

Prospectiva (Frutal-MG).

A desigualdade social como prerrogativa para a interferência do legislador na fixação de penas e tipificação de condutas.

Alanna Quadros de Oliveira Soares.

Cita:

Alanna Quadros de Oliveira Soares (2016). *A desigualdade social como prerrogativa para a interferência do legislador na fixação de penas e tipificação de condutas*. Frutal-MG: Prospectiva.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/51>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pVe9/SVk>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Alanna Quadros de Oliveira Soares



**A desigualdade social como prerrogativa
para a interferência do legislador na
fixação de penas e tipificação de condutas**



Alanna Quadros de Oliveira Soares

A desigualdade social como prerrogativa para a interferência do legislador na fixação de penas e tipificação de condutas

Frutal-MG
Editora Prospectiva
2016

Copyright 2016 by Alanna Quadros de Oliveira Soares

Capa: Jéssica Caetano

Foto de capa: Internet

Revisão: A autora

Edição: Editora Prospectiva

Editor: Otávio Luiz Machado

Assistente de edição: Jéssica Caetano

Conselho Editorial: Antenor Rodrigues Barbosa Jr, Otávio Luiz Machado e Rodrigo Portari.

Contato da editora: editorapropectiva@gmail.com

Página: <https://www.facebook.com/editorapropectiva/>

Telefone: (34) 99777-3102

Correspondência: Caixa Postal 25 – 38200-000 Frutal-MG

OLIVEIRA SOARES, Alanna Quadros de.

A desigualdade social como prerrogativa para a interferência do legislador na fixação de penas e tipificação de condutas. Frutal: Prospectiva, 2016.

ISBN: 978-85-5864-039-8

1. Igualdade Social. 2. Fixação de Penas.
3. Inconstitucionalidade Legislativa. I. OLIVEIRA SOARES, Alanna Quadros de. II. Universidade do Estado de Minas Gerais. III. Título.

Aos meus pais, Agelson e Nildete,
principais incentivadores dessa
conquista. A vocês meus amores o
meu muito obrigada.

AGRADECIMENTOS

É difícil agradecer a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para que esse sonho se realizasse. Nos momentos de alegria e aflição, foram muitos os que me estenderam a mão, por isso primeiramente eu os agradeço de todo coração.

Não poderia deixar de agradecer ao autor da minha vida, digno de toda honra e toda glória, meu amado e querido Senhor Jesus. É graças a Ele que hoje estou realizando esse sonho, graças à Sua benevolência, misericórdia e amor incondicional por mim. Sem Sua mão eu não andaria tão longe, nem teria forças para suportar as pedras que surgiram durante a caminhada, por isso amado Deus, o meu muito obrigada e a minha gratidão a Ti.

Agradeço aos meus maiores incentivadores Agelson e Nildete, que nunca foram apenas pais e sim amigos, confidentes e cúmplices durante toda a minha vida. Obrigada meus amores por todas as concessões que fizeram para que eu pudesse realizar esse sonho, por muitas noites em claro, consequência de preocupações, orações e saudades. Obrigada por nunca refrearem os meus sonhos e vãos, ainda que distantes. Sei que para vocês não foi fácil lançar ao mundo a única filha, mas o desejo de me ver crescer

os fizeram abrir mão de me ter ao lado seus. Eu os amo com toda a minha alma. Saibam que essa conquista é nossa!

Através deles, estendo minha eterna gratidão aos pais que essa faculdade me presenteou, Rogerio e Regina, sinônimo de amor, doação e bondade. Vocês me acolheram como uma filha e hoje não consigo deixar de mencioná-los quando alguém me pergunta sobre os meus pais. Não sei nem mensurar o amor e a gratidão que sinto por vocês, no momento em que mais ansiei por minha família, Deus os trouxe para mim. Agradeço pelo amor, pela consideração, pelas preocupações, pelas palavras de conforto e o abraço acolhedor. Não é comum vermos alguém abrindo as portas de casa para um desconhecido e vocês com todo esse coração grandioso não levaram em consideração todos os motivos levantados para que isso não desse certo. Vocês confiaram em mim e um pedaço do meu coração eu deixo aqui com vocês.

Assim como pais eu também ganhei irmãos, os irmãos que a vida trouxe e o amor uniu. Nádia, Diego e Maísa, vocês fizeram os meus dias mais coloridos e felizes e a minha vida uma bagunça.

Nádia, você foi o meu porto seguro, minha psicóloga, confidente, irmã, cúmplice, sócia nos trambiques da vida e acima de tudo uma amiga

paciente. Perdi as contas de quantas vezes chorei em seu colo, e você me levantou, mandando eu ter fé e acreditar.

Diego e Maísa, obrigada por terem me aceito na vida vocês, não é fácil receber uma pessoa que não se tem parentesco em casa, mas vocês não só me receberam, como abriram o coração para mim e me permitiram conhecer a sensação de ter uma família grande.

Diego, esse trabalho é seu também, você que com todo amor do mundo revisou, corrigiu, opinou e me incentivou. Obrigada por ser meu professor de inglês, francês, violão e personal stylist, eu amo você meu menininho.

Maísa, obrigada pelas risadas, pelos macarrões noturnos, pela busca incessante pelo alimento, pelas fofocas e pelos filmes sábado à noite. Você foi minha irmã companheira de todas as horas.

Agradeço aos meus inestimáveis familiares e amigos, que me incentivam e vibram a cada conquista. Agradeço à minha tia Vera, que nunca mediu esforços para cuidar de mim, sempre com boa vontade, amor e capricho. Agradeço também à minha tia/mãe Beré, que sempre lutou, acreditou e me encorajou a seguir em frente e de cabeça erguida e aos meus avós, exemplo de honestidade e caráter.

Agradeço também ao meu querido professor orientador Fausy Vieira Salomão, que de bom grado aceitou dividir seus conhecimentos comigo, além de se mostrar essa pessoa maravilhosa, humilde e sempre disposta a ajudar. Obrigada pela paciência, profissionalismo e disponibilidade.

Aos meus professores durante toda essa trajetória, que não mediram esforços para nos ver crescer, em especial ao professor Ronaldo Fenelon que acompanhou com carinho e empenho esse trabalho, orientando e sugerindo valiosos ensinamentos.

Por fim, não poderia deixar de mencionar os meus amados e queridos Bananis. Paulo, Aline, Lorena, Nádia, Rogério, Rayan, Mayara e Ítalo, vocês foram sem sombra de dúvidas a melhor parte dessa faculdade. Obrigada pelas gargalhadas, farras, fofocas e companheirismo sempre, eu amo vocês.

“Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a fé. Desde agora, a coroa da justiça me está guardada, a qual o Senhor, justo juiz, me dará naquele dia; e não somente a mim, mas também a todos que amarem a sua vinda.”

II a Timóteo 4:7-8

SUMÁRIO

NOTA DO EDITOR.....12

INTRODUÇÃO.....13

1 A IGUALDADE COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL.....17

1.1 Evolução dos Direitos Fundamentais.....17

1.2 Direitos Fundamentais X Garantias Fundamentais...22

1.3 Princípio da Igualdade e Direitos Humanos.....24

1.4 Igualdade Formal X Igualdade Material.....32

2 A FIXAÇÃO LEGISLATIVA DA PENA.....40

2.1 Origem e evolução Histórica das Penas de Prisão.....41

2.2 Teorias sobre a Função da Pena.....49

2.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da pena.....50

2.2.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Penas.....56

2.2.3 Teorias Mistas ou Unificadoras das Penas.....59

2.3 Aplicação das Penas e Critérios Valorativos.....61

2.3.1 Princípios Reitores das Penas.....63

2.3.2 Aplicação das Penas.....67

2.3.2.1 Regras Básicas sobre a Aplicação das Penas.....67

2.4 Individualização da Pena.....93

3. A FIGURA DO LEGISLADOR COMO FATOR DE INTERFERÊNCIA NO ESTABELECIMENTO DA SANÇÃO PENAL.....	104
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS.....	132

NOTA DO EDITOR

O trabalho de Alanna Quadros de Oliveira Soares, que é aqui publicizado para a sociedade, logo contribuirá para os que se interessam pelos estudos jurídicos e suas mais diversas áreas correlatas possam enriquecer seus conhecimentos a partir da contribuição acadêmica da autora.

Como trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal, contou com a orientação do competente Professor Fausy Salomão.

A versão original impressa poderá ser consultada na Biblioteca da Unidade de Frutal. Estou muito feliz por ter a autora contribuindo com a popularização da ciência e a divulgação científica quando nos permitiu publicar seu trabalho para torná-lo acessível para consulta gratuitamente na *internet*.

Professor Otávio Luiz Machado
Editora Prospectiva

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal prevê que todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O Princípio da Igualdade no tocante à sua aplicabilidade revela o direito que o cidadão possui de gozar de tratamento isonômico perante a lei, sendo vedado nesse sentido a aplicação de atos arbitrários e abusivos não abraçados pela Constituição Federal.

O referido princípio visa assegurar a atuação imparcial e justa por parte dos legisladores, intérpretes da lei e autoridades públicas e particulares, vedando assim, que o legislador crie e aplique normas inconstitucionais, e que os intérpretes e autoridades venham a aplicá-las de modo a disseminar o tratamento discriminatório. O Princípio da Igualdade baseia sua aplicabilidade de duas formas: perante a lei e na lei. Na primeira infere-se que a igualdade seja aplicada ao caso concreto independentemente da situação analisada; a segunda no entanto, prevê que as normas jurídicas não podem ser aplicadas caso haja alguma distinção, seja de cunho racial, filosófico, político ou classe social, não acobertados pela Carta Magna.

A igualdade material entretanto, preconiza que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. É possível perceber no entanto, que parte dessas desigualdades são efetuadas e aplicadas ao caso concreto pelo próprio constituinte, que sanciona penas controversas a casos de semelhante gravidade, levando em consideração o poder aquisitivo daqueles que sofrem determinada conduta criminosa. A linha tênue entre essas duas correntes constitucionais nos leva a questionar até que ponto o tratamento desigual aos desiguais não gera inconstitucionalidade.

Nesse sentido, é importante salientar que embora refutável, as desigualdades sociais tem sido fator preponderante no estabelecimento das sanções por parte do legislador, caso contrário não teríamos penas tão diferentes aplicadas a crimes de semelhante gravidade.

O desrespeito a tal princípio acontece quando as leis tratam de determinados assuntos de formas diferentes, sem apresentar justificativas plausíveis para tanto, em situações que teoricamente deveriam ser aplicadas medidas equiparadas.

Dessa forma, a interpretação do legislador ao fixar penas discrepantes a determinados crimes, nos leva ao entendimento de que condutas dolosas

praticadas contra pessoas de possível poder econômico elevado devem ser majoradas em relação às sofridas por pessoas de classe econômica inferior.

Nessa esfera, o presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo elucidar casos em que a tipificação da conduta dolosa, bem como a fixação de penas pelo legislador é aplicada levando-se em consideração o poder socioeconômico do indivíduo afetado.

A problemática abordada no referido trabalho está justamente no fato de o legislador investido de competência e dever para com a justiça tomar decisões arbitrárias, cujas consequências geram grande desigualdade e desrespeito aos princípios assegurados pela nossa norma Pátria.

Sendo assim, o presente estudo analisará preliminarmente as formas de igualdade previstas em nosso ordenamento jurídico, assim como a sua aplicabilidade, levando em consideração possíveis violações aos Direitos Humanos.

Posteriormente, serão abordadas as formas de fixação legislativas da pena, levando-se em consideração todo o trajeto e elaboração das sanções por parte dos legisladores.

Por fim, adentrar-se-á ao tema propriamente dito, que versa justamente sobre a desigualdade social como fator de interferência no estabelecimento da sanção. Logo, a pesquisa requer um estudo interdisciplinar à luz do Direito de Igualdade, Direitos Humanos, Direitos Constitucionais e Direito Penal.

Além da apresentação dos abusos relacionados à tipificação e aplicação de sanções, o presente trabalho abordará também a presença de tal desrespeito analisando as discrepâncias existentes no juízo de valoração dos crimes de Redução a condição análoga à de escravo e Extorsão mediante sequestro, levando-se a estudo o valor majorado deste e a incidência de tal crime sobre pessoas com condições socioeconômicas melhores, e em relação ao primeiro, tomando por base a inferioridade da sanção imposta e a sua incidência sobre pessoas de condições econômicas mais baixas.

Espera-se que o presente estudo possa levantar questionamentos acerca das atitudes abusivas do legislador, no que tange à aplicação de medidas arbitrárias e desrespeito constitucional, evidenciando sobretudo as sanções punitivas que poderiam ser aplicadas ao transgressor da lei.

1 A IGUALDADE COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

O Estado Democrático de Direito, determina em seu texto legal o conceito de democracia e os mecanismos necessários para a sua efetiva aplicabilidade. Os direitos e garantias fundamentais nascem pois, da necessidade de se garantir a todos os indivíduos, sem distinção de raça, cor ou credo, dignidade e igualdade de condições.

Sob esta ótica, o presente trabalho analisará o caminho seguido pelos direitos e garantias fundamentais para que hoje possam ser livremente assegurados a todos os cidadãos.

1.1 Evolução dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de se delimitar os poderes delegados aos representantes do povo, ratificando que a atuação dos mesmos não deve se dar em caráter absoluto. Esse limite prevê garantias individuais e coletivas na vida dos cidadãos, no que diz respeito ao relacionamento uns com os outros e na própria relação com o Estado. Assim, na visão de Canotilho os direitos fundamentais cumprem

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos. *A priori*, o anúncio dessa nova classe de direitos se deu a partir dos ideais da Revolução Francesa de **liberdade, igualdade e fraternidade**, fazendo emergir assim os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão, que posteriormente evoluíram para os de 4ª e 5ª dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que versam sobre as garantias individuais

¹ CANOTILHO, J.J., apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo. Atlas, p. 33, 2011.

e as liberdades públicas do indivíduo, marcando a passagem do Estado autoritário e soberano para um Estado novo, de direitos, levando em consideração as liberdades individuais e o direito do indivíduo de se opor às vontades do Estado, evidenciando a autonomia do cidadão diante as imposições do mesmo.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são caracterizados pelos direitos sociais, econômicos e culturais, além dos direitos de coletividade. Assim como os direitos de primeira dimensão, marcaram a transição de um novo aspecto social, impulsionados pela Revolução Industrial Europeia, onde os indivíduos enfatigados com péssimas condições de trabalho buscaram melhores condições e normas de assistência social.

Sobre os direitos de 2ª dimensão, Themistocles Brandão Cavalcanti assevera que:

o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles

relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.²

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram das constantes mudanças ocorridas no cenário internacional, relacionadas ao avanço tecnológico e científico, como também do desenvolvimento da sociedade de massa. É importante frisar que o desenvolvimento dessa sociedade e das tecnologias em geral acabaram por disseminar problemas e preocupações com o ambiente em que o indivíduo está inserido. É a partir desse momento que surge então a ideia de preservacionismo ambiental, qualidade de vida, progresso, proteção aos consumidores, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos. Nesse contexto infere-se que a partir dos direitos fundamentais de 3ª dimensão os direitos dos indivíduos deixam de ser exclusivamente pessoais e assumem um caráter transindividual, onde passa-se a dar maior valor à proteção do gênero humano e a universalidade de suas vontades.

No tocante aos direitos de quarta dimensão Noberto Bobbio³ acredita que a referida geração de

² CAVALCANTI, Themistocles Brandão, apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo. Atlas, p. 34, 2011.

direitos decorre dos avanços no campo da engenharia genética, onde assume-se o risco contra a própria existência humana, uma vez que tem-se a manipulação de patrimônio genético. Entretanto para Bonavides⁴, os direitos de quarta dimensão englobam a globalização política, destacando-se os direitos de democracia, pluralismo e informação.

Embora haja divergência quanto a existência dos direitos fundamentais de 5ª dimensão, a corrente majoritária defende que os mesmos versam sobre o direito à paz; contudo, contrários a esse entendimento há doutrinadores que acreditam que o direito à paz está inserido nos direitos de 3ª dimensão. Assim, Bonavides⁵ entende que o direito à paz deve ser tratado em dimensão autônoma, afirmando que a paz é axioma da democracia participativa, ou ainda supremo direito da humanidade.

³ BOBBIO, Norberto, apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo. Saraiva, p. 862. Ano 2011.

⁴ LENZA, loc.cit.

⁵ BONAVIDES, Paulo, apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo. Saraiva, p. 863. Ano 2011.

1.2 Direitos fundamentais

X

garantias fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais, embora pareçam uma só coisa, apresentam diferenças no tocante à sua abrangência. Rui Barbosa⁶, foi um dos primeiros estudiosos a abordar essa temática, analisando a Constituição Federal 1891. A partir de seus estudos o jurista distinguiu “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição

⁶ Rui Barbosa foi importante estadista, político, diplomata e jurista brasileiro, tendo apoiado o movimento republicano brasileiro e participado do processo de Proclamação da República. **Sua Pesquisa**. Disponível em: < http://www.suapesquisa.com/biografias/rui_barbosa.htm >. Acesso em 02 abr 2015.

constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”⁷.

Assim, entende-se como direitos fundamentais os bens tutelados pela Constituição Federal cuja existência são indispensáveis à vida digna da pessoa humana, como o direito à vida, igualdade, liberdade, propriedade etc. Entretanto, para se ter uma efetiva aplicabilidade das normas constitucionais faz-se necessário mecanismos de defesa no controle dos bens tutelados. Maurice Hauriou prescreve que “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”⁸. A partir dessa premissa faz-se inevitável a presença das garantias fundamentais, que atuam com o intuito de proteger e assegurar o direito previsto legalmente.

⁷ BARBOSA, Rui, apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo. Saraiva, p. 863. Ano 2011.

⁸ CIELO, Patrícia Donzele. Diferença entre Direitos, Garantias e Remédios. Disponível em <
<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2011/09/diferenca-entre-direitos-garantias-e.htm> | > Acesso em 02 abr 2015.

1.3 Princípio da igualdade e direitos humanos

O Princípio da Igualdade, assegurado constitucionalmente, busca efetivar que todos os cidadãos tenham igualdade de possibilidades e aptidões, além de tratamento isonômico na medida do disposto legalmente.

A igualdade, nesse sentido, apresenta-se de maneira transcendente, de forma que toda e qualquer situação de desigualdade num primeiro momento deve ser considerada não recepcionada pelo nosso ordenamento, salvo se apresentar justificativa e compatibilidade com os preceitos defendidos pela nossa norma suprema.

A aplicabilidade do Princípio da Igualdade, se dá de duas maneiras distintas: a primeira delas age frente ao constituinte, responsável por criar e editar leis, atos normativos e medidas provisórias, pautando-se no impedimento de ações que possam gerar tratamento desigual a pessoas que se encontram e situações semelhantes. Já o segundo plano, atua justamente na efetiva aplicação dos direitos estabelecidos pelo legislador, levando a autoridade pública, e não só ela, a aplicar a lei de forma

igualitária sem distinção de raça, convicções filosóficas, sexo, religião e classe social.

Dessa forma, o que se procura vetar são justamente as diferenciações arbitrárias e as discriminações abusivas, pois de acordo com a igualdade material o tratamento desigual aos casos desiguais na medida de suas desigualdades não configura afronta ao princípio supra citado, mas sim pressuposto tradicional no conceito de justiça e igualdade.

A configuração da desigualdade na lei se dá quando os elementos apresentados para justificar um tratamento específico a determinadas pessoas não apresentam uma justificativa objetiva e razoável de acordo com os critérios e juízos valorativos aceitos pela norma Pátria. Assim, para justificar um tratamento diferenciado a determinadas pessoas faz-se necessário um exame de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade almejada.

A tríplice finalidade de tal princípio atua como norma regulamentadora de sua atuação, limitando o poder do legislador, autoridade pública e do particular. O legislador nesse caso não poderá de maneira alguma se afastar do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucional, sendo assim, qualquer medida apresentada sem a devida

justificativa lícita será considerada incompatível com a Constituição Federal.

Assim como o legislador, a autoridade pública deverá ater-se à aplicação das normas e leis criadas pelo constituinte, não podendo aplicar ao caso concreto atos ou leis que ajudem a disseminar desigualdades arbitrárias.

Por fim, o particular, não poderá agir de maneira discriminatória e preconceituosa, sob pena de responsabilidade civil e penal.

Sobre o princípio da igualdade San Tiago Dantas assevera que:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferença de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato,

quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.⁹

Nesse sentido, nascido das atrocidades pós-guerra, os Direitos Humanos sugeriram com o intuito de “assegurar a dignidade humana e evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana”.¹⁰ Considerando a historicidade dos mesmos, tem-se a concepção de que os direitos humanos advém dos movimentos pós-guerra, como resposta das barbaridades cometidas durante o nazismo. O legado da “era Hitler” foi justamente o fator preponderante na criação e titularização dos

⁹ DANTAS, F.C. San Tiago, apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo. Atlas, p. 41/42. 2011.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia C. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo. Saraiva, p. 8, 2006.

direitos humanos, vislumbrando a reconstrução dos padrões éticos e dos direitos perdidos em razão da Segunda Guerra Mundial. Dessa forma, se a Segunda Guerra Mundial foi fato gerador da insignificância da pessoa humana, os movimentos Pós-Guerra contudo, surgiram para valorar a reconstrução dos valores perdidos. Thomas Buergenthal diz que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.¹¹

No bojo da inserção dos direitos humanos, há que se levar em consideração duas vertentes sobre as quais incidem a criação dos direitos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Ocidental. Na primeira, tem-se a implementação de um sistema normativo voltado para a proteção dos direitos humanos de maneira internacional, extrapolando os limites do Estado e

¹¹ PIOSEVAN, *Ibid.*, p. 9.

abrangendo outras esferas jurídicas na intenção de criar um constitucionalismo global, que possa limitar os poderes estatais. Já a segunda vertente atua na elaboração de textos constitucionais carregados de axiologia e abertos a princípios internacionais para sua efetivação no âmbito nacional.

A respeito dessas questões Canotilho ressalta que:

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiram como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais’, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações

horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras do direito internacional. É como se o direito internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura do Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno¹².

¹² CANOTILHO, J.J, apud PIOVESAN, Flávia C. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo. Saraiva, p. 11, 2006.

A partir desse momento, a difusão dos Direitos Humanos cessa uma era que se caracterizava pela problemática jurídica do Estado em resolver questões de seus nacionais, atribuindo pouca importância aos seus impasses e descontentamentos. Baseado nessa nova perspectiva tem-se hoje a figura dos Direitos Humanos associada a questões políticas e filosóficas, no que diz respeito à maneira como a sociedade atual lida com a implementação/aplicação desses direitos, bem como delimitam e protegem os mesmos frente a instituições políticas e jurídicas.

Nesse antigo cenário, em 1948 surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos documentos mais importantes com o intuito de difundir a concepção dos direitos humanos bem como a universalização e indivisibilidade dos mesmos. Assim como os direitos e garantias fundamentais, os direitos humanos asseguram aos indivíduos direitos à vida, à integridade física e moral, à igualdade, à liberdade de pensamento, de expressão, de reunião, de associação, de manifestação, de culto, de orientação sexual, à felicidade, ao devido processo legal, à objeção de consciência, à saúde, educação, habitação, lazer, cultura e esporte, trabalhistas, ao meio ambiente, do

consumidor, a não ser vítima de manipulação genética.¹³

Dessa forma, é importante salientar que os Direitos Humanos não são apenas questões abstratas abordadas internacionalmente, a aplicabilidade deles se faz fundamental para o reconhecimento do valor da pessoa humana e contribuição para o amadurecimento democrático.

A efetiva aplicação desses direitos ao caso concreto visa assegurar que o indivíduo tenha voz ativa frente às transgressões das prerrogativas constitucionais, além de fazê-lo perceber que a aplicação desses direitos garantem ao homem uma vida plena, com direitos econômicos, sociais, psicológicos, políticos e culturais assegurados.

1.4 Igualdade formal e igualdade material

O Estado de Direito Liberal surgiu no final do século XVIII com a Revolução Francesa, pautado na ideia de liberdade, igualdade e fraternidade. A revolta social da burguesia e a sua consequente

¹³ SANTANA, Ana Lúcia. Direitos Humanos. **Info Escola**. Disponível em < <http://www.infoescola.com/sociologia/direitos-humanos/> > Acesso em 04 abr 2015

ascensão contribuíram para o surgimento de novos ideais econômicos e sociais, e a iminente divisão entre capitalistas e realeza, caracterizando assim o final do Estado Autoritário Monárquico.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram considerados os precursores desse movimento, pois através dos mesmos, os revolucionários alcançaram o conceito de liberdade individual que abrangia também a liberdade econômica, igualdade jurídica e social nas relações interpessoais, e por último, a fraternidade para com os camponeses no intuito de se assegurar o apoio e a luta pela causa liberal.

Assim como um novo Estado se formava, fez-se necessário a criação de leis específicas a serem seguidas pelo novo modelo liberal, dessa forma foram estabelecidas as seguintes normas liberais: não intervenção estatal na economia, supremacia constitucional e efetiva aplicação dos direitos fundamentais, garantia do princípio da igualdade formal e adesão da Teoria de Divisão dos Poderes de Montesquieu.

A não intervenção do Estado na economia, contribuiu para que a burguesia se firmasse cada vez mais no poder, vetando possíveis intervenções feudais e monárquicas nos empreendimentos

lucrativos dos revolucionários. No mesmo sentido, a supremacia constitucional assegura o respeito aos direitos conquistados pelos cidadãos, refutando toda e qualquer prática abusiva contra seus direitos. A teoria da Divisão dos Poderes proposta por Montesquieu¹⁴ em sua obra “O Espírito das Leis”, enfatiza justamente a separação do Estado na resolução dos conflitos, adotando um plano independente e harmônico entre os poderes que compõem o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). O objetivo da proposta de Montesquieu é evitar que o poder seja concentrado nas mãos de uma única pessoa, assim como ocorria no antigo estado absolutista.

Outro modelo aplicado pela burguesia foi a liberdade formal, a qual se caracterizava única e exclusivamente pelos ideais de igualdade perante a lei sem qualquer discriminação. O fato é que a adoção do princípio da igualdade pela nova sociedade liberal foi implementado com o intuito de igualar a burguesia aos nobres e a realeza, tanto na

¹⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Traduzido por, RODRIGUES, Leôncio Martins. São Paulo: Nova Cultural. 1999. Coleção os Pensadores. **Revista Jurídica**. Disponível em < www.unifacs.br/REVISTAJURIDICA/ARQUIVO/edicao.../dis16.doc > Acesso em 04 abr 2015.

isenção e valoração dos tributos, quanto no tratamento frente a sociedade.

O que preocupava a burguesia de fato era que a nobreza ainda possuía poderes e influência perante os entes políticos, e o seu temor era pautado no receio de que a nobreza pudesse criar leis capazes de acobertar somente os seus. A partir daí, os idealistas instituíram a ideia de um ordenamento jurídico conciso e único, marcado na difusão da igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei. Desse modo, tal instituto assegurava segurança e isonomia a todos os grupos sociais, refutando prerrogativas diferenciadas a determinadas classes sociais.

Assim, entende-se por igualdade formal, aquela acobertada pela Constituição Federal que prevê por força normativa que todos são iguais perante a lei. Segundo estabelecido no art. 5º da CF, todos os cidadãos brasileiros, homens e mulheres, brancos e negros são iguais perante a lei.

Contudo, a liberdade formal não assegura que todos os cidadãos tenham as mesmas condições e oportunidades na prática, criando assim uma lacuna na norma Pátria. É a partir desse ensejo que instituiu-se o conceito de igualdade material.

Após instituída pelo novo Estado Liberal, a igualdade formal, foi por um bom tempo responsável

pelo conceito de igualdade, embora apenas contribuísse para que o rol dos direitos fundamentais pudesse ser completo. Nesse sentido, os preceitos de igualdade universal, não configuravam a concretização de tal princípio, apenas mascarava a ideia ficcional que se tinha sobre o conceito de igualdade.

Assim, com o passar do tempo percebeu-se que o conceito de igualdade formal carecia de mecanismos para efetivar seus efeitos na esfera jurídica e social, pois o simples conceito de “todos são iguais perante a lei” não tornava acessível aos desfavorecidos oportunidades de fácil acesso aos socialmente aforados.

Desse modo ficou nítido que garantir a proibição da discriminação não era suficiente para assegurar a efetiva igualdade, foi nesse sentido então, que emergiu o conceito de igualdade material, que passou a considerar as desigualdades do caso concreto como relevantes para a aplicabilidade de tal conceito, aplicando medidas dessemelhantes a situações desiguais.

A partir desse momento o indivíduo passa a ser tratado de maneira individual, e a efetiva aplicação do princípio da igualdade passa a obedecer o critério de que todos os desiguais devem ser

tratados desigualmente na medida de suas desigualdades. Assim, a igualdade material passa a considerar características específicas de cada grupo social ou até mesmo do indivíduo em si, para elaborar políticas públicas almejando a promoção da igualdade de oportunidades.

Sobre o princípio da igualdade material
Fernanda Lopes Lucas da Silva assevera que

Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados

como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação.¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, traduz um conceito unificado a respeito da concepção de igualdade

a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹⁶

A problemática que envolve os conceitos de igualdade formal e material está no fato como se espera que o Estado haja frente aos dois casos.

¹⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, apud SILVA, Nícolas Trindade da. Da igualdade Formal e Material. **Conteúdo Jurídico**. 2012. Disponível em < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_da_igualdade_formal_a_igualdade_material,40530.html > acesso em 04 abr 2015.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, apud, Nícolas Trindade da. Da igualdade Formal e Material. **Conteúdo Jurídico**. 2012. Disponível em < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_da_igualdade_formal_a_igualdade_material,40530.html > acesso em 04 abr 2015.

Enquanto a liberdade formal não passava de um mero conceito ficcional para satisfazer a letra fria da lei, a liberdade material surge com o intuito de garantir sim, que todos são iguais perante a lei, porém leva em consideração a realidade fática dos cidadãos em que os desiguais devem ser tratados de maneira diferente, na proporção de suas desigualdades.

2 A FIXAÇÃO LEGISLATIVA DA PENA

As penas podem ser classificadas em nosso ordenamento jurídico como uma espécie de medida automática e necessária que o Estado impõe ao indivíduo quando este pratica um fato típico, ilícito e culpável. Contudo, a Constituição Federal visando proteger e assegurar os direitos individuais do infrator, refutou toda e qualquer pena que ofendia a dignidade da pessoa humana e expunha o indivíduo a condições degradantes. Sob este prisma, faz-se necessário traçar uma ordem cronológica que culminou na atual redação do artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

Art. 5º XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis

O processo de evolução das penas que gerou a atual redação do referido dispositivo legal serão abordados nos tópicos que se seguem.

2.1 Origem e evolução histórica das penas de prisão

A aplicação das leis e a conseqüente inserção das penas de prisão, surgiu da necessidade que os homens tinham de gozar de uma vida tranquila e serena. A segregação desses desejos e o constante estado de guerra até então vivenciados por eles, fez emergir sobre os mesmos a ideia de unir-se em sociedade para firmar e garantir tais direitos, além de conservar a liberdade social. Entretanto, para garantir a efetiva aplicabilidade desses direitos, esses homens deveriam “lançar mão” de parte dessa liberdade para de fato assegurar com tranquilidade a segurança dessa sociedade.

Beccaria, nesse sentido acreditava que:

A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. Não bastava, porém, formar esse repositório. Era

mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários *motivos sensíveis* suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Digo *motivos sensíveis*, porque a experiência mostrou que a multidão não adota princípios estáveis de conduta, nem se afasta do princípio universal de dissolução no universo físico e moral, senão por motivos que imediatamente afetam os sentidos e que sobem à mente para contrabalançar as fortes impressões das paixões parciais que se opõem ao bem universal. Nem a eloquência, nem as declamações, nem mesmo as mais sublimes verdades bastaram para refrear por longo tempo as paixões despertadas pelos vivos impactos dos objetos presentes.¹⁷

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella.

Embora não se saiba com exatidão quando ocorreu a origem das penas, tem-se como referência que a mesma seja tão antiga quanto a história da humanidade. Porém, acredita-se que a primeira sanção aplicada ao homem tenha sido ainda na época do Jardim do Éden, quando Deus insatisfeito com a desobediência de Adão e Eva os expulsou do paraíso. A partir de então, percebeu-se que em todo grupo social era necessário que houvesse mecanismos de punição contra os indivíduos transgressores dos interesses coletivos, capazes de suprimir atitudes que colocavam em risco a sobrevivência e existência em grupo.

A expulsão de Adão e Eva do paraíso exprime muito bem a primeira modalidade de pena imposta ao indivíduo, denominada vingança privada. Nela, a sanção aplicada ao transgressor tinha o intuito fazer o mesmo sentir pela atitude lesiva causada a outrem, podendo ser aplicada pela própria vítima do dano, parentes ou grupo social ao qual o indivíduo afetado fizesse parte.

Após a inserção da pena de vingança, o rol das sanções penais passou por uma leve modificação com a implementação da Lei de Talião. Embora seus traços fossem pouco diferentes da vingança privada, tinha-se na lei de Talião o conceito de proporção

frente ao crime cometido e à sanção imposta. O conceito de “olho por olho” e “dente por dente” embora estivesse intimamente ligado à vingança privada era de longe a ideia mais forte sobre justiça que se tinha naquela época. María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella esclarecem que:

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a *vingança privada*. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente.¹⁸

Posteriormente, teve-se a segunda fase da evolução da Lei de Talião, denominada composição, sobre a qual Maggiore assevera que

¹⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando, apud GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo. Saraiva, p. 127, 2011.

[...] ao transformar-se o talião em composição, se realiza o processo subsequente. Assim, o agravo já não se compensa com o sofrimento pessoal, senão com alguma utilidade material, dada pelo ofensor. O preço do resgate, e já não mais o da vingança, está representado pela entrega de animais, armas, utensílios ou dinheiro. E a proporção entre a reparação e o agravo, está contida às vezes na chamada ‘tarifa de composição’, em sua medida precisa¹⁹

Levando-se em consideração a gradativa evolução das penas de prisão, tem-se na antiguidade, a não adoção das penas privativas de liberdade como forma de sanção penal. Embora haja relatos de que houvessem encarceramentos, a aplicação deles sobre os indivíduos não configurava sanções pelas condutas cometidas. Até o final do século XVIII, a retenção dos réus se dava única e exclusivamente para a garantia da sua integridade física até o momento de seu julgamento, haja vista que as sanções naquele período eram baseadas na tortura e

¹⁹ MAGGIORE, Giuseppe apud GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo. Saraiva, p. 128, 2011.

morte dos indivíduos. Nesse sentido, pode-se inferir que a privação da liberdade do indivíduo era apenas uma preparação para o que mais tarde seria a celebração da sua tortura.

Ao longo dos anos, as modalidades de penas aplicadas aos indivíduos foram variando e modificando conforme as necessidades dos grupos sociais. A figura do árbitro, terceiro estranho e com interesses indiferentes à causa julgada surgiu para apontar qual das partes conflitantes possuía de fato a razão. Embora antes houvesse solução semelhante empregada pelos sacerdotes e anciãos, a partir da evolução humana é que se teve a nomeação de tal recurso.

Por fim, surge a figura do Estado, que chama para si a responsabilidade de julgar, analisar e dirimir os conflitos, bem como sancionar a pena cabível ao ato praticado pelo agente. A partir desse momento, surge o conceito de jurisdição, que dá ao Estado a autonomia de dizer o direito aplicado ao caso concreto, e a liberdade de julgamento nas suas decisões.

Com a passagem do século XVIII e a consequente Revolução Francesa, os castigos corporais e penas infamantes passaram mesmo que de forma tímida a dar lugar à pena privativa de

liberdade. É importante salientar que a partir dessa transição é que se tem o nascimento dos conceitos norteadores dos Direitos e Dignidades da Pessoa Humana.

O período iluminista ou Época das Luzes foi primordial na mudança de pensamento frente aos castigos e penas abusivas aplicadas aos condenados. Isso porque sua ideologia defendia o uso da razão como sendo o alicerce para alcançar a liberdade, emancipação e autonomia do homem nos vários âmbitos sociais, econômicos, culturais, políticos, sociais e comportamentais. Diante a premissa de mudança na pretensão punitiva, faz-se importante ressaltar que o sofrimento não recairá mais sobre o corpo do condenado, e sim, sobre a sua alma.

As ideias jusnaturalistas grassadas nessa época, contribuíram para a difusão do conceito de que o ser humano deveria ser tratado igualmente frente as leis, além de assegurar sua dignidade e o contraditório frente ao processo penal. Assim, passou-se a ser necessário provas substanciais que comprovassem a autoria do delito pelo indivíduo, além do emprego de penas proporcionais ao caso concreto. Outro dispositivo empregado com a revolução das luzes diz respeito à transparência e precisão das leis aplicadas, exigindo-se do legislador

juízo valorativo, igualdade de gêneros e vigência das leis antes de serem colocadas em prática, dando início assim ao princípio da anterioridade das leis.

A respeito do atual sistema penal mundial Edmundo Oliveira assevera que

chegamos ao século XXI sem que nenhum País possa mostrar, com clareza, que conseguiu resolver as agruras da execução penal, com a prisão ou sem prisão, porque o que faz a pessoa se recuperar é tomar consciência do seu significado na sociedade e isso a inoperante política em matéria de resposta penal não conseguiu e não consegue sedimentar. É verdade que, aqui ou ali, pode-se encontrar uma ou outra experiência bem-sucedida. Contudo, no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal, com nível, representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraça.²⁰

²⁰ OLIVEIRA, Edmundo, apud GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo. Saraiva, p. 131, 2011.

Embora sejam notórias todas as evoluções que ocorreram na aplicabilidade das penas ao longo do tempo, é importante frisar que muita coisa ainda precisa ser modificada, haja vista que assim como o Edmundo Oliveira afirmou, a função ressocializadora do Estado não vem sendo aplicada.

2.2 Teorias sobre a função da pena

O conceito de Pena e Estado estão particularmente entrelaçados entre si, isto porque o desenvolvimento social e estatal está intimamente atrelado à aplicação das penas frente aos indivíduos transgressores. Entretanto, para se ter uma noção exata da influência das penas no Estado é importante analisar o contexto socioeconômico e o modo como o mesmo trata suas questões punitivas. Beccaria em seu livro *Dos Delitos e das Penas* trás ao conceito de finalidade das sanções um caráter preventivo, posteriormente abordado por outros pensadores tal como se segue

[...] o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já

cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranquilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.²¹

Dessa forma, é importante destacar que para o referido jurista o juízo de aplicação das penas deve ser minuciosamente apreciado, adequando as penas e a maneira de aplicá-las aos delitos, visando sempre as menos agressivas ao corpo e a mente do réu.

2.2.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena

As teorias absolutas ou retributivas da pena surgiram dos traços mais importantes do Estado Absolutista, quais sejam: o autoritarismo do

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, pag. 56

soberano frente ao Estado, a ideia de união e interligação entre a moral e o direito e entre o Estado e a religião, além dá crença de afirmação do poder soberano concedido ao monarca diretamente por Deus.

Esse período ainda atrelava a teoria do Direito à religião, teologia e política, buscando a todo caso concreto de usurpação das leis um fundamento religioso. O rei era de longe a pessoa responsável pelo poder legal e de justiça, além de ser considerado na Terra o fiel representante de Deus. Sendo assim, todo e qualquer indivíduo que praticava um ato ilícito frente ao reino atentava contra o soberano e em sentindo figurado, contra o próprio Deus, restando ao transgressor da lei como penalidades, castigos severos com o qual se expiava o mal e limpava o indivíduo de todo pecado.

A transição do Estado absolutista para uma sociedade liberal aumentou a população burguesa e conseqüentemente o acúmulo de capital, fazendo-se necessário o surgimento de novos meios de proteção do capital burguês e de suas mercadorias. Assim, o Estado Absoluto antes regido pelas imposições soberanas em nome de Deus, passa a adotar a teoria do Contrato Social. Essa nova concepção de Estado Liberal, não sustenta mais as penas fundamentadas

na identidade entre Deus e o Soberano, utilizadas no antigo Estado. Mediante isso, passa a ver as pretensões punitivas como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens”.²² Nessa nova concepção liberalista, o indivíduo que contrariava as ordens impostas pelo Contrato Social, era considerado traidor, pois não honrava o compromisso de manter a sociedade organizada e harmônica.

As reflexões kantianas sobre as teorias absolutas, apregoavam que o indivíduo que não cumprisse as disposições legais determinadas pelo Estado, não era digno de exercer o direito de cidadão, sendo necessário para sua correção, castigos impiedosos aplicados pelo soberano. Embora Kant defendesse a expiação como forma de punição, suas reflexões não ignoravam um fator de suma importância na determinação das penas: sua espécie e medida. Após observar o grau e espécie dos castigos empregados pelo poder público, Kant posicionou

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 100, 2011.

seus pensamentos direcionados ao *ius talionis*. Os argumentos utilizados por ele para consolidar seus pensamentos partiam da premissa de que o *ius talionis* é de longe a melhor forma para caracterizar o quantum da pena, ou seja, defendia que o transgressor da lei deveria ser punido única e exclusivamente pelo fato de ter delinquido, sem levar em consideração o caráter preventivo que a pena pudesse oferecer aos integrantes da sociedade. A partir dessa concepção, Kant reafirma seu posicionamento a respeito do *ius talionis* da seguinte forma

somente a lei de Talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça[...].²³

²³ KANT, Immanuel, apud SANTOS, Robinson dos. **A concepção de justiça penal na doutrina do direito de Kant**. Artigo Científico de Direito – UFSC. 2011. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2011v10n3p103/21554>>. Acesso em 11 abr 2015.

Após a análise das ideias defendidas por Kant, é notório o forte cunho igualitário que a sua teoria defende, destacando o princípio da igualdade como forma de ajuste das punições que devem ser aplicadas a determinado crime.

Assim como Kant, Hegel também possui teorias aplicadas às teses absolutistas das penas, destacando em seus estudos que a finalidade das sanções é a de reestabelecer a vigência da “vontade geral”, que na visão jurídica do mesmo foi ceifada pela vontade do agente em delinquir. Os pensamentos de Hegel posicionam-se na “vontade geral” defendida pelo universo jurídico, que busca como objetivo principal uma organização racional visando a liberação das necessidades sociais. A racionalidade e a liberdade são a base do Direito para Hegel, porém o autor também acreditava numa outra forma de vontade, além da vontade geral/racional : “O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional – vontade particular- configurando assim essa comum contradição entre duas vontades”.²⁴

²⁴ RAMIREZ, Bustos, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 104, 2011.

A imposição da pena expiatória nesse contexto visa o reestabelecimento da ordem jurídica outrora quebrada, onde no entendimento de Hegel

somente através da pena trata-se o delinquente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como *quando se mostra um pau a um cachorro*, e o homem, por sua honra e liberdade, não deve ser tratado como um cachorro.²⁵

Nesse sentido, a vontade do indivíduo em delinquir passa a ser classificada como vontade irreal ou nula, evidenciando apenas sua vontade particular sobre a vontade racional, relacionada à coletividade. Dessa forma, o delito só poderia ser negado, aniquilado e expiado pelo sofrimento da pena, considerada até então, como a única forma de restituição do direito lesado.

²⁵ HEGEL, Georg W.F, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

2.2.2 Teorias relativas ou preventivas da pena

As teorias preventivas como o próprio nome sugere, não veem a pena como uma sanção aplicada ao fato delituoso, e sim como uma medida paliativa na prevenção de sua prática. Se antes nas teorias absolutas o castigo era imposto pela ação delituosa cometida pelo indivíduo, agora nas teorias relativas o caráter punitivo passa a empregar as penas de modo a não deixar que o indivíduo volte a delinquir. As funções preventivas das penas podem ser divididas em duas direções bem demarcadas, sendo elas: a prevenção geral e a prevenção especial.

De acordo com Feuerbach²⁶, a teoria da prevenção geral só poderia ser alcançada através do Direito Penal, que se destacava como o único dispositivo legal capaz de resolver os problemas da criminalidade. A partir desse pensamento foi traçada uma balança imaginária na qual de um lado pendia a retaliação aos membros da sociedade através de ameaças de sanções aplicadas aos atos criminosos e do outro lado havia a própria aplicação da pena, colocando em prática a ameaça outrora mencionada.

²⁶ HASSEMER, Winfried, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 107, 2011.

Nesse sentido Feuerbach, acreditava que a “coação psicológica” era importantíssima na aplicabilidade da prevenção, haja vista que a ameaça direta aos cidadãos refreava qualquer tipo de ação delituosa pensada pelos mesmos. Antevia-se assim que

o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga.²⁷

A ideia da intimidação e a consideração da racionalidade humana foram os fatores que não deixaram essa teoria ser atrelada aos horrores do estado absolutista, pois, a propagação de tal pensamento valeu-se do reconhecimento da capacidade racional do homem em ser livre. De acordo com a teoria da prevenção a ameaça da pena inculcada ao indivíduo gera uma barreira para que o mesmo não cometa delitos. Embora na visão de Feurbach possua um discurso convincente à frente da diminuição da prática dos crimes, a teoria da

²⁷ LOPEZ, Angel Torio, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 107, 2011.

prevenção geral não alcançou os efeitos proclamados, caso contrário não existiriam os delinquentes profissionais, habituais ou impulsivos. Sendo assim, “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.²⁸

Quanto mais não seja, assim como a teoria Geral, a teoria Especial, busca evitar a prática do delito mediante ações preventivas, porém diferentemente desta, dirige sua prevenção exclusivamente ao autor do delito, para que o mesmo não volte a delinquir.

Na visão de Von Liszt, as penas devem ser valoradas mediante critérios peculiares, segundo os quais, as sanções aplicadas devem obedecer a ideia de ressocialização e reeducação do indivíduo, além da intimidação e da neutralização dos incorrigíveis.²⁹ Mediante tais ações, as palavras norteadoras da prevenção especial são a *intimidação*, a *correção* e a *inocuidade*, sendo essa última a prisão do indivíduo delincente.

A aplicação da prevenção especial não busca a intimidação social, nem a aplicação da pena na mesma medida da ação praticada, como no *ius*

²⁸ ROXIN, Claus, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 108, 2011.

²⁹ MIR PUIG, Santiago, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 110, 2011.

talionis, ao contrário, visa atingir apenas o indivíduo que delinuiu, para que o mesmo não repita o delito praticado. Para evidenciar seu caráter diferenciado em relação à aplicabilidade das sanções, os defensores da prevenção especial preferem evitar o termo “penas” adotando a terminologia “medidas” para se referirem às sanções aplicadas, uma vez que entendem que as penas agem sobre a liberdade ou capacidade racional do indivíduo, baseando-se num conceito de igualdade, e as medidas devem ser aplicadas àqueles considerados perigosos ou diferentes do sujeito normal, sendo necessário assim um tratamento diferenciado de acordo com a sua periculosidade. Como a utilização dos castigos e da intimidação não cabem mais nessa teoria, resta de fato a correção, ressocialização ou a inocuização dos delinquentes.

2.2.3 Teorias mistas ou unificadoras das penas

As teorias mistas, buscam o recolhimento de todas as ideias presentes nas teorias absolutas e relativas para chegar a um único conceito sobre a finalidade das penas. Suas críticas, porém, partem da “unidimensionalidade” presente nas teorias absolutas e relativas, que mostram-se incapazes de solucionar

de fato a complexidade dos fenômenos sociais norteadores do Direito Penal.

No que se refere à fundamentação das penas, as teorias mistas defendem que as sanções punitivas não devem ser aplicadas sobre fatores que não dizem respeito ao fato praticado. Mediante isso já refuta um dos princípios basilares da prevenção geral, qual seja a intimidação da pena, refreando toda a sociedade de praticar possíveis delitos.

A aplicação dessas teorias unificadoras das penas que veem o Direito Penal como o “pai” da proteção social, dividem as correntes doutrinárias. A posição conservadora representada pelo Código Penal Alemão vê na retribuição justa das penas os pilares da proteção social, passando a prevenção nesse sentido a agir como uma medida complementar à linha retributiva. Por outro lado, a corrente progressista representada pelo projeto Alternativo Alemão, “inverte os termos da relação: o fundamento da pena é a defesa da sociedade, ou seja, a proteção de bens jurídicos, e à retribuição correspondente a função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais

exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado”³⁰

Em outras palavras, as teorias mistas aceitam o princípio da culpabilidade e da retribuição como critérios valorativos na aplicabilidade das penas, sendo importante salientar que a pena não pode extrapolar a responsabilidade resultante do fato praticado.

2.3 Aplicação das penas e critérios valorativos

Até há pouco tempo, o ordenamento jurídico-penal brasileiro não havia se posicionado de forma direta a respeito das teorias sobre a fixação das penas, embora na prática adote em suas doutrinas aspectos presentes nas teorias mistas ou unificadoras, levando-se em consideração a aplicação do mal da pena sobre o mal do crime praticado, além da ideia de prevenção geral e especial acopladas ao refreamento de atitudes ilícitas por parte da sociedade e do agente delinquente.

A adoção desse pensamento doutrinário envolvendo as teorias unificadoras contribuiu significativamente na redação do nosso atual Código

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, p. 113, 2011.

Penal Brasileiro, que adotou como critério valorativo a proporcionalidade da pena em relação à gravidade do fato, além do caráter justo e merecido da pena em relação ao delinquente. Outro fator de suma importância adotado pelo nosso Código Penal Brasileiro é a faculdade de se analisar a culpabilidade do autor. Porém não podemos afirmar que os pilares do nosso ordenamento jurídico-penal brasileiro seguem apenas a concepção retributiva, pelo menos não de forma pura.

O juiz na hora de estabelecer a pena conta com uma certa flexibilidade para formar seu posicionamento, atendendo sempre o critério taxativo do art. 59 do Código Penal Brasileiro. Isso na visão de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina significa que “a resposta penal nem sempre pretende ajustar-se exclusivamente à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor”.³¹

A Constituição Brasileira de 1988 até o presente momento não se manifestou expressamente sobre esse tema, porém, ao ser caracterizada como uma constituição *humanista de Direito*, têm em seus princípios, regras e valores, importantes fatores limitadores da intervenção penal.

³¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 503, 2009.

2.3.1 Princípios reitores das penas

Alguns princípios político-criminais devem ser analisados durante a aplicação e valoração das penas, sendo boa parte deles expressamente encontrados em nosso texto constitucional.

O princípio da Legalidade é de longe o mais importante a ser aplicado durante a elaboração das penas, pois é a partir dele que se garante que todo o procedimento envolvendo a aplicação das mesmas seja livre de vícios e ilicitudes.

A ideia base desse princípio consiste na defesa de que não há que se falar em pena sem lei que a defina, ou em outras palavras, “não há pena sem prévia cominação legal”. O referido princípio defende também que a lei para alcançar seus objetivos de prevenção diante de condutas perigosas deve ser discutida e aprovada pelo Parlamento, além de ser sancionada e publicada no Diário Oficial da União. Atrelada a essa dimensão está o fato de que somente o legislador pode aprovar e sancionar questões penais - *Lex Populi*.

O princípio da legalidade, também prevê, que a lei penal deve ser totalmente taxativa e clara, não deixando brechas para interpretações dúbias e

ensejantes de arbitrariedades. Nesse sentido ela deve procurar ser o mais precisa possível, além de ser escrita de maneira tal que qualquer indivíduo possa entendê-la. As particularidades da pena ainda preveem que não se deve admitir analogias contra o réu, nem aplicação de penas cuja vigência se deu após o fato. Luiz Flávio Gomes cristaliza os princípios ora mencionados, tal como se segue:

A pena somente pode ser cominada por meio de lei devidamente publicada no Diário Oficial da União. A lei, portanto, deve ser discutida e aprovada pelo Parlamento, sancionada (pelo Presidente da República) e publicada. Essa é a forma correta (**e a única juridicamente aceita**) de se ameaçar com penas as condutas mais perigosas para os bens jurídicos mais relevantes.³²

Assim como o princípio da legalidade, o princípio da Irretroatividade da Lei Penal acobertado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XL, prevê que a nova lei penal, sancionada e publicada não poderá retroagir com fins de prejudicar o réu. Dessa forma, se uma lei nova adota uma pena maior para

³² Ibid., p. 510.

determinado delito, ela só será válida a partir da sua vigência, não sendo aplicada a fatos passados. Porém, se a nova lei for benéfica aos direitos do réu ela poderá retroagir, inclusive se o benefício atingir diretamente a pena.

Tão importante quanto os demais, o princípio da Proporcionalidade, assevera que a aplicação da sanção penal deve ser proporcional à gravidade do ato ilícito praticado. Ou seja, quanto mais grave for o delito, maior deverá ser a pena aplicada ao indivíduo. Daí advém o seu caráter intimamente ligado à teoria unificadora.

Por fim, tem-se o Princípio da Humanidade, que assim como o princípio da legalidade, possui fatores importantíssimos no estabelecimento da sanção, pois diferentemente das teorias absolutas, refuta qualquer tipo de pena desumana ou degradante, além daquelas aplicadas mediante tortura. Cesare Beccaria foi um dos precursores do processo de humanização das penas ao levantar em sua obra “Dos delitos e das penas”, sua indignação a respeito das barbaridades aplicadas no antigo regime absolutista. Sua defesa ao princípio da humanidade das penas fica evidenciado no seguinte trecho de sua obra

[...] os gemidos dos fracos, sacrificados à cruel ignorância e à opulenta indolência; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; crimes não provocados ou quiméricos; a desolação e os horrores de uma prisão, aumentados pelo mais cruel verdugo dos desgraçados - a incerteza -, deveriam inquietar os magistrados que orientam as opiniões das mentes humanas.³³

Ainda que não tenhamos de fato a total abrangência que os Direitos Humanos merecem, a inserção deles no processo de estabelecimento da sanção é de longe um ganho importantíssimo nas pretensões punitivas do Estado, levando em consideração todo o processo evolutivo na aplicabilidade das penas.

³³ COSCRATO, Nathália de Moraes. **O princípio da humanidade das penas e a execução penal no estado democrático de Direito**. 2012. 85f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em:

<
http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/monografias/TCC_Nathlia_Coscrato_sem_correes.pdf>. Acesso em 20 abr 2015.

2.3.2 Aplicação das penas

A aplicação das penas no caso concreto, deve obedecer algumas regras para que não haja arbitrariedades e vícios quanto à sua validade. Nesse sentido, faz-se mister ao juiz investido de competência para elaborar a sanção punitiva, ater-se aos requisitos impostos no artigo 59 do Código Penal.

2.3.2.1 Regras básicas sobre a aplicação das penas

O juiz no momento da elaboração e aplicação da sanção punitiva deve observar a estrutura lógica e obrigatória da sentença condenatória, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal. De acordo com o referido artigo, o juiz no momento da fixação da pena deverá: (a) escolher a pena; (b) quantificá-la; (c) fixar o regime inicial e (d) substituir quando for o caso a pena de prisão.

Assim como a estrutura base a ser seguida no momento da fixação da pena, outras etapas devem ser ponderadas pelo juiz na construção da sanção punitiva, quais sejam: (a) verificação da necessidade da pena, cujo princípio protetor é o da necessidade

concreta da mesma; (b) a escolha da pena, quando dá possibilidade de alternativas; (c) a quantificação da pena de prisão, que nesse caso segue o sistema trifásico (fixação da pena base, análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e análise das causas de diminuição e aumento); (d) a quantificação da pena de multa, regido pelo sistema bifásico e determinado pelo artigo 49 do Código Penal Brasileiro; (e) aplicação de eventual efeito específico da condenação previstos no art. 92 do CP, tais como, perda de cargo público, incapacidade para o exercício do pátrio poder, inabilitação para dirigir veículo dentre outros; (f) eventual substituição da prisão; (g) eventual aplicação do *sursis*; (h) fixação do regime inicial; e (i) deliberação sobre prisão preventiva, se for o caso.

É importante destacar que a análise e aplicação dessas 10 etapas não podem ser efetuadas de forma aleatória, devendo-se observar a ordem lógica e sequencial para que não haja arbitrariedades. Assim, o juiz na sua valoração não poderá falar em substituição da pena de prisão antes mesmo de fixá-la, além de não poder estatuir sobre o regime de cumprimento da pena de prisão sem exaurir todas as possibilidades de sua substituição. Outra etapa que deve respeitar essa lógica sequencial diz respeito ao

fato de o juiz não poder verificar a necessidade concreta da pena, após efetuar a aplicação da pena de prisão.

Essa ordem sequencial a ser respeitada no momento da aplicação das penas, encontra respaldo na obra do renomado jurista Luiz Flávio Gomes no seguinte trecho de sua obra

Importa salientar que essas dez etapas (possíveis em tese) da aplicação da pena observam uma ordem sequencial e lógica. O juiz não pode, por exemplo, verificar a necessidade concreta da pena depois de já ter aplicado a pena de prisão. Não pode pensar em substituição da prisão sem antes fixá-la; não pode deliberar sobre o regime de cumprimento da pena de prisão sem antes esgotar o exame da possibilidade de sua substituição etc.³⁴

A primeira etapa do processo de aplicação das penas diz respeito à necessidade concreta desta. O juiz, no momento do estabelecimento da sanção deve, acima de tudo, apurar se o agente é culpável, ou não, pois a verificação da culpabilidade do mesmo é elementar no estabelecimento da pena. Via de

³⁴ Ibid., p. 514.

regra, constatada a culpabilidade do agente, a pena deverá ser devidamente fixada pelo juiz em razão de sua inderrogabilidade. Entretanto, analisada a culpabilidade do agente, o juiz passa a investigar a necessidade concreta da pena, haja vista ser esse o fundamento principal na fixação da sanção penal.

Contudo, podem haver casos em que o juiz descobre depois da constatação da culpabilidade, que a pena concreta não é necessária, motivo pelo qual não há razão de aplicá-la. O pai que mata um filho em acidente de trânsito, por si só já sofre demasiadamente pelo fato ocorrido, mediante isso, o juiz na sentença final reconhece o delito e constata a culpabilidade do agente, porém deixa de aplicar a pena, concedendo ao autor o perdão judicial, previsto pelo artigo 121, §5º do CP.

§5º Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Uma vez verificada a necessidade concreta das sanções, passa-se à escolha das penas, segunda etapa no processo sobre as regras de aplicação das mesmas.

Essa segunda etapa ocorre quando há a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, evitando assim o encarceramento em infrações de menor potencial ofensivo. O juiz deve, de prontidão, escolher a pena que vai aplicar, em consonância com as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do CP. Dessa forma, apurada a gravidade e a reprovação da conduta praticada, o juiz deverá optar pela pena de prisão; no entanto, se a conduta não ensejar alta reprovação, poderá ser fixada pena de multa, suficiente para prevenção.

Nas situações em que a conduta praticada configura alta reprovação, o juiz deverá de imediato fixar a pena de prisão. Sendo assim, nosso ordenamento jurídico adotou o método trifásico de Nélson Hungria³⁵ para determinar a aplicação das penas de prisão, previsto no artigo 68 do CP, e que deve ser minuciosamente apreciado pelo magistrado nessa terceira fase de aplicação.

³⁵ Nascido no município de Além Paraíba, estado de Minas Gerais, foi um dos mais importantes penalistas brasileiros. Foi Promotor Público, Delegado de Polícia, Magistrado, Desembargador do Tribunal de Justiça no Distrito Federal e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi também livre docente de Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito. **STF**. Disponível em

<

<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=133>

>. Acesso em 20 abr 2015.

A primeira delas versa sobre a fixação da pena-base, fase em que o juiz deverá analisar rigorosamente os limites máximos e mínimos das penas legais estabelecidas a cada delito, não podendo exceder o teto da pena, nem fixá-la abaixo do mínimo. Na fixação da pena-base, o magistrado também verificará se o crime em questão é simples ou qualificado, ou ainda, se no mesmo delito incidem várias qualificadoras, pois o quantum da pena nesse caso deve ser aplicado de maneira mais severa do que aos crimes que só contam com uma qualificadora.

O magistrado no momento da fixação da penas de prisão deverá ater-se também às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no artigo 61 e 65 respectivamente do CP. Entretanto, faz-se necessário esclarecer que as circunstâncias agravantes nem sempre são aplicadas com o intuito de agravar a pena, isso porque o magistrado não pode elevar a pena-base além do máximo estabelecido pelo Código Penal. Dessa forma, se o juiz determina a fixação máxima da pena-base, nada mais poderá ser alterado na valoração da pena, ainda que o magistrado esteja diante de uma agravante.

Da mesma forma ocorre com as circunstâncias atenuantes, que nem sempre prosperam e atenuam o

quantum das penas. São os casos em que o juiz não pode fixar a pena aquém do mínimo, conforme dispõe a súmula 231 do STJ, ensejante de vários conflitos a respeito. *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”*

A problemática a respeito dessa súmula se dá ao fato da mesma não ser vinculante e não estar amparada pela Constituição Federal, embora venha sendo aplicada pela jurisprudência majoritária há mais de uma década. Os argumentos usados pela corrente contrária ao estabelecido pela súmula 231 partem da premissa de que a adoção do referido dispositivo legal afronta os direitos fundamentais do réu no que diz respeito à individualização da sua pena, igualdade de condições e principalmente à sua dignidade. Cezar Bitencourt, referente a esse tema, assevera que:

Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a

nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.³⁶

Tribunais Regionais Federais também reconhecem a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal, sobre o argumento de que a súmula 231 é retrógrada e inconstitucional aos olhos da interpretação da lei em desfavor do réu, conforme entendimentos a seguir:

APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO
MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE.
CONTINUIDADE DELITIVA
CONFIGURADA. (...) O inciso XLVI do art.
5º da Carta Política estabelece o princípio da
individualização da pena que, em linhas gerais,
é a particularização da sanção, a medida
judicial justa e adequada a tornar o sentenciado
distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº.
231 da Súmula do STJ, ao não permitir a
redução da pena abaixo do mínimo legal, se

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, III, "d", do Código Penal - a confissão espontânea sempre atenua a pena -, de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. (...) (ACR 200634000260137, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/10/2010 PAGINA:251.)³⁷ **GRIFO NOSSO.**

³⁷ ACR 200634000260137 - TERCEIRA TURMA. TRF1. Relator: Juiz Tourinho Neto - e-DJF1 DATA: 28/10/2010 PAGINA:251, apud MIRANDA NETO, Angelo Cavalcanti Alves de. Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVI, n. 112. Maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3>. Acesso em 22 abr 2015.

É importante ressaltar, no entanto, que a aplicabilidade das circunstâncias agravantes e atenuantes não pode incidir em situações em que as mesmas constituem ou qualificam o crime, ocorrendo assim a vedação do *bis in idem*. É o caso por exemplo da mãe que pratica o infanticídio, cuja agravante já faz parte da descrição típica do delito.

Após analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, o juízo valorativo passa a analisar as causas de aumento ou diminuição das penas de prisão, podendo estas serem facultativas ou obrigatórias, desde que interfiram no aumento ou diminuição das penas sob amparo legal.

É importante esclarecer que as causas de aumento da pena são diferentes das circunstâncias agravantes, bem como as causas de diminuição da pena em nada se assemelham com as circunstâncias atenuantes.

O estabelecimento de tal diferenciação é primordial na elaboração das penas, haja vista o momento distinto de aplicação de cada uma delas. Enquanto as circunstâncias atenuantes e agravantes são tratadas na parte geral do Código Penal, as causas de aumento e diminuição das penas podem vir elencadas tanto na parte Geral quanto na parte

Especial. Outro fator fundamental na diferenciação entre elas diz respeito ao quantum de redução ou aumento das penas. Nas circunstâncias atenuantes e agravantes essa valoração não vem previamente determinada em lei, sendo nesse caso, facultado ao juiz o estabelecimento do quantum, respeitando sempre o princípio da razoabilidade. Já nas causas de aumento ou diminuição das penas o quantum valorativo é **sempre** fornecido em frações pela lei. Nesta etapa da fixação das penas de prisão, não há que se falar mais em redução aquém do mínimo ou valoração além do máximo, pois caso contrário, a valoração das penas de crimes tentados seriam iguais às penas dos crimes consumados.

Contudo, se a ação ilícita não configurar alta reprovação social, não há cabimento da pena de prisão, sendo facultado nesse caso ao juiz, a aplicação das penas de multa; quarta etapa no processo de estabelecimento das sanções.

A pena de multa é uma das três modalidades de penas elencadas no Código Penal, cujo objetivo consiste no pagamento ao fundo penitenciário (FUNPEN) de quantia previamente estipulada e fixada na sentença, calculadas em dias-multas. Vera Regina de Almeida Braga conceitua as penas de multa como

uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória³⁸

Atualmente, a aplicação das penas de multa têm sido de grande valor social, levando em consideração a sua utilidade na descarcerização do sistema penitenciário. Entretanto, é importante observar que o pagamento da multa pelo agente infrator deve obedecer aos limites máximos e mínimos estabelecidos pelo Código Penal. Vale ressaltar ainda que a redação do artigo 44, § 2º do Código Penal, dada pela Lei nº 9.714/98 revogou tacitamente o disposto no artigo 60 § 2º do referido código. A nova redação determina que a multa poderá ser aplicada em crimes cuja condenação seja igual ou inferior a um ano. Sobre o disposto no artigo supra Luiz Flávio Gomes defende que:

³⁸ BRAGA, Vera Regina de Almeida, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

Está revogado o § 2º do art. 60 do CP, que previa a possibilidade de substituição da prisão por multa em relação à pena privativa de liberdade não superior a seis meses. Agora, pena até um ano pode ser substituída por multa. Ampliou-se o limite da *multa substitutiva*.³⁹

A nova redação dada ao Código Penal por força da Lei nº 7.209/84 trouxe modificações significativas sobre o tema das multas e a incidência das mesmas nos diversos tipos penais incriminadores. Antes da referida modificação o valor a ser pago em determinadas tipos criminais era previamente estipulado conforme o crime praticado, resultando assim, na desvalorização da sanção pecuniária em razão da alta inflação predominante em nosso país.

Posteriormente à nova redação, teve-se a substituição desse valor especificado pelo sistema de dias-multa, que permitiu agregar ao pagamento das multas a valorização da pecúnia e a sua atual

³⁹ GOMES, Luiz Flávio, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

aplicação. José Cirilo de Vargas destacou o seguinte entendimento a esse respeito

Antes de adotado o critério do dia-multa, essa espécie de pena estava completamente desmoralizada, em face da deterioração da moeda e conseqüentemente aviltamento da quantia da pena, a que o delinquente condenado ficava sujeito. Quando a única pena cominada era a de multa, não se operava, de nenhum modo, a prevenção geral ou especial. Era como se não existisse o preceito secundário da norma penal incriminadora.⁴⁰

Estipulado o novo sistema das penas de multa, tem-se a implementação da quantidade de dias, que podem ser de no mínimo 10 e no máximo 360 dias-multa, conforme estabelecido pelo magistrado, porém o valor dos dias-multa estipulado pelo juiz não poderá ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário-mínimo mensal vigente na data dos fatos, nem cinco vezes superior ao referido salário,

⁴⁰ VARGAS, José Cirilo de, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

além disso, ao fixar a pena de multa o magistrado deve ater-se à condição econômica do infrator.

Dessa forma, no momento da aplicação das penas de multa, dois requisitos devem ser minuciosamente observados pelo magistrado, quais sejam: o estabelecimento do número dos dias-multa levando em consideração o critério trifásico do art. 68 do CP e a determinação da pecúnia a ser paga de acordo com a capacidade financeira do agente sentenciado. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que determinou o pagamento da multa, o sentenciado tem o prazo máximo de 10 dias para o pagamento integral da multa imposta, porém levando em consideração a situação do condenado, e o requerimento do mesmo, o juiz poderá dividir o valor total da multa em parcela mensais, conforme prevê o artigo 50 caput do Código Penal.

A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

Entretanto, se o condenado não pagar o valor determinado aos cofres estatais, o juiz requererá a

expedição da sentença condenatória transitada em julgado, com valor de título executivo judicial para a realização da execução da pena de multa. Diferentemente do que muitos pensam, o não pagamento da pena de multa em hipótese alguma converte a medida em pena prisão, isso porque a Lei 9.268/96 revogou tal dispositivo.

A fiscalização acerca do pagamento das penas de multa, fica a critério da Vara da Fazenda Pública, que aplica juridicamente a Lei de Execução Fiscal, através do procurador da referida vara. Contrário a muitos pensamentos, a execução das penas de multa são tratadas como dívidas ativas da Fazenda Pública, conforme Luiz Flávio Gomes define

Em suma: toda multa estatal é executada pela Fazenda Pública, por se tratar de crédito seu. Exceção: nos Juizados, a multa é executada pela própria secretaria dos Juizados. Fora dos Juizados, a execução é feita pela Fazenda Pública, consoante pacífica jurisprudência do STJ⁴¹

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 530, 2009.

Além das penas de prisão e multa elencadas anteriormente, o artigo 92 do Código Penal, traz outras modalidades de penas que podem ser aplicadas ao condenado, cujo caráter específico deve ser previamente motivado e declarado na sentença penal condenatória. Os efeitos desse tipo de condenação apreciados na quinta etapa de aplicação das penas incluem: perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela e ainda inabilitação pra dirigir veículo quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

A respeito da perda do cargo público Alberto Silva Franco certifica que

é evidente o dúplice caráter, retributivo e preventivo, da pena em questão. De um lado, a proibição do exercício possui uma conotação significativamente aflitiva, pois recai sobre o trabalho do condenado, atingindo-o em seu normal meio de vida. De outro, tem um aspecto nitidamente preventivo na medida em que impede que a atividade lícita, reconhecida pelo Estado, seja destinada a distorções criminosas. A proibição do exercício não tem, no entanto um alcance indiscriminado: refere-

se, como é lógico, a uma determinada profissão, atividade ou ofício, deixando campo livre à atração do condenado fora dessa área específica. Do contrário, equivaleria a uma verdadeira condenação à fome.⁴²

A aplicação desses efeitos específicos, devem conter alguns requisitos fundamentais, como por exemplo: a violação do dever funcional pelo abuso de poder, enquanto no exercício da profissão por parte do funcionário público, e nos casos dos mandados eletivos dos parlamentares somente após a decretação pela Câmara dos Deputados ou Senado; nos casos da incapacidade da curatela ou tutela, deve-se observar a prática de conduta dolosa contra os representados e a incidência da pena sobre determinados delitos, sendo nesse caso exigida a punição com reclusão, e por fim a inabilitação do motorista infrator que tenha praticado crime doloso ou que tenha usado o veículo para esse fim específico.

Se após a análise das 5 etapas anteriores ficar verificado que houve a aplicação da pena de prisão, poderá o juiz, se for o caso, substituir a referida pena

⁴² SILVA FRANCO Alberto, apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

por uma das penas restritivas de direito elencadas no artigo 43 do Código Penal.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

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

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

É importantíssimo ressaltar nesta sexta etapa de aplicação das penas, que sempre que a pena restritiva puder ser aplicada, automaticamente deve-se excluir a possibilidade da pena de prisão (*princípio da suficiência da pena alternativa*).

Há duas formas previstas no CP para a substituição das penas: as elencadas no art. 43 que preveem a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitações de fim de semana e pagamento da multa substitutiva, conhecida como vicariante; além das medidas de segurança presentes no art. 98 que preveem aos condenados especiais (semi-imputáveis) a internação

em estabelecimentos com características hospitalares ou tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos.

Destaque merece ser dado ao rol taxativo do artigo 43 do CP, que não permite que nenhuma outra pena que não esteja devidamente embasada pelo ordenamento jurídico possa ser aplicada. Entretanto o sentenciado só poderá gozar das penas restritivas de direito se não houver cometido crime mediante violência ou grave ameaça, cuja pena privativa de liberdade não exceda a 4 anos; não poderá ser reincidente em crime doloso, nem ter em seus antecedentes comportamento incompatível com os critérios de concessão.

Levando em consideração o afogamento do Sistema Prisional Brasileiro e a omissa ressocialização do detento, foi instituído o sistema condicional da execução da pena o (sursis), sétima etapa a ser analisada no estabelecimento das sanções. Segundo o ordenamento jurídico o referido instituto visa unicamente evitar a execução de penas de curta duração no sistema prisional brasileiro.

O intuito base do dispositivo acima elencado parte da premissa de que o Sistema Penitenciário Brasileiro em nada ressocializa o indivíduo infrator, sendo na verdade escola para que o mesmo saia ainda

mais indignado e revoltado com a sociedade. Dessa forma, ainda que o sistema penitenciário recuperasse o detento, o curto tempo em que o mesmo passaria encarcerado não resultaria em nenhum resultado positivo na sua ressocialização, conforme pode-se perceber nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

Sabe-se que a pena de prisão não ressocializa, ao contrário, dessocializa. Logo, quanto menos for utilizada, menor o risco de piorar o condenado. Mesmo que a prisão fosse ressocializadora, com certeza uma pena de curta duração não seria suficiente para o desenvolvimento de nenhum trabalho sério de recuperação.⁴³

O condenado, para fazer jus ao seu direito subjetivo da suspensão condicional da pena, deve preencher 5 requisitos legais indispensáveis à sua aplicabilidade como por exemplo: não ter sofrido pena de prisão capaz de ser substituída por penas substitutivas.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 536, 2009.

Isso quer dizer que o instituto do sursis possui um caráter subsidiário, que não acoberta crimes em que caibam as penas substitutivas. Nesse caso, se a pena privativa de liberdade não foi convertida em medidas restritivas o juiz pode conceder o referido benefício.

Outro requisito que deve ser observado quanto a concessão do sursis diz respeito à qualidade da pena, pois o dispositivo supra admite somente a aplicação sobre às penas de prisão. Vetando a abrangência da suspensão condicional à penas restritivas de direitos, multas e prisões administrativas e civis.

Assim como a qualidade, a quantidade das penas e a não incidência em crimes dolosos também influenciam na aplicação do sursis. Na primeira, o dispositivo só pode ser aplicado a crimes cujas penas não sejam superiores a dois anos conforme prevê o artigo 77 do Código Penal, entretanto o artigo supra comporta algumas exceções, como por exemplo (a) o sursis etário (o maior de setenta anos pode obter o sursis em relação à pena de até quatro anos); e (b) o sursis humanitário (o réu sofredor de moléstia grave ou incapacidade física pode receber o sursis em relação à pena de até quatro anos).

No tocante à não incidência, o réu regresso em crimes dolosos não poderá receber o benefício da suspensão condicional da pena, porém se a condenação ao crime anterior resultou em pena de multa, nada impede a sua concessão atual (art. 77 § 1º do CP).

Por fim, para se obter o benefício do *sursis* deve-se observar as circunstâncias judiciais favoráveis ao sentenciado, onde o magistrado faz um minucioso trabalho de pesquisa referente à culpabilidade do agente, conduta e personalidade, além dos seus antecedentes e a possibilidade de aplicação da suspensão ao crime praticado.

Se na sentença condenatória não houver pena de prisão substituída ou suspensa deverá o magistrado fixar o regime inicial do cumprimento de pena do sentenciado. A obrigatoriedade de determinação de regime inicial nesta oitava etapa do processo de aplicação das penas encontra amparo no princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal.

Embora haja o entendimento de que o magistrado deve sempre fixar o regime inicial na sentença, independentemente da substituição da pena de prisão ou da concessão do *sursis*, há doutrinadores

como Luiz Flávio Gomes que defendem ser essa prática incorreta, conforme pode-se perceber a seguir

Há entendimentos no sentido de que *sempre* o juiz deve fixar o regime inicial, mesmo na hipótese de substituição da pena de prisão ou de *sursis*. Com a devida vênia, pensamos que isso é absolutamente incorreto, até porque, se o juiz tiver que fixar algum regime nesses casos, necessariamente deve ser o aberto. Qualquer regime mais rigoroso apresenta-se, nesse caso, como incompatível (e ilógico). De outro lado, se posteriormente sobrevém motivo sério para converter a pena restritiva em prisão ou para revogar o *sursis*, o regime seria sempre o aberto (já estaria previamente fixado). Isso constitui um equívoco.⁴⁴

O juiz na elaboração e fixação do regime inicial de cumprimento das penas, deve observar primeiramente a valoração das mesmas, de acordo com o art. 33 § 2º, alíneas “a” a “c”, do Código Penal, que entrever que, crimes cujas penas sejam superiores a 8 anos devem ser cumpridas em regime

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p. 540, 2009.

fechado, não inferiores a 4 e superiores a 8 devem ser cumpridas em regime semi-aberto e em crimes que sejam inferiores ou iguais a 4 anos deve ser estipulado o regime aberto.

Cabe ainda ao magistrado, analisar se o sujeito infrator é reincidente ou primário, pois constatada sua reincidência há uma grande possibilidade de aplicação de um regime mais severo. Da mesma em que se não houver nenhuma hipótese desfavorável ao réu, o juiz deverá determinar um regime prisional mais brando.

Após proferir a sentença condenatória que mencionou as circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como o valor mínimo necessário para o reparo dos danos sofridos pelo ofendido, o juiz analisará as demais circunstâncias elencadas no art. 387 e incisos do CPP. Além disso, fará a apreciação do parágrafo 1º que determina que o magistrado deverá decidir, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Essa nona etapa do processo de aplicação das penas, versa justamente sobre a decretação eventual da prisão preventiva, onde o magistrado poderá

decretá-la desde que presentes os requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

No entanto, ainda que tal medida seja aplicada, é necessário esclarecer que a decretação da prisão preventiva em nada prejudica à interposição da apelação, desde que todos os requisitos recursais estejam devidamente preenchidos.

Por fim, na décima e última etapa do processo de aplicação das penas, tem-se as determinações finais da sentença condenatória, onde o juiz designa as ações que devem ser realizadas após o trânsito em julgado da sentença, quais sejam: (a) realização de audiência admonitória, nos casos em que tenha sido concedido o benefício do sursis; (b) expedição do mandado de prisão, e fundamentação de sua necessidade concreta se for o caso; (c) lançamento do nome do réu no livro rol dos culpados, após o trânsito em julgado; (d) aplicação do art. 336 do CPP para o pagamento das custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa se for o caso e (e) envio de cópia da sentença para a vítima ou sua família.

Cumpridas todas as determinações, o juiz ordena a aplicação do “PRIC” (publicação, registro, intimações e cumprimento da sentença), constando ainda na mesma, local, data e assinatura do magistrado, ato que de fato autentica a sentença.

2.4 Individualização da pena

Previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o princípio da individualização da pena determina que:

“Art. 5º [...]: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

Dessa forma, analisando o texto constitucional é possível perceber que o momento inicial da individualização da pena, se dá quando o legislador determina condutas positivas ou negativas ensejadoras de transgressões dos bens sociais e individuais, atribuindo a tais condutas a fundamentação legal prevista no Direito Penal. Sendo assim, feita essa diferenciação, o legislador passa a valorar as condutas, atribuindo-lhes penas, que variam conforme a importância do bem violado.

Esta fase de valoração que leva em consideração os tipos penais incriminadores, é chamada de cominação. Nela, o legislador mediante critérios políticos valora os bens tutelados pelo Direito Penal, individualizando assim, as penas de cada infração, levando em consideração a importância e a gravidade do ato ilícito praticado.

Após verificar que a conduta praticada é típica, ilícita e culpável o julgador, determinará em qual tipo incriminador a mesma se enquadra. Feito isso, começa-se a individualização da pena de acordo com crime praticado, onde o magistrado fixará a pena-base conforme art. 68 do CP, analisará as circunstâncias agravantes e atenuantes e por fim as causas de diminuição e aumento da pena. A partir de então, a individualização da pena sai do plano abstrato das determinações e entra no plano concreto da aplicação.

Destaque merece ser dado, às três fases do processo de individualização das penas quais sejam: (a) individualização legislativa: fase em que são selecionados os fatos puníveis, e as respectivas sanções, levando em consideração os limites e critérios de fixação de penas; (b) individualização judicial: é a fase que concretiza o plano abstrato das determinações, sendo elaborada pelo magistrado na

sentença e (c) individualização executória: que age justamente no cumprimento da medida imposta.

O Superior Tribunal de Justiça, à cerca da individualização da pena orienta seus julgados da seguinte maneira

Pena – Individualização (CP, art. 59)

A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, à pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se, como tal, explicitação dos fatos, de modo que se conheça como foram ponderados. (STJ-RHC nº 0895- MG, 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 1º/4/1991, p. 3427).⁴⁵

O momento mais crítico da individualização das penas é justamente a fase executória, pois a Lei

⁴⁵ RHC nº 0895- MG, 6ª Turma. STJ – Relator: Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 1º/4/1991, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 1 v.

nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), atribui uma particularidade a respeito de sua determinação. O art. 5º da referida lei assim preceitua: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

Em relação à problemática presente no dispositivo supra, Mirabete preleciona que o artigo mencionado merece prosperar, conforme relata no trecho a seguir

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste

em dar a cada preso oportunidades e elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.⁴⁶

As discussões a respeito da individualização das penas se tornaram ainda mais recorrentes após a redação da lei nº 8.072/90, em seu art. 2º § 1º. O referido dispositivo previa que crimes hediondos como a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo deveriam ser punidos com o cumprimento da pena em regime totalmente fechado, excluindo-se a possibilidade de progressão.

A partir de então vários posicionamentos foram levantados a respeito da violação do princípio da individualização, devidamente expresso na Constituição Federal. O impasse a respeito de tal questão foi tão caloroso que houve manifestações no

⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v. Curso de Direito Penal.

Plenário pra que o STF se posiciona-se a respeito da questão. O entendimento a seguir evidencia sua decisão

Crime hediondo – [...] – Caracterização – Regime prisional – Crimes hediondos – Cumprimento da pena em regime fechado – Art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. Individualização da pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional (STF – Plenário – Rel.

Min. Paulo Brossard, DJU de 23/4/1993, p. 6.922).⁴⁷

Após a decisão favorável do STF que manteve o texto legal do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, houve ainda discursões a respeito da matéria em questão. O Ministro Vicente Cernicchiaro, na época titular do STJ, discordou expressamente da decisão proferida pela nossa Corte Maior, posicionando-se da seguinte forma a respeito do tema em questão

Responsabilidade penal – Crimes hediondos – Tráfico ilícito de entorpecentes – Regime fechado. A Constituição da República consagra o Princípio da Individualização da Pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, a legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único, inflexível (STJ – 6ª

⁴⁷ Plenário – STF. Relator: Min. Paulo Brossard, DJU de 23/4/1993, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 1 v.

Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 7/6/1993, p. 11.276).⁴⁸

Embora não tenha sido levado em consideração à época dos fatos, o entendimento do Ministro Vicente Cernicchiaro, com o passar dos anos, foi ganhando outros ministros adeptos da ideia de inconstitucionalidade do mencionado parágrafo. Sendo assim, o STF não teve outra saída a não ser modificar seu posicionamento outrora firmado, apreciando a referida questão em 23/02/2006, no julgamento do HC82959/SP. O Relator, Ministro Marco Aurélio de Melo, declarou a inconstitucionalidade do art.2º, §1º da Lei nº 8.072/90, conforme consta no boletim informativo do STF nº 418 a seguir

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/190, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena

⁴⁸ 6ª Turma – STJ. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 7/6/1993, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal – v. *Informativos* 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidade de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vista à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei nº 8.072, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Melo e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de

inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nessa data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento de óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.⁴⁹

Desde então, o Supremo Tribunal Federal passou a proferir suas decisões em consonância com o HC82959/SP, conforme é possível perceber em seus julgamentos posteriores

Crime hediondo. Tráfico de Entorpecentes. Progressão no regime prisional. Possibilidade em face do precedente do plenário (HC 82.959). Julgado em 23.02.2006, que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. O provimento do recurso, todavia,

⁴⁹ Boletim Informativo nº 418. STF, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente (RHC 86951/RJ – Recurso em *habeas corpus*; 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – Julgamento em 7 de março de 2006, publicado no DJ 24 de março de 2006.)⁵⁰

Atualmente essa discursão não existe mais, pois em 28/03/2007 foi editada a Lei nº 11.464 que modificou o referido artigo da Lei nº 8.072/90. Dessa forma, o art. 2º, § 1º passou a considerar que os crimes hediondos e afins deveriam ser cumpridos inicialmente em regime fechado, com possibilidade de progressão de regime após cumpridos 2/5 (dois quintos) da pena, isso se o réu for primário, já nos casos de reincidência o benefício poderá ser concedido após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena.

⁵⁰ RHC 86951/RJ – Recurso em *habeas corpus*; 2ª Turma. STF – Relator: Min. Ellen Gracie – Julgamento em 7 de março de 2006, publicado no DJ 24 de março de 2006, apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007. 1 v.

3 A FIGURA DO LEGISLADOR COMO FATOR DE INTERFERÊNCIA NO ESTABELECIMENTO DA SANÇÃO PENAL

Uma vez feitas as devidas considerações acerca do direito de igualdade como garantia fundamental, bem como o processo de elaboração e fixação legislativa das penas, passaremos ao estudo basilar do referido trabalho, que concerne na análise dos critérios valorativos que o legislador utiliza no momento da fixação das penas, levando em consideração o poder aquisitivo das vítimas que sofrem determinadas condutas dolosas.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a figura do trabalhador como um indivíduo que merece ser amparado e alicerçado em qualquer fase da sua atividade laboral. Seus preceitos de condições dignas e fundamentais para que o trabalhador tenha segurança e proporcionalidade no exercício de suas funções, caracterizam a ideia central do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora traga em seu corpo ideais magníficos acerca dos direitos dos trabalhadores, na prática, essa aplicabilidade está longe de ser plena, principalmente nas grandes propriedades rurais do interior do país.

Mesmo que a escravidão tenha sido abolida em 1888, ainda hoje, vemos que seus resquícios se fazem presentes em nossa sociedade, principalmente quando se trata de trabalhadores rurais. É notório que a inserção dos direitos dos trabalhadores ao texto constitucional garantiu uma grande evolução e difusão de suas prerrogativas. No entanto, vemos que uma grande parcela de fazendeiros ignoram tais dispositivos legais.

O quadro social que hoje envolve o trabalhador rural é simplesmente lastimável. Embora o governo afirme que programas de investimentos estão sendo implantados para que o homem do campo se consolide e produza cada vez mais, no caso concreto não é bem assim que as coisas acontecem.

O produtor rural Francisco de Jesus Rodrigues em entrevista ao programa Acorda Cidade, da Rádio Sociedade de Feira de Santana AM, no estado da Bahia, relata como tem sido a vida do homem do campo atualmente no Brasil:

Sempre escutam os no rádio e na televisão, os políticos falarem que é preciso trabalhar para que o homem do campo permaneça no campo. Mas, que condições estão dando para que isso aconteça? A agricultura da região de Feira de

Santana é toda familiar, não produzimos em alta escala. Não temos políticas voltadas para o homem do campo, nem o Município, nem o Estado, nem o Governo Federal. A gente vê muito “oba, oba”, mas na prática nada é feito pelo trabalhador rural. Por exemplo, quando tem a seca, a Embasa, que gastou milhões patrocinando a micareta de Feira de Santana, não envia um carro pipa para o campo. Eles querem que a gente permaneça no campo passando sede e fome? [...]As políticas que são feitas para o trabalhador rural não contemplam a todos. Há pouco tempo, tínhamos o Garantia Safra, que é um modelo que vem de outro Estado. **Em Feira, esse projeto só contemplava quem tinha acima de uma tarefa e meia, assim os produtores mais carentes eram excluídos do programa.** Além disso, o nosso calendário agrícola é baseado no calendário de outras regiões, como o de Brasília, o que prejudica o trabalhador daqui, pois o regime de chuva é diferente.⁵¹ (Grifo Nosso)

⁵¹ RODRIGUES, Francisco de Jesus. [Entrevista disponibilizada em **02/06/2011 a internet**]. Disponível em <
<http://www.acordacidade.com.br/noticias/76494/entrevista-trabalhador->

É por causa de situações como as descritas acima que muitos trabalhadores rurais veem a necessidade de saírem de suas cidades natais para ganharem o mundo, tentando buscar nas grandes cidades melhores condições de subsistência para si e toda sua família. Esta busca por melhores condições de vida faz com que muitos desses homens migrem para as grandes fazendas produtoras do país, pois acreditam que a agropecuária é o ramo mais promissor, com o qual estão acostumados a lidar uma vida inteira.

Diante de quadros como esses, muitos fazendeiros se aproveitam da fragilidade e inocência do homem do campo para envolvê-lo em um esquema de abusos, exploração e condições insalubres e degradantes de trabalho. O fato é que os grandes proprietários rurais, difusores das condições análogas à de escravo, veem nessas pessoas humildes a oportunidade de expandirem seu patrimônio, além de obterem cada vez mais ostentação, fortuna e luxo. O trabalhador por sua vez, munido de fome e miséria, é obrigado a aceitar tais condições de

[rural-fala-sobre-as-dificuldades-da-vida-no-campo.html](#)>. Acesso em 1º out 2015.

trabalho, pois acredita ser esta a melhor opção para mudar de vida e, conseqüentemente, prover o sustento de sua família.

O esquema de condição análoga à escravidão na maioria das vezes, se inicia com o aliciamento do trabalhador, feito pelos chamados “gatos”. Essas pessoas são as responsáveis por encobrirem a identidade dos fazendeiros “escravizadores”, afim de impedirem possíveis imputações criminosas e esses.

Assim, iniciada a fase de aliciamento, esses trabalhadores passam a ser responsáveis por custearem todas as despesas que obtiverem com o trabalho nas fazendas. O “gato”, de imediato, os informa que as despesas com o trajeto até a fazenda e as ferramentas de trabalho que irão utilizar já estão sendo contabilizadas no “caderno” de dívidas de cada um. Além dessas contabilizações preliminares, os trabalhadores também são informados de que as despesas com alojamentos e alimentação (apreçadas abusivamente), serão acrescidas à dívida.

Toda essa artimanha é muito bem pensada e articulada, pois na maioria dos casos, os locais de comércio estão demasiadamente distantes dessas propriedades, o que torna inviável para os trabalhadores a procura por outras formas de adquirirem alimento. Entretanto, se este homem

explorado decide largar as atividades e ir embora, é de ofício impedido pelos “gatos” ou pelo próprio fazendeiro, sob alegação de que não poderá sair enquanto não quitar toda sua dívida. O castigo para quem tenta fugir ou até mesmo reclamar, é torturante, podendo chegar até a morte.

O trabalho análogo ao de escravo é caracterizado pelas situações degradantes e insalubres as quais os trabalhadores são submetidos, e acima de tudo pela privação de liberdade que os “escravizadores” efetuam, não mais com correntes e amarraduras como no passado, mas sim com torturas psicológicas e ameaças.

Nesse sentido, o Código Penal, fundamenta a referida conduta da seguinte maneira:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: **Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.**

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

A Convenção nº 29, elaborada pela Organização Internacional do Trabalho, se comprometeu a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, sob todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo.⁵² Não obstante, trouxe ainda em seu art. 2º o conceito de trabalho forçado, sobre os seguintes dizeres “Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de

⁵² Convenção (29) sobre o trabalho forçado ou obrigatório. **OIT**. Disponível em http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf acesso em 02/10/2015 >. Acesso em 02 out 2015.

uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”⁵³

Municiado dos argumentos mencionados anteriormente, o legislador, incumbido de elaborar normas de direito aplicáveis a toda a sociedade, é competente para formular leis, que devem ser obedecidas pelos cidadãos, empresas, organizações públicas e por ele mesmo.

No Brasil, o Poder Legislativo é formado pelos integrantes do Senado Federal, e da Câmara dos Deputados, formando assim o Congresso Nacional. A Constituição Federal em seu artigo 59 cristaliza a atuação do Poder Legislativo da seguinte maneira:

O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;

⁵³ Convenção (29) sobre o trabalho forçado ou obrigatório. **OIT**. Disponível em http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf acesso em 02/10/2015 >. Acesso em 02 out 2015.

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

É importante destacar, que o legislador, no momento da formulação das leis, leva em consideração a necessidade do povo, sobretudo, analisando fatos passados, ensejadores da discussão em tela, além de basear-se em uma profunda pesquisa histórica e doutrinária acerca da discussão a ser analisada.

Entretanto, o impasse nesse sentido, versa justamente sobre a não observância desses critérios no momento da votação por alguns legisladores, haja vista ocorrerem casos em que os mesmos participam da votação de uma lei sem ao menos conhecê-la. Nesses casos, o voto do nosso representante é feito de maneira “aleatória” e por vezes “desleixada”, condicionando o seu voto ao favorecimento de representantes “estrelas” da Comissão Permanente.

O resultado dessa troca de favores, geralmente relacionadas a algum vínculo político, é o que gera leis destinadas a uma pequena parcela de indivíduos. Dessa forma, essa prestigiada Comissão Permanente

legisla em favor próprio, colocando seus interesses pessoais e privados acima das necessidades do povo.

Sendo assim, não é de se espantar que a figura do legislador e do escravizador se confundam em um único indivíduo. Infelizmente, muitos são os casos em que aqueles que deveriam prezar pela aplicabilidade e criação das leis são os primeiros a transgredi-la.

As reportagens abaixo evidenciam casos em que o próprio legislador figura como agente ativo na prática da conduta criminosa de Redução à condição análoga à de escravo. O ex-
-senador João Ribeiro, filiado ao partido PR-TO, protagonizou um dos casos mais famosos de exploração da mão de obra escrava por constituintes:

Senador João Ribeiro é processado no STF por escravidão. Eleito com 375 mil votos em 2010, o senador João Ribeiro (PR-TO) passou nessa quinta à condição de réu em ação penal no Supremo Tribunal Federal (STF) por explorar a mão de obra de trabalhadores em condições análogas à escravidão. Os ministros da Suprema Corte aceitaram a denúncia apresentada pela Procuradoria-Geral da República (PGR). De acordo com a acusação,

35 funcionários da Fazenda Ouro Verde, de propriedade de João Ribeiro, em Piçarra (PA), teriam trabalhado em condições degradantes. A denúncia formulada em 2004 teve como base uma inspeção realizada em fevereiro do mesmo ano por auditores-fiscais do Ministério do Trabalho na fazenda de Ribeiro. O fato foi descoberto a partir de informações prestadas por um trabalhador à Comissão Pastoral da Terra de Araguaína (TO). A fazenda está localizada no Pará, próximo à divisa com Tocantins. [...] De acordo com a denúncia, os trabalhadores da fazenda foram contratados para jornadas de 12 horas diárias, de segunda a sábado, e trabalhavam até o meio-dia aos domingos. Os fiscais verificaram que eles dormiam “em ranchos cobertos com folhas de palmeiras, abertos em suas laterais, sendo que um deles foi montado sobre um lugar úmido e insalubre”. A PGR relata também que não havia sanitários nem água filtrada na fazenda e, ainda, que os trabalhadores não tinham condições financeiras de deixar a fazenda para se locomoverem até seu local de origem, uma vez que pagavam pela alimentação.⁵⁴

⁵⁴ Senador João Ribeiro é processado no STF por escravidão. **Jornal**

Outro caso envolvendo a exploração do trabalho escravo, teve como personagem principal o Deputado Federal João Lyra, filiado ao partido do PSD-AL. Considerado o deputado mais rico do Brasil, Lyra tem sua fortuna avaliada em cerca de 240,39 milhões de reais. Mesmo com um patrimônio invejável, o deputado federal se envolveu no esquema de condições degradantes ofertadas aos seus funcionários, conforme noticia o STF:

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu, por maioria de votos, denúncia no Inquérito (INQ) 3564 contra o deputado federal João Lyra (PSD/AL), administrador da Laginha Agro Industrial S/A, que passará a responder a ação penal pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 149 e 207 do Código Penal – redução a condição análoga à de escravo e aliciamento de trabalhadores. Para o relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, existe na

Estado de Minas. Disponível em
<http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/02/24/interna_politica,279738/senador-joao-ribeiro-e-processado-no-stf-por-escravidao.shtml>.
Acesso em 02 out 2015.

denúncia lastro probatório inicial a permitir a abertura da persecução penal. Consta dos autos que fiscalização realizada em agosto de 2010 pelo Grupo Especial de Fiscalização Rural no Setor Sucroalcooleiro do Estado de Minas Gerais na empresa administrada pelo parlamentar encontrou trabalhadores em condições degradantes. Falta de água potável, condições de higiene e trabalho exaustivo foram relatados em depoimentos colhidos pelos fiscais do Ministério do Trabalho, do Ministério Público e da Polícia Federal. Os trabalhadores relataram que eram oriundos de estados como Piauí, Maranhão e Alagoas, onde haviam sido aliciados para trabalharem no corte de cana para a empresa Laginha, no interior do Estado. [...]Nesse sentido, o relator revelou que os depoimentos colhidos no local, bem como as fotos juntadas aos autos, mostram falta de água filtrada e fresca para os trabalhadores, alojamentos sem ventilação, sem forro na cobertura, instalações sanitárias precárias, camas e colchões inadequados, inadequação dos locais para alimentação, falta de sanitários no local de trabalho e instalações elétricas improvisadas, entre outros. Além

disso, de acordo com os autos, os trabalhadores eram submetidos a jornadas exaustivas de trabalho, sem intervalo, e acabavam comprometendo todos seus recursos com pagamento de aluguel, água e alimentação, não sobrando dinheiro sequer para tentar voltar para seus municípios de origem. Para o ministro, os fatos narrados na denúncia amoldam-se, em princípio, ao disposto no artigo 149 do Código Penal.⁵⁵

Com base nos trechos acima mencionados, é notória a vantagem que o legislador possui em razão de seu cargo, valendo-se dele para satisfazer e ocultar suas ações criminosas. A figura do constituinte e do transgressor como um só não se restringe apenas a um crime isolado, é possível percebê-la por diversas vezes dentro do texto legal.

Assim como nos crimes de Condições análogas à escravidão, em que o legislador determina penas irrisórias a quem pratica tal conduta ilícita, partindo da premissa de que ele se enquadra entre os

⁵⁵ Deputado responderá a ação penal por redução a condição análoga à de escravo. STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273209> >. Acesso em 02 out 2015.

transgressores, ocorre semelhante usurpação dos critérios éticos, políticos e constitucionais ao crime de Extorsão mediante sequestro.

Encartado no art. 159 do Código Penal, o referido crime, vem ganhando espaço e notoriedade midiática desde o final do século XX, quando começou a se debater a necessidade de penas mais severas e rigorosas aplicáveis àqueles que por ventura venham a cometer tal ato ilícito.

O embate levantado a respeito das penas do crime de Extorsão mediante sequestro levou o legislador a imputar à conduta em tela, punições mais severas, incluindo-o no rol dos crimes hediondos conforme consta na Lei 8.072/90:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

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

Após a redação da mencionada lei, o texto legal da Extorsão mediante sequestro, dispôs a sua prática da seguinte maneira:

Art.159 do CP. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte anos).

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Semelhante ao que acontece nos crimes de Redução a condição análoga à de escravo, o legislador, ao determinar a pena de Extorsão mediante sequestro, levou em consideração a incidência deste crime sobre pessoas próximas ou até mesmo sobre ele. Os casos em que as vítimas desse crime são pessoas do seio familiar do constituinte estão crescendo cada vez mais, razão pela qual o legislador adotou punições mais gravosas ao crime em questão.

As matérias a seguir evidenciam o crescimento e a incidência dessa conduta dolosa no cotidiano de nossos legisladores:

Libertada filha do deputado Luiz Estevão
Foi libertada por volta das 2h desta sexta-feira (12) a filha do empresário e deputado distrital Luiz Estevão, Cleucy Estevão Meireles de Oliveira, 12, que havia sido sequestrada na última sexta-feira, em Brasília. Segundo a Polícia Civil do Distrito Federal, a libertação foi feita por meio de aparelhos rastreadores de ligação acoplados ao telefone público de onde

Estevão vinha fazendo contatos com os sequestradores.⁵⁶

Referente ao mesmo caso, tem-se outra reportagem que menciona a vantagem exigida pelos sequestradores como condição de resgate, fato que caracteriza o crime de Extorsão mediante sequestro:

O tenente da Polícia Militar do Distrito Federal, Osmarinho Cardoso da Silva Filho, 28 anos, comandou o sequestro de Cleucy Estevão Meireles de Oliveira, 12 anos, libertada na madrugada de ontem por policiais civis na cidade satélite de Samambaia, a 35 quilômetros do Centro de Brasília. Osmarinho é subcomandante de uma companhia da PM e foi o primeiro integrante da quadrilha de sequestradores a ser preso, às 23h30 de anteontem, quando pedia por telefone R\$ 5 milhões de resgate ao pai de Cleucy, o empresário e deputado distrital Luiz Estevão (PMDB). Outro policial militar, o soldado Ricardo Mendes dos Santos, 23, fazia parte da

⁵⁶ Libertada filha do deputado Luiz Estevão. **Folha de São Paulo**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ge12092.htm>>. Acesso em 03 out 2015.

quadrilha. O comando da PM suspeita que outros integrantes da corporação participaram do sequestro.⁵⁷

Assim como foi dito anteriormente, a prática do crime de Extorsão mediante sequestro atinge tanto a família quanto a própria pessoa do constituinte, conforme pode se perceber na reportagem a seguir:

Vereador e secretário da prefeitura de Taboão da Serra são sequestrados

O secretário de governo da prefeitura e um vereador de Taboão da Serra, na Grande São Paulo, ficaram doze horas nas mãos de criminosos, na noite desta terça-feira (16). Os dois foram assaltados, mas quando os ladrões descobriram que eram políticos, quiseram mais dinheiro. Três pessoas foram presas em flagrante. As vítimas foram o vereador Marco Porta (PRB) e o secretário de governo Cândido Ribeiro[...]Um dos criminosos soube que as vítimas eram políticos da cidade e telefonou para a prefeitura. A polícia foi avisada. O

⁵⁷ Tenente da PM comandou seqüestro de Cleucy Oliveira. **DPNT.** Disponível em http://www.dpnet.com.br/antiores/1997/09/13/brasil1_0.html. Acesso em 03 out 2015.

amigo de uma das vítimas foi para a delegacia e acompanhou toda a negociação. Os sequestradores fizeram três ligações. Uma delas às 8h e a polícia autorizou o pagamento do resgate para acompanhar o pagamento e chegar aos sequestradores. “Foi pago o resgate, ninguém foi preso na hora para não colocar a vida das vítimas em risco, o principal, a integridade física das vítimas. Após isso aí nós saímos a campo e conseguimos prender três pessoas, que estão sendo autuadas em flagrante”, disse o delegado Dejair Gomes Neto. O primeiro a ser preso indicou outros dois integrantes do grupo. O vereador e o secretário de governo disseram aos policiais que ficaram o tempo todo sob mira de armas em um matagal e foram libertados depois da prisão dos criminosos.⁵⁸

A exposição das reportagens acima ratifica a influência que o legislador possui no momento da elaboração e valoração das leis, partindo da premissa

⁵⁸ Vereador e secretário da prefeitura de Taboão da Serra são sequestrados. **G1.** Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/vereador-e-secretario-da-prefeitura-de-taboao-da-serra-sao-sequestrados.html>>. Acesso em 03 out 2015.

de que o crime de Extorsão mediante sequestro deve ter uma pena mais severa e gravosa em razão da sua grande incidência sobre aqueles que de alguma forma integram a vida do legislador.

CONCLUSÃO

Diante dos fatos apresentados durante todo o curso do trabalho, é possível perceber a influência que o legislador exerce sobre a valoração das pretensões punitivas de determinados tipos legais, em especial, aos crimes de Redução a condição análoga à de escravo e Extorsão mediante sequestro.

Viu-se que a igualdade, um dos principais direitos fundamentais, prioriza o tratamento isonômico e justo a todos os indivíduos, refutando, em princípio, qualquer arbitrariedade no que se refere ao dispositivo legal. O texto constitucional, no entanto, admite certas desigualdades no que se refere ao tratamento desigual aos desiguais, desde que apresentem justificativas plausíveis ao texto constitucional, sem ferir dispositivos legais.

O princípio da igualdade não é apenas mera formalidade prevista a fim de garantir direitos abstratos ao indivíduo; faz-se necessária a sua concreta aplicação em todas as searas do direito, principalmente frente às competências do legislador.

O que se espera do constituinte no momento do cumprimento de suas atribuições é que ele pautе suas decisões sempre em consonância com os ditames da nossa norma Pátria, criando e editando leis dentro dos preceitos estabelecidos no direito, sem que haja nenhuma desigualdade quanto à matéria e incidência.

Entretanto, como pôde-se perceber ao longo do estudo em tela, a plena efetividade dessa garantia constitucional não vem sendo respeitada pelo constituinte, pois, o mesmo aplica valorações discrepantes a determinados dispositivos legais sem apresentar razoável justificativa para tanto, transgredindo, assim, o princípio supracitado.

É importante salientar que essa atitude do legislador ao estabelecer leis pautadas em interesse próprio, cria um círculo vicioso que atinge a tríplice norma regulamentadora da atuação do princípio da igualdade. Essa interferência do legislador age diretamente sobre: as autoridades públicas (e isso inclui juízes responsáveis por aplicarem a norma ao caso concreto), cidadãos e o próprio constituinte.

Deste modo, a interferência do legislador no processo de criação das leis atinge diretamente o juiz no momento da aplicação da sanção punitiva, haja vista que o magistrado deve valer-se totalmente da

norma positivada para fundamentar seu parecer. O juiz, durante o estabelecimento das penas ao caso concreto, deve levar em consideração a pena a ser aplicada sobre determinado crime, sua quantificação (fixação da pena base, análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e análise das causas de diminuição e aumento) e ainda o regime inicial de cumprimento da pena.

Entretanto, se a norma positivada chega ao Código Penal regada de vícios advindos da sua criação, a sanção punitiva aplicada ao indivíduo transgressor da lei pode ser indevida.

Efetuadas as análises preliminares quanto à elaboração das penas, o juiz passará a seguir as fases obrigatórias para a construção da sanção punitiva, dentre elas a apreciação das circunstâncias atenuantes e agravantes. Neste momento, o magistrado passa a verificar as situações empregadas aos crimes em estudo, que possam ensejar o aumento ou a diminuição do quantum da pena.

Dado o exposto, ainda que o juiz siga todo o rito legal que precede a elaboração das penas, se a norma positivada que a gerou foi criada para satisfazer apenas interesses de uma pequena parcela de indivíduos, tem-se que a pena imposta ao

indivíduo é demasiadamente desproporcional e injusta.

A problemática do trabalho surge a partir deste momento, quando a interferência do legislador chega ao caso concreto e determina as vertentes que as sanções punitivas dos crimes de Redução a condição análoga à de escravo e Extorsão mediante sequestro devem seguir.

A pena estabelecida ao crime de Redução a condição análoga à de escravo é de reclusão de dois a oito anos, sendo que, nos casos em que o crime incide sobre crianças e é motivado por preconceito, a pena é aumentada em metade.

O legislador, ao elaborar a redação e o quantum das penas do mencionado crime, ateu-se apenas às formas de tentar minimizar sua punição nos casos em que sua conduta ilícita for descoberta. Entretanto, é cediço destacar que seu desvio de caráter viola direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como por exemplo o direito à vida, liberdade e a não imposição de torturas e tratamentos desumanos e degradantes ao indivíduo.

A ação inescrupulosa do constituinte continua ainda seu caminho de ilicitudes na valoração do *quantum* das penas do crime de Extorsão mediante sequestro, quando o legislador, valendo-se de sua

posição, determina penas de oito a quinze anos de reclusão nas formas simples do mencionado crime, partindo da premissa de que ele e pessoas próximas ao seu círculo social estão mais suscetíveis a sofrerem tal ação.

Contudo, dependendo das qualificadoras mencionadas no artigo 159 do Código Penal, a pena poderá ser aumentada de doze a vinte anos, ou ainda, dezesseis a vinte e quatro anos de reclusão, sendo quase equiparáveis ao crime de homicídio qualificado, cuja pena é de doze a trinta anos de reclusão.

Feitas as devidas considerações, é lastimável perceber que expor o ser humano a condições degradantes e humilhantes de trabalho, além de privá-lo do seu direito de ir e vir deve valer menos do que sequestrar alguém para obter vantagem, o que cerceia, da mesma forma, direitos tão fundamentais do indivíduo.

A conclusão a que se pode chegar diante da conduta do legislador é que o mesmo utiliza critérios de desigualdades sociais para fundamentar suas decisões. O constituinte, no momento da criação das leis, leva em consideração a incidência dos crimes de Condições análogas à escravidão sobre pessoas de classes econômicas desfavoráveis, em contraste com

as vítimas da Extorsão mediante sequestro, que geralmente possuem poder aquisitivo mais elevado.

Tendo isto em vista, o que se espera do legislador é que ele equipare os critérios de valoração conforme suas semelhanças, valorando o crime de Condição análoga à escravidão na mesma proporção do disposto ao crime de Extorsão mediante sequestro.

Diferentemente do que sanciona o constituinte, ambas as condutas podem ser consideradas semelhantes, pois privam o indivíduo de liberdade valendo-se dele para obtenção de vantagens, se aproveitam de suas fragilidades e deixam sérias marcas psíquicas e emocionais em suas vítimas. Sendo assim, nada mais justo do que acrescentar o crime de Redução a condição análoga à de escravo ao rol de crimes hediondos.

Por fim, é necessário inferir que não são todos os constituintes que se deixam corromper em razão de suas atribuições, logo, espera-se que não haja mais casos em que legisladores figurem dualmente como criminosos e defensores dos direitos do povo.

Assim, a efetiva regulamentação das questões de frequência e assiduidade dos legisladores nas reuniões do Congresso Nacional, bem como a fixação de punições exemplares nos casos em que

fique comprovada ação criminosa e violação ética no exercício das funções por parte dos constituintes tornam-se indispensáveis para que não existam mais casos de inconstitucionalidade legislativa no Brasil.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 27ª ed. – São Paulo. Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo. Saraiva, 2011.

Rui Barbosa. **Biografia, importância para a história do Brasil, Águia de Haia, funções e cargos, obras, frases**. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/biografias/rui_barbosa.htm>. Acesso em 02 abr 2015.

CIELO, Patrícia Donzele. **Diferença entre Direitos, Garantias e Remédios**. Disponível em <<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2011/09/diferenca-entre-direitos-garantias-e.htm> > Acesso em 02 abr 2015.

PIOVESAN, Flávia C. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. – São Paulo. Saraiva, 2006.

SANTANA, Ana Lúcia. **Direitos Humanos**. Info Escola. Disponível em <<http://www.infoescola.com/sociologia/direitos-humanos/>> Acesso em 04 abr 2015.

RODRIGUES, Leôncio Martins. Do espírito das leis. **Revista Jurídica**. Disponível em <

www.unifacs.br/REVISTAJURIDICA/ARQUIVO/edicao.../dis16.doc >. Acesso em 04 abr 2015.

SILVA, Nícolas Trindade da. **Da igualdade Formal e Material**. Conteúdo Jurídico. 2012. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-igualdade-formal-a-igualdade-material,40530.html> > acesso em 04 abr 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à provação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Robinson dos. **A concepção de justiça penal na doutrina do direito de Kant**. Artigo Científico de Direito – UFSC. 2011. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/16772954.2011v10n3p103/21554>>. Acesso em 11 abr 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSCRATO, Nathália de Moraes. **O princípio da humanidade das penas e a execução penal no**

estado democrático de Direito. 2012. 85f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/monografias/TCC_Nathlia_Coscrato_sem_correes.pdf>. Acesso em 20 abr 2015.

STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=133>>. Acesso em 20 abr 2015.

MIRANDA NETO, Angelo Cavalcanti Alves de. **Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena a quem do mínimo legal.** Âmbito Jurídico. Rio Grande, XVI, n. 112. Maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3>. Acesso em 22 abr 2015.

ANDRADE, Bruna de. Igualdade Formal v. Igualdade Material. FGV. Disponível em <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Igualdade Formal v. Igualdade Mat](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Igualdade_Forma_l_v._Igualdade_Material)>. Acesso em 30 abr 2015.

ALFRADIQUE, Elaine. **A interpretação do artigo 92 do código Penal. Efeitos específicos da Condenação. Perda de cargo-cassação de**

aposentadoria. Sisnet. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/92.pdf>>. Acesso em 02 mai 2015.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. UFSC. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26081-26083-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 1 v.

RODRIGUES, Francisco de Jesus. [Entrevista disponibilizada em 02/06/2011 a internet].

Disponível em <<http://www.acordacidade.com.br/noticias/76494/entrevista-trabalhador-rural-fala-sobre-as-dificuldades-da-vida-no-campo.html>>. Acesso em 01 out 2015.

Convenção (29) sobre o trabalho forçado ou obrigatório. OIT. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf> acesso em 02/10/2015 >. Acesso em 02 out 2015

Senador João Ribeiro é processado no STF por escravidão. **Jornal Estado de Minas.** Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/02/24/interna_politica_279738/senador-joao-ribeiro-e

processado-no-stf-por-escravidao.shtml>. Acesso em 02 out 2015.

Deputado responderá a ação penal por redução a condição análoga à de escravo. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273209>>. Acesso em 02 out 2015.

Libertada filha do deputado Luiz Estevão. **Folha de São Paulo**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ge12092.htm>>. Acesso em 03 out 2015.

Tenente da PM comandou sequestro de Cleucy Oliveira. **DPNT**. Disponível em <http://www.dpnet.com.br/anteriores/1997/09/13/brasil1_0.html>. Acesso em 03 out 2015.

Vereador e secretário da prefeitura de Taboão da Serra são sequestrados. **G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/vereador-e-secretario-da-prefeitura-de-taboao-da-serra-sao-sequestrados.html>>. Acesso em 03 out 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. 2 v.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. 3 v.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em 03 out 2015.

KERSTING, Thais Pereira; PUHL, Adilson Josemar. **Trabalho escravo frente os direitos fundamentais do trabalhador: Perspectiva de erradicação.**

Revista Jurídica. Disponível em <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo10.pdf>. Acesso em 03 out 2015.

Deputado mais rico é acusado de trabalho escravo.

UOL. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/trabalho-escravo/deputado-mais-rico-e-acusado-de-trabalho-escravo/acesso>>. Acesso em 03 out 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.072** de 25 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em 03 out.2015.

BRASIL. **Código Penal.** Promulgado em 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em 03 out 2015.

STJ, Súmula 231. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>>. Acesso em 15 mai 2015.



Editora Prospectiva