto relevante ao princípio da intervenção mínima, com exemplo atribuído por Gomes, et al, (2007, p. 443).

Exemplo: Quando o legislador no ano de 2001 queria criminalizar o delito de assédio sexual eclodiu um grande debate se realmente seria ou não necessária à tutela penal. Acabou preponderando a corrente incriminadora, porém hoje, como pena de prisão até 2 (dois) anos significa infração de menor potencial ofensivo, já ninguém contesta tal criminalização. A firme jurisprudência no nosso país, no sentido que não se configura o delito de desobediência quando há sanção administrativa para a conduta, é um exemplo de subsidiariedade do Direito Penal.

Quando houver uma sanção administrativa ou civil para a conduta, que não culmine em pena privativa de liberdade o Direito Penal se resguardará em último acontecimento.

3.9 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Por força do Princípio da lesividade ou ofensividade não se pode conceder a existência de todas as condutas que não representem ofensa ao bem jurídico mais, apenas aquelas ações graves que lesionem e representem perigo real e efetivo dano ao bem tutelado pelo direito.

O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós esse princípio pode ser extraído do artigo 98, I, Da Constituição Federal, que disciplina as infrações de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado. (JESUS, 2012, p. 52).

O Direito penal não é remédio sancionador para todo e qualquer tipo de lesão, estão proibidas concepções penais de qualquer crime. Diante da prática do fato deve haver a observância se houve ou não lesão ou perigo ao bem jurídico. Pois de nada adianta se a conduta ilícita não despertar danos. Luiz Flávio Gomes (2007 pag.464) trata a respeito: “Por força do princípio da ofensividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*)”.

O princípio da ofensividade possui duas espécies: a primeira valorativa (proteção de um valor) e a imperativa (impõe determinada conduta). Na primeira atua como limite

ao poder Estatal na medida de criação de condutas que só, poderão ser tuteladas se atribuírem algum grau de periculosidade. No segundo serão destinado aos interpretes das normas que só poderão atuar em encontro com os procedimentos na criação de normas estabelecidas pelo legislador.

Em outras palavras: dupla é a função do princípio da ofensividade no Direito Penal: (a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função interpretativa e prática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*). Esta dirigida ao legislador. A segunda configura um limite ao Direito Penal (ao *ius poenale*). Esta dirigida ao interprete e ao Juiz (ao aplicador da lei penal) [...] (Gomes, et al, 2007, p. 478).

Tomemos como exemplo o artigo 13 do Código Penal “Relação de Causalidade”: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não tenha ocorrido”.

Se a conduta, não provoca resultado, não precisa de inclusão na tutela penal. Considerando o princípio da legalidade devem ser extraídas sanções a que, não resulte em grave perigo.

3.10 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Para que haja crime é necessária à prática da conduta delituosa que caracterize a concretização do ato ilícito, ou seja, fato típico, antijurídico e culpável. Segundo Damásio (2012, p.53) afirma:

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuricidade). O juízo de culpabilidade que serve de fundamento e medida da pena repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo culpa e culpabilidade).

Ninguém será punido se não tiver agido com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), o princípio da culpabilidade é o fundamento da pena atua, na medida do grau de culpa do acusado devido à prática da conduta humana positiva ou negativa. O fato típico é a adequação da norma penal proibitiva provocando a conduta do ato ilícito. Assim, o fato típico do roubo é a apropriação de um bem alheio mediante grave violência enquadrado no artigo 157 do Código Penal Brasileiro que assim dispõe: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido a possibilidade de resistência. Pena reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa”.

Descreve-se, a vinculação do delito à pessoa do autor caso houver relação de causalidade (ação e resultado), a imputabilidade penal (capacidade de o réu entender e querer a obtenção do resultado), a culpabilidade em sentido estrito ou, a intencionalidade da realização do delito concreto que assume a forma de dolo ou culpa como veremos abaixo.

Os requisitos para aplicação da pena estão elencados da seguinte forma: Culpa no sentido estrito artigo 18, inciso II do Código Penal Brasileiro “Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Culpa em sentido amplo artigo 18, inciso I- Crime Doloso “Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”.

Desta forma, o Juiz deverá levar em consideração o referido artigo para aplicação da pena. Entretanto há algumas observações a serem feitas a partir do artigo 26 do Código Penal título III Da Imputabilidade Penal:

É isento da pena, o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao mesmo tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O agente é considerado inimputável quando não compreende o caráter ilícito da conduta, ou seja, não é capaz de fazer a distinção entre um fato lícito e outro criminoso. O Juiz também deve observar quando o agente for menor de 18 (dezoito) anos de idade na prática de delito, fulcro no artigo 27 do Código Penal: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na Legislação Especial.” Em casos de embriaguez completa caso fortuito ou força maior, em casos de dependência de substâncias entorpecentes descritos no artigo 28 do Código Penal:

§ 1º - É isento da pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nosso Código Penal também traz esculpido o artigo 21; erro sobre a ilicitude do fato, o artigo 22, coação irresistível e obediência hierárquica; ambos também interferem no fundamento da culpabilidade. O artigo 29 diz: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. No referido artigo a pena passará a incidir sobre o limite máximo de reclusão. No artigo 59 o Juiz estará vinculado à regra, para fixação da pena:

O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Numa análise final, conclui-se que o princípio da culpabilidade exige um sentido de censura da conduta, o juiz ao fixar a pena, não deve admitir fatos conferidos ao agente sem título de dolo ou culpa.

3.11- PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Todos os indivíduos privados ou não de sua liberdade devem ser tratados com respeito e integridade devido à dignidade da pessoa humana. A Declaração dos Direitos do Homem em seu artigo 5º dispõe: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante.”.

A Convenção Americana elencado no inciso II do artigo 5º apresenta semelhante redação. Datada em 1966 a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis dentro do artigo 10º, inciso I apresenta que o condenado: “deve ser tratado humanamente com respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana.”.

Dentro de nossa atual Constituição Federal em diversos dispositivos dispõe acerca do princípio da humanidade no artigo 5º inciso XLVI na Constituição Federal:

- a) Não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) De caráter perpétuo;
- c) De trabalhos forçados;
- d) De banimento;
- e) Cruéis.

Em decorrência o inciso XLVIII elenca: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo apenados;

“XLIX- é assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”.

“L- as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

Nenhum homem pode ser considerado culpado antes de proferida a sentença condenatória decretada pelo Juiz de Direito, sendo assim não se pode ser privado de sua liberdade sem a clareza de que é culpado pelo crime, nem deve ser submetido à tortura e punições que visam apenas ao sofrimento do acusado.

A pena nem “visa fazer sofrer o condenado”, como observou Fragoso” nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana” , como assinala ZAFFRONI e esse é o fundamento do Princípio da Humanidade.(BATISTA, 2004, p. 99).

Enfim, o Princípio da Humanidade proíbe a tortura, assim como tratamentos cruéis, desumanos e degradantes que afligem de maneira física e psíquica a condição do indivíduo. É de fato a afirmação que ainda estamos longe de conseguir um sistema penitenciário absolutamente humanista mais é de fato, a consagração obtida com o passar dos anos. Muito se fala da integração da pena de morte devido à aparição de maiores índices criminais, sobretudo, para crimes de terrorismo e tráfico de entorpecentes, mais não seria este regredir a ocasiões ameaçadoras de um Governo Tirano?

Um homem não possui o direito de tirar a vida de seu semelhante, não possuindo direito a vida deste. Toda pena brutal, compromete a vida do indivíduo, são intoleráveis, porque desconsideram a pessoa humana.

3.12 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal adotou o princípio da igualdade com o referido texto: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”.

Coliga-se o princípio da igualdade que, todos os cidadãos têm o direito a um tratamento igualitário na lei. Desta forma o artigo veda as desigualdades e as diferenciações arbitrárias, assim todos os que buscam o auxílio judiciário devem permanecer no mesmo grau de igualdade. Entretanto, inúmeras vezes nos deparamos a respeito de questionamentos a cerca do princípio da igualdade e sua forma funcional na vida cotidiana.

Existem, no entanto, duas concepções sobre a igualdade a se saber: a concepção paritária e as valorativas esclarecidas por Gomes, Garcia, Molina e Bianchini (2007, p.,. 539/540).

Por força da primeira a Lei deve ser genérica, impessoal e não pode comportar distinções (esse era o pensamento vigente no tempo da Revolução e da Constituição Francesa). Imaginava-se uma igualdade na Lei, descritiva. Era uma igualdade puramente informal, que tinha sustentação a generalidade da lei.

De conformidade com a segunda corrente (valorativa) é possível que haja distinções no plano descritivo, desde que justificada a diferença de tratamento. O decisivo é saber o fundamento da distinção e sua finalidade.

O princípio da igualdade opera no plano Legislativo e Executório impedindo a criação de tratamentos diferenciados, na edição de Leis. O Legislador não pode fazer diferenciações injustificadas com base no sexo, cor ou religião. No âmbito Executivo tanto o intérprete quanto a autoridade pública deve aplicar a Lei de maneira igualitária a mesma regra que se encontram nos casos semelhantes. Podemos observar o caso da Licença Maternidade de 120 dias e a Licença Paternidade no período de 05 dias úteis. Há um tratamento distinto entre ambos, mas de figura é justificável sem nenhuma discriminação.

3.13 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana tem seu fundamento com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão anunciada em 26/08/1789 na França que passa a expor, os direitos fundamentais e universais do cidadão, posterior a ela vem a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, ambos são elaboração de uma resposta aos abusos praticados pela hierarquia, além dos Direitos Individuais e Sociais. “Para termos uma ideia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) faz referências a uma série de direitos entre eles direitos individuais, direitos sociais e direitos humanos.” (FILHO, 2002, p.73)

Vejamos a análise do inciso I- Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum”.

Em seguida o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres nascem livres e iguais em dignidade e em Direitos dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Com a evolução desses direitos a Constituição de 1988 passou a assegurar conforme estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal “Dos Princípios Fundamentais” a ser descrito abaixo:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- A soberania
- II- A cidadania
- III- A dignidade da pessoa humana
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
- V- O pluralismo político

Parágrafo Único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.

A Constituição Federal no seu artigo 4º estabelece no inciso H – a prevalência dos direitos humanos, contudo observa-se também o artigo 5º “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” descrito: “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 à prosperidade nos termos seguintes.” Fulcro no artigo 5º parágrafo III – “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”.

Vladimir Brega Filho (2002. p 74/75) cita:

[...] O princípio da dignidade é o princípio que dá unidade a todo texto Constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos Constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

De acordo com o conteúdo das Declarações e dos artigos da Constituição levantaremos assim, suas características: Universalidade- ou seja, toda pessoa é detentora de direitos independentemente da raça, cor, nacionalidade ou religião, visando o bem comum (coletividade). A Liberdade- é livre toda manifestação de pensamento. Igualdade- “todos são iguais perante a Lei” apesar das classes sociais não havendo, hierarquia entre pessoas. Inviolabilidade- o princípio da dignidade humana não pode ser violado em hipótese alguma, é inviolável prescrito diretamente em Lei. Imprescritibilidade- não são prescritos sendo assim, não sofrem alterações com o tempo são de caráter imprescritível. Indivisibilidade- isto significa que o princípio da dignidade deve ser cumprido globalmente. Cabe ao Estado-Democrático o respeito e cumprimento na efetivação do determinado princípio na construção do Ordenamento.

3.14 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

São condutas socialmente aceitáveis e não atentam contra a Constituição Federal. Certas condutas são aceitas no meio social sejam elas, pelos costumes ou cultura não necessitam do amparo penal porque não são consideradas lesivas, na medida em que é aceita dentro do meio social mesmo considerada típica uma vez aceita socialmente é irrelevante seu caráter penal. Não se pode castigar o que a sociedade considera certo ou ao menos compreensível, devendo ser excluídas do âmbito da tipicidade. Vejamos um exemplo: A Constituição Federal tenta combater a venda de CDs e DVDs piratas mais é considerada, muito popular no âmbito social, esta adere como legal o consumo da pirataria, então não há porque a interferência da lei.

Assim, é que os delitos, que perderam sua relevância penal em virtude da alteração dos padrões morais e sociais que determinavam o seu caráter ilícito, não que ser extirpados do ordenamento jurídico, vez que, em face da nova realidade social, tipificações que se apresentam inócuas não devem ser mantidas. (ROBERTI, 2001, p. 141).

O legislador não deve intervir ou muito menos, proibir o cidadão contra sua vontade, se o legislador é o mandatário do povo, com a função de criar normas não há motivo de proibir uma conduta moralmente já considerada aceita. Beccaria (2010, p. 120) discorre a respeito para demonstração de meios para prevenir crimes:

Proibir uma porção de atos indiferentes aos cidadãos, não tendo esses nada de nocivo, não se previnem os crimes, mais ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as ideias habituais de vício e virtude, que, todavia se proclamam eternas e imutáveis.

Conforme, os valores sociais são modificados a lei deve acompanhar sua evolução, contravenções penais que antes eram erigidas a categoria de violação, hoje são tratadas naturalmente, de nada adianta a preocupação em manter certas condutas como proibitivas se não são relevantes a ponto de serem aceitas.

4. DO DIREITO DE PUNIR

4.1 EVOLUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Estudaremos agora a pena e sua evolução histórica, pode-se distinguir diversas fases de evolução como:

Fase Primitiva: Denominada de fase primitiva não havia escolas penais até o fim do século XVIII, a prisão servia apenas aos fins de custódia do réu, para resguardá-los fisicamente até serem executados ou julgados. Bitencourt (2004, p. 4) relembra que:

A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde os tempos imemoriais, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados e executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, a pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e as infames.

Nesse período, podemos distinguir três categorias de vingança penal são elas:

Vingança privada- a pena consistia em caráter vingativo, predominava práticas de tortura e morte, as penas eram todas corporais. Eram tidas com castigo utilizadas para sanar a lide. A pena não atingia ao princípio da proporcionalidade, como também o castigo se estendia a todo grupo familiar.

Vingança Divina - A prática de crimes era uma ofensa à Igreja, uma ofensa “divina”, possuíam caráter sacral o descumprimento aos “Deuses” merecia castigos graves e cruéis, aplicados pelos sacerdotes. Considerava-se o crime com um pecado contra as leis divinas.

Vingança Pública- Com o desenvolvimento, surge nas comunidades a figura do chefe ou assembleia. Na vingança publica, a igreja perde seu propósito sacral, a pena agora, era aplicada por uma autoridade publica.

Entre 1750 a 1850 surge o período humanitário, o povo cansado de tanta barbárie, e crueldade, pregava contra qualquer arbitrariedade sofrida, como reação a administração da justiça.

A partir do século XIX, nascem à preocupação com o criminoso, voltados as razões necessárias para o cometimento do delito. Surge o aparecimento do “Determinismo” com a tese de que por trás do crime há uma razão para justifica-lo. A pena e o tratamento carcerário levam em consideração fatores psicológicos e sociais. Essa fase foi chamada de científica ou positiva.

A igreja, desde a Idade Media colaborou para o início das prisões, mantinha o condenado, isolado em calabouços, torres até o momento de sua penitencia. Esses locais foram chamados de “prisões canônicas”, no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do condenado. A partir dai surgiram as palavras “penitenciárias” e “penitenciário”. Maura Roberti (2001, p. 29) ao fazer uma analise a respeito da evolução das penas de prisão narra que:

A história da pena nos revela que a privação da liberdade não existia nas praticas antigas como expressão autônoma de sanção. Antes que a pena privativa da liberdade fosse instituída como sanção penal, solução dada pelos iluministas do século XVIII, as penas eram todas corporais, como mutilações e açoites; adotava-se a pena de morte, com dezessete modalidades para executa-la; havia também as penas infames. Porem, um traço todas elas tinham em comum: eram violentas e muitas vezes arbitrárias. A privação da liberdade, até então, era utilizada exclusivamente para assegurar a execução da pena que havia sido aplicada.

Ainda a ilustre autora assevera:

A igreja, desde a mais alta Idade Media, em muito contribuiu para a institucionalização da prisão como pena, pois, com o objetivo de regenerar

moralmente o criminoso, através da penitencia e do arrependimento, o mantinha isolado em torres, subterrâneos de castelos ou em fortalezas; posteriormente, esses locais foram denominados de “prisão canônica”, para diferenciá-la da “prisão civil”, local destinado a prender o condenado até que chegasse o momento do cumprimento da pena corporal que lhe havia sido imposta. (2001, p.29)

Em 1557 instituições prisionais como a Casa de Correção de Bridewell, em Londres, a Casa de Trabalho de Amsterdam de 1596, e a instituição para menores infratores em Roma em 1704, foram criadas com estabelecimentos correcionais para abrigar os detentos.

No século XVI, a prisão começou a ser utilizada em substituição a pena de morte, os condenados eram obrigados a trabalhar como escravos, por meio de trabalhos forçados. Após o Iluminismo o Sistema Contemporâneo entrou em vigor, foram constituídos, sistemas penitenciários adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade. Os Estados Unidos no século XVIII; foi o primeiro País a elaborar um verdadeiro Sistema Penitenciário. Na segunda metade do século XIX, em Nova York surge o reformatório de Elmira, que se tornou conhecido pelo sistema prisional como os que vemos hoje, o preso era isolado, a pena era em regime progressivo, o trabalho era concedido aos presos de bom comportamento.

4.2 NECESSIDADE DA PENA PRIVATIVA PARA SEGURANÇA NACIONAL

Não se pretende ao longo deste trabalho, extinguir a ideia do Direito Penal apenas minimizar seus efeitos quando estritamente necessário. O Direito Penal é um instrumento de resposta em razão da criminalidade, não se pode eliminar de uma vez, sua existência, pois sempre existirão criminosos pelos seus atos que precisarão deste tipo de reprimenda. É uma necessidade para manutenção da boa ordem social. Ao se falar em criminalização, entende-se que é o processo que reconhece a conduta praticada como criminosa. É o meio delituoso, considerado ilícito, configurando aquele como infração penal. Pugna-se por uma pena privativa de ultima instancia somente aqueles crimes perigosos que não tenham possibilidade de recuperação. Maura Roberti (2001, p. 41) adverte:

Sabidamente a pena criminal é uma solução imperfeita não, repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõem um novo sacrifício social- mais, é uma “amarga necessidade” que deve ser aplicada para realizar os objetivos de reprovação e prevenção do crime.

Um individuo que tira a vida de outro, em hipótese alguma deve ficar impune, é de fato que a pena privativa de liberdade é tão perigosa, quanto inútil. Mais não há artifícios substitutivos para delinquentes tão perigosos a não ser a prisão. A pena se justifica pela sua necessidade. As penas privativas de liberdade estão previstas no Código Penal são as de reclusão e detenção. Os crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, ficando a pena de detenção reservada aos crimes menores. A coletividade sucessivamente haverá de carecer do Sistema Penal na batalha contra criminalidade, a pena privativa de liberdade não pode fraquejar em face aos delitos mais graves.

4.3 FINALIDADE DA PENA

Quando falamos em pena, a primeira coisa que vem em nossa mente é a palavra “punição”, contudo qual é o sentido da pena?

Ao falar deste capítulo, vamos levantar três ideias: a teoria da retribuição (Teoria Absoluta), prevenção (Teoria Relativa) e a ressocialização. Nesse sentido Ferrajoli (2002, p. 204) afirma:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim, em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou ainda, “ retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mais sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrario, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Em primeiro plano veremos o caráter retributivo, também conhecido por Teoria Absoluta, tem por finalidade a retribuição direcionada ao autor do delito por sua conduta ilegal, ou seja, é a aplicação da pena com efeito intimatório, estabelecido com critério punitivo e merecedor ao agente pelo mal que ocasionou. Tem como objetivo a repreensão do crime, para que novos indivíduos não cometam o mesmo.

Partindo agora, para outro ponto de análise, abordaremos a Teoria Relativa, ou de prevenção, nesta hipótese a pena tem como fundamento evitar a incidência de novos crimes, buscando prevenir eventos criminosos posteriores. Subdivide-se em duas vertentes: a preventiva geral (positiva e negativa) e preventiva especial (positiva e negativa).

- Prevenção geral negativa- conhecida também por prevenção por intimidação, a pena é sobreposta ao autor do crime, tende a reflexão da coletividade para que, estes não pratiquem novos delitos. Nesse sentido Greco (2011, p. 169) preleciona a respeito:

Por meio dessa vertente da prevenção geral, tida como negativa, a sociedade é advertida a respeito do Direito Penal tanto mediante ameaça da pena, em abstrato, contida na lei, como também na oportunidade em que essa mesma lei é aplicada, gerando a condenação de um de seus pares.

- Prevenção geral positiva- por meio da segunda vertente, em decorrência da prática do fato criminoso e a imposição da pena, os cidadãos ao presenciarem a execução penal, vejam as consequências pela prática do crime. Seguindo a opinião de Greco (2011, p. 169):

Nesta última hipótese, o agente, na verdade, serve de exemplo aos demais, fazendo com que sua condenação reflita em seu meio social, levando a compreensão de todos aqueles que o cercam, ou que, pelo menos, tiveram conhecimento da sua condenação, as consequências pela prática de determinada infração penal.

- Prevenção especial negativa- Após o ato criminoso, ocorre a retirada do indivíduo do convívio social, que somente ocorrerá quando aplicada a pena privativa de liberdade. Essa teoria procura evitar a prática do delito. O presente autor (2011, p. 170) ainda esclarece:

Por intermédio da prevenção especial negativa, busca-se levar a efeito a neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere, retirando o agente momentaneamente do convívio impedindo-o de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado.

- Prevenção especial positiva- é particularmente direcionada ao próprio indivíduo que cometeu a infração, com o intuito, que este não volte mais a infringir normas penais. Segundo Bittencourt (2004, p.129): “A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que não volte a delinquir”.

Parece- nos que ninguém mais crê, com a fantasia de ressocialização do preso. A sociedade não se deslumbra mais com a utilização da pena privativa de liberdade como função ressocializadora, com os altos índices de reincidência, rebeliões carcerárias, o contínuo aumento da população carcerária deixa transparecer, que o Sistema Prisional não cumpre sua função ressocializadora. Quando a instituição carcerária não cumpre sua função, devolve o condenado de volta ao nosso cotidiano, muitas vezes voltara à mesma vida de criminalidade, gerando ainda mais violência. Maura Roberti (2001, p. 47) analisando a respeito aduz: “Admitir a eficácia da função ressocializadora da prisão é desconhecer a realidade dos fatos, já que a prisão é um pena castigo que atinge o condenado em sua totalidade”.

Os presos em sua maioria são de origem humilde, vem de famílias desestruturadas que não obtiveram acesso à educação. No Brasil, Argentina e Peru reside o centro da APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado), dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados às penas privativas de liberdade, onde os presos são tratados de forma comum, o apenado é responsável em parte

por sua recuperação, o centro integra cursos profissionalizantes, e supletivos. Alguns dos seus elementos informadores são:

2. A APAC: metodologia

O método APAC se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e na convicção de que ninguém é irrecuperável, pois todo homem é maior que a sua culpa. Alguns dos seus elementos informadores são: a participação da comunidade, sobretudo pelo voluntariado; a solidariedade entre os recuperandos; o trabalho como possibilidade terapêutica e profissionalizante; a religião como fator de conscientização do recuperando como ser humano, como ser espiritual e como ser social; a assistência social, educacional, psicológica, médica e odontológica como apoio à sua integridade física e psicológica; a família do recuperando, como um vínculo afetivo fundamental e como parceira para sua reintegração à sociedade; e o mérito, como uma avaliação constante que comprova a sua recuperação já no período prisional.

Na preciosa lição de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003, p. 126) com argúcia estabelecem inúmeras consequências em relação às penas prisionais.

Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisionização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo da impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que prevenção especial não passa de um elemento do discurso.

A APAC é quase desconhecida no Brasil, nesse método os condenados têm trabalho e educação, propiciam ao preso à oportunidade de reinserção social, é um procedimento menos extremista e com mais resultados. Não se obtém a segurança social somente com punições, aglomerando presos atrás de grades, mais com serviços, educação, respeito e consideração ao princípio da dignidade humana.

5. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO MEIO DE PENETRAÇÃO NOS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

5.1 CONCEITO E PROCESSOS DESCRIMINALIZADORES

O processo de descriminalização consiste na retirada do âmbito penal, a conduta criminosa que não possui caráter de gravidade, ou seja, um simples crime de bagatela, de menor potencial ofensivo. No âmbito da descriminalização embora, algumas condutas sejam típicas, não são consideradas pela coletividade como criminosas, essa ideia é vinculada ao princípio da adequação social. Se a infração não é considerada ilícita, não tem motivo para o ordenamento jurídico a mantenha assim. Não é matéria a ser tutelada pelo Direito Penal, podendo simplesmente recorrer a penas alternativas. Maura Roberti (2001, p. 139), com argúcia, observa:

Importa consignar que na descriminalização de fato, que esta diretamente vinculada ao princípio da adequação social, muito embora a conduta permaneça típica no ordenamento jurídico, a sociedade em geral não atribui a ela caráter delitivo, [...]. Esse processo de descriminalização formal, o que é perfeitamente compreensível, na medida em que a fonte originária do Direito Penal é a consciência do povo e, portanto se esta não mais atribui ilicitude a um determinado comportamento social, não existe razão para que o ordenamento jurídico o mantenha como criminoso.

Ocorrem na descriminalização três elementos estruturantes: A) descriminalização formal- retira- se o caráter criminoso do fato, mais não do âmbito penal, significa dizer, que a infração ainda é proibida, porém, deixa de ser considerada criminosa. B) descriminalização penal que modifica o crime em infração administrativa- deste modo, elimina o conceito delituoso do fato, transferindo-o para outros ramos de direito sancionador. C) descriminalização substancial ou total- consiste no

afastamento da atitude criminosa, deixando de atribuir sua ilicitude penal, lhe legalizando completamente (não gera qualquer forma de sanção civil ou administrativa).

5.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS E DA GRAVIDADE INSIGNIFICANTE

Primeiramente elaboremos uma breve conceituação o que é uma contravenção penal?

A Lei de Introdução Penal dispõem em seu artigo 1:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente ou cumulativamente com a pena de multa, contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou de ambas, alternativa ou cumulativamente.

A contravenção penal é a prática do ato penal, punida apenas com prisão simples ou multa, é relacionada diante aos crimes de menor potencial ofensivo. Ademais, o Código penal em seu artigo 33, reconhece duas espécies de regime de pena privativa de liberdade são elas: a pena de reclusão e detenção. A pena de reclusão é bem mais rigorosa que a detentiva, difere-se pelo regime penitenciário, a qual deve ser cumprida em regime fechado ao contrario da pena de detenção se dará em regime semiaberto, ou aberto ao qual o individuo estará sujeito. Observemos assim o Capítulo VII da Lei 3.688 algumas das contravenções penais em espécie:

- jogos de azar (artigo 50);

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele;

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

c) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

- jogo do bicho (artigo 58);

Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

-vadiagem (artigo 59); entre outros.

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena

Podemos também citar a Lei 11.343/2006, artigo 28:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas;

- I- Advertência sobre os efeitos das drogas;
- II- Prestação de serviços à comunidade;
- III- Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...]

A posse de drogas para consumo pessoal, não é mais considerada criminosa, mesmo, ainda sendo ilícito seu uso. Portanto, houve uma descriminalização formal da conduta, este, não foi retirado do âmbito penal, mais houve uma minimização de seus efeitos.

Assim, alguns tipos de contravenções penais são erigidos à categoria moral ou de mero desajuste social, por sua vez alguns nem são reprovados pela sociedade. Essas condutas de gravidade insignificante ou de aceitabilidade social, como vimos no princípio da adequação social, que não se integre a ilicitude devido a serem aceitas com naturalidade, não há fundada razão para que o Direito Penal insista em atuar nestas bagatelas, se são passíveis de retirada do ordenamento e serem solucionadas por meio de soluções extra- penais.

5.3 DESPENALIZAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E SUBSTITUTIVOS PENAIIS JÁ EXISTENTES

A despenalização é o ato de tornar a pena mais branda, aplicada ao delito sem descriminaliza-lo, sem a retirada de sua ilicitude. Com isso, o agente ainda

responderá pelo ato infracional, contudo, haverá a substituição da pena privativa por uma de outra natureza. No ato da despenalização a conduta permanece criminosa, mais ocorre uma redução quantitativamente da sanção. Gomes, et al, ensinam (2007, p. 57):

Despenalizar significa adotar institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução.

Ao haver conceituado os processos despenalizadores, vamos ao segundo momento e falar dos chamados “substitutivos penais” o Código Penal faz menção a eles:

Art.43- As penas restritivas de direito são:

I-prestação pecuniária;

II-perda de bens e valores;

IV-prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V-interdição temporária de direitos;

VI-limitação de fim de semana

Estes aderem penas alternativas, para evitar restringir uma pena privativa de liberdade, o juiz atendendo os pressupostos de admissibilidade poderá optar por alguns desses institutos:

- Sursis (artigo 77 do Código Penal);

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I-o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II-a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III-não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art.44 deste Código;

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

- O livramento condicional (artigo 83 do Código penal);

O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I-Cumprida mais de 1/3 (um terço) da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II- Cumprida mais da ½ (metade) se o condenado for reincidente em crime doloso;

III- Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para promover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV-Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V-Cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo Único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

- Anistia, graça e indulto (artigo 107, II do Código Penal);

Extingue-se a punibilidade:

I-pela morte do agente;

II-pela anistia, graça ou indulto;

III-pela retroatividade da lei que não considera o fato como criminoso;

VI-pela prescrição

V-pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada,

VI-pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite;

IX-pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

- regime aberto (artigo 36 do Código penal) ou semiaberto (artigo 35 do Código Penal);

Art.35. Aplica-se a norma do art.34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Art.36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins de execução ou se, podendo, não pagar multa cumulativamente aplicada.

5.4- MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95

A Lei 9099/95 teve como vigência em 26/09/1995, denominada Lei do Juizado Especial Criminal, tem como principal objetivo a reparação do dano e a imposição de pena não privativa de liberdade. É uma medida despenalizadora que visa evitar a instauração da ação penal, possui o intuito de buscar o consenso entre as partes nas resoluções de conflitos, direcionada aos crimes de menor potencial ofensivo. Com base no art.º 61 desta Lei considera-se contravenção penal: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as

contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos ,cumulada ou não com multa”.

Nos dizeres de Maura Roberti (2001, p. 147):

Em aparente simplicidade, a Lei nº 9099/95, esculpindo um sistema próprio de justiça penal, enfatizando a consensualidade, rompeu o tradicionalismo jurídico, aplicando, muitas vezes imediatamente, a pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da denúncia. A aplicação do princípio transacional, cuja homologação e cumprimento gera a extinção da punibilidade, foi uma das inovações revolucionárias desta lei.

Essa Lei tem previsão Constitucional no art.º 98 I da Constituição Federal/88:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I-juizado especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A Lei dos Juizados Especiais tem seu alicerce nos princípios da celeridade (os atos devem ser céleres, rápidos e eficazes), economia processual (máxima eficiência na aplicação do direito com o menor numero de atos), informalidade (dispensa rigor formal), oralidade (o ofendido pode optar pelo oferecimento de representação oral sendo reduzido a termo) e simplicidade.

Abordaremos agora as medidas despenalizadoras, a saber:

- Composição Civil Dos Danos (art.º 74,§ único da Lei 9099/95): “Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada a representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

Em primeiro atua priorizando a vítima no processo, não em segundo plano como ocorre em direito penal. Nas palavras de Maura Roberti (2001-pág. 150) explica: “A busca de solução para o conflito social não pode relegar a vítima para um segundo plano, como ocorre quando o direito penal atua”.

-Transação Penal (art.º 76 da Lei 9099/95):

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Em um segundo momento o Ministério Público e o autor em consonância de modo antecipado, podem atribuir imposição de pena de multa ou restritiva no próprio ato de audiência preliminar para evitar, a instauração de um processo criminal. Há exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação, penal.

-Representação nas Lesões Corporais Culposas e Leves (art. 88 e 91):

Art.º 88 além das hipóteses do Código Penal e da Legislação Especial dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Art.º 91 nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30(trinta) dias sob pena de decadência.

-Suspensão Condicional do Processo (art.º 89):

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, a oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2(dois) a 4(quatro) anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido

condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art.º 77 do CP).

A própria Lei permite a suspensão de processo, por um período estabelecido e mediante certas condições, como alternativa a pena privativa de liberdade. Pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal sumula 723: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Ou nos dizeres do Supremo Tribunal de Justiça sumula 243:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

Sob a visão do Direito Penal Mínimo a Lei 9099/95 é um marco no sistema penal, a lei da início, as disposições gerais dos Juizados Especiais, trazendo diversas medidas despenalizadoras. Por meio dessa disposição após a concepção dos juizados os crimes de menor potencial ofensivo se tornaram mais eficazes, além da participação da vítima no processo e a ressocialização do infrator. É um aspecto positivo de mudança de níveis menos agressivos, diferentes dos abordados pelo direito penal, a finalidade dos juizados especiais é evitar penas privativas de liberdade, mais sim puni-los através de penas restritiva ou multa.

5.5 CRISE NO ATUAL SISTEMA DE PENAS E PERSPECTIVA DE REFORMA

A falência do sistema prisional esta em profunda crise. Para esta crise tem contribuído inúmeros fatores: as organizações criminosas tomam conta dos múltiplos presídios, que o Poder Público acredita ser a solução para a violência. O loteamento irregular de presos continua aumentando e o numero de violência não diminui. Esse

colapso abrange também o objetivo de ressocialização do condenado o que não passa apenas de uma ilusão, a prisão não atinge mais sua meta, de obter algum efeito positivo ou negativo do apenado. As facções criminosas recrutam novos presos com desígnio de serem ainda maiores. Sob esse aspecto Bitencourt (2004, p.155) discorre:

[...] insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mais que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

O ambiente carcerário cruel e desumano, se tornou conhecido por meio da mídia, com a superlotação de presos dentro de celas, à falta de higienização são causadoras de doenças são uma ofensa ao princípio da dignidade humana. Abusos, maus-tratos, castigos cruéis dirigidos aos reclusos, consumos de drogas dentro das próprias prisões penitenciárias, e por fim os altos índices de abusos sexuais. Um dos problemas mais graves ocasionados a uma vida de reclusão são os fatores psicológicos que nunca poderão ser recuperados a tanta barbárie. Maura Roberti (2001, p. 49) faz uma observação acerca do quadro prisional:

Comparando-se os horrores que a história nos retrata acerca dos prisioneiros da época medieval com o quadro penitenciário que hoje estamos vivenciando, patente resta à similitude entre ambos. O nível de degradação moral e física que caracteriza o encarcerado hoje é público e notório. O ambiente carcerário, em face da massificação do sistema, é propício a promiscuidade e a degradação do ser humano. Os conflitos entre presos e entre estes e a administração é uma constante; basta para isto verificarmos as rebeliões rotineiras, onde os encarcerados reivindicam melhores condições dentro do presídio. Ainda devemos levar em consideração as fugas em massa, o tráfico de drogas dentro do sistema carcerário e a “escolaridade” galgada pelo preso junto aos outros mais experientes.

Com brilhantismo a ilustre autora (2001, pag.49) ainda enfatiza:

Os detentos são vítimas esquecidas de violações dos direitos humanos cometidos no Brasil. Sem serem vistos, trancados no interior de uma prisão ou delegacia, permanecem esquecidos pela sociedade. O desprezo que muitos expressam por criminosos e suspeitos serve para justificar o horrendo tratamento que recebem pela polícia. As pessoas, quando presas, não perdem seus direitos humanos; quando perdem a liberdade, tem direito a não sofrer espancamentos, tortura ou maus-tratos por parte de policiais e guardas. Tem direito a assistência médica adequada quando necessário, a condições decentes de detenção, tais como espaço suficiente para deitar e dormir, água limpa nas celas para beber e cuidar da higiene, ar fresco, luz natural e instalações sanitárias livres de entupimentos por detritos.

O Sistema Penal inflige diversas violações dos direitos humanos, principalmente o princípio da dignidade humana consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, além do princípio da humanidade, e é assim que os políticos dizem “vamos fazer um Brasil melhor”, violando um dos maiores direitos supremos da própria República. Presos ou não todos gozamos desses direitos, o direito de possuir necessidades fundamentais para manutenção da sobrevivência, o direito a vida e a dignidade.

6. CONCLUSÃO:

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que o sistema penal esta em falência. Através da mídia temos nos deparados com noticias de crimes horrendos de máxima crueldade que nos deixa extremamente chocados, com tanta brutalidade, mesmo com a quantidade de normas incriminadoras não se consegue reprimir a criminalidade que se mostra crescendo cada vez mais. Diante destas situações como se deve proceder? O que fazer nestes momentos de medo e insegurança com a nova realidade? Seria talvez abolir todo o Sistema Penal? Ou mesmo inserir no Ordenamento Jurídico punições ainda maiores? Ou talvez repensar, assentir um novo rumo, um equilíbrio entre ambas vertentes. Vejo através do Direito Penal Mínimo uma evolução, um meio intermediário entre punição e racionalização. Entupir o Ordenamento de normas penais não necessariamente significa menos delitos, porque a pena privativa de liberdade não denota ressocialização, são mais crenças e promessas do que realidade.

Não alcançaremos todas as soluções com a adoção do Direito Penal Mínimo mais é um avanço. O Direito Penal não pode resolver todos os problemas, encontra-se inflacionado no cumprimento de suas funções, os esgotamentos na pena de prisão estão cada vez mais claros. As desigualdades sociais também estão por todo o lado, crimes do colarinho branco recebem punições mínimas (se é que podemos dizer “punição”) um Direito Penal efetivamente seletivo, enquanto um homem que furta para manter sua sobrevivência é tido como criminoso incorrigível, com penas máximas, a que ponto chegamos?

A finalidade, portanto, de um Direito Penal Mínimo é evitar penas desnecessárias, buscando somente proteger os bens necessários ao convívio social, os problemas que afligem a coletividade. Preservar os princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal, fundamentando e limitando o *ius puniendi*. Ao Estado Democrático de Direito cumpre construir soluções, deixando de aplicar a pena de privação de liberdade descontroladamente. Uma coisa que não faço e não farei, é

pregar por penas mínimas em casos de terrorismo ou crimes hediondos, neste projeto reconhecemos que a pena de prisão é indispensável, afastando-se a ideia de abolição do Direito Penal. Mais na tentativa de contribuir para um Direito Penal Mínimo, que sejam eliminados, todas as infrações penais que não atenderem um grau significativo, a fim de que, a Justiça possa se empenhar com aquilo que seja importante para a sociedade e intervir somente em casos estritamente necessários.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal- Introdução a Sociologia do Direito Penal**-Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3ª Ed, Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9ª. Ed., Editora Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª Ed, Editora Edijur, 2010.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão-Causas e Alternativas**. 3ª Ed, Editora Saraiva, 2004.

CANOTILHO, JJ.Gomes. **Direito Constitucional** Editora Coimbra Almedina. 1993.

_____, JJ.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª. Ed, Editora Coimbra Almedina, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª. Ed. 2ª Tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo Manual Básico de Criminologia**-Tradução Ney Fayet Junior, 1ª Ed., Livraria do Advogado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão-Teoria do Garantismo Penal**. 6ª Ed, Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1ª. Ed., Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; GARCIA, Antônio; MOLINA, Pablos e BIANCHINI, Alice. **Direito Penal Vol I. Introdução e Princípios Fundamentais**. 2ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio-Uma Visão Minimalista do Direito Penal**, 6ª Ed, Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: parte geral**. 33ª. Ed., Editora Saraiva , 2012.

LUISSI, LUIZ. **Os Princípios Constitucionais Penais**, 2ª Ed, Editora Sergio Antônio Fabris, 2003.

MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20ª Ed, Editora Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2ª. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões**. 1ª Ed, Editora Forense, 2002.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**, Revista dos Tribunais, 2003.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**, 1ª Ed., Editora Sérgio Antônio Fabris, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**, 2ª Tiragem, Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª Ed. 6ª Tiragem, Editora Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro vol. I** 4ª Ed., Editora Revan, 2011.