

Pena de Prisão e sua Dosimetria: questões críticas

Diego Marques da Silva



Pena de prisão e sua dosimetria: questões críticas

Diego Marques da Silva

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Diego Marques da Silva

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

S5861 Silva, Diego Marques

Pena de prisão e sua dosimetria: questões críticas [recurso eletrônico]. / Diego Marques da Silva. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 57 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-155-8

DOI: 10.47573/aya.5379.1.92

1. Pena (Direito) - Brasil. I. Título

CDD: 345.8107

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA PENA.....	11
Dos princípios expressos	13
<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>13</i>
<i>Princípios da legalidade, anterioridade e reserva legal.....</i>	<i>13</i>
<i>Princípio da individualização da pena.....</i>	<i>15</i>
<i>Princípio da intranscendência da pena</i>	<i>16</i>
<i>Princípio da limitação ou da humanidade das penas</i>	<i>17</i>
<i>Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade</i>	<i>18</i>
Dos princípios implícitos	18
<i>Princípio da proteção dos bens jurídico</i>	<i>18</i>
<i>Princípio da intervenção mínima.....</i>	<i>19</i>
<i>Princípio da fragmentariedade</i>	<i>20</i>
<i>Princípio da insignificância.....</i>	<i>20</i>
<i>Princípio da adequação social</i>	<i>23</i>
<i>Princípio da confiança.....</i>	<i>23</i>
<i>Princípio da lesividade/ofensividade</i>	<i>24</i>
<i>Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade subjetiva</i>	<i>25</i>
<i>Princípio da proporcionalidade.....</i>	<i>26</i>
<i>Princípio do no bis in idem.....</i>	<i>27</i>

A PENA DE PRISÃO E SUA DOSIMETRIA 29

Pena Privativa de Liberdade (PPL).....	30
Penas Restritivas de Direitos (PRD).....	31
Pena pecuniária	33
<i>Primeira fase</i>	34
<i>Segunda fase</i>	36
<i>Terceira fase</i>	37

QUESTÕES CRÍTICAS E PROBLEMÁTICAS 38

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 48

REFERÊNCIAS..... 50

DEDICATÓRIA..... 52

SOBRE O AUTOR 53

ÍNDICE REMISSIVO 54

Apresentação

O presente estudo propõe discutir sobre a dosimetria da pena, analisando os parâmetros legais e jurisprudenciais utilizados pelo julgador na fundamentação da sentença penal condenatória verificando se estão em conformidade com os preceitos constitucionais, pois é no ato de aplicar a pena material, que o julgador se depara com um dos maiores direitos fundamentais: a liberdade. Cabe destacar a relevância dos institutos em análise e a responsabilidade que é intrínseca à realização de um trabalho pautado pela imparcialidade na busca de trazer a questionamentos, bem como combate as injustiças sociais. A metodologia utilizada será essencialmente teórico descritiva, a partir de um alicerce construído em uma revisão de literatura em autores pertinentes ao tema, dentre os quais podemos citar Bittencourt (1997), Prado (2001), Salo de Carvalho (2001), Zafarroni (2001), Baratta (2011), Batista (1996), dentre outros.

Diego Marques da Silva

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a temática, desenvolvida no âmbito da criminologia crítica, de que o sistema penal brasileiro reproduz, em sua lógica operacional, a injustiça e a desigualdade presentes em vários setores da sociedade brasileira, acarretando seletividade e desigualdade que permeiam os processos de criminalização secundária, e que, auxiliam, a perpetuar o poder político, econômico e social, sustentando estruturas injustas e desiguais servindo como elemento de opressão dificultando a possibilidade de emancipação social das classes sociais mais oprimidas.

A escolha do tema demanda a necessidade de compreender e combater a funcionalidade desse sistema de justiça criminal brasileiro, pois a aplicação do Direito Penal atualmente implica, sobretudo, em observar rigorosamente os ditames que corroboram ao Estado Democrático de Direito, afirmando cada vez mais os propósitos de garantia de uma sociedade fraterna e igualitária.

O presente estudo orbita na análise da competência que é outorgada ao juiz ao calcular a pena imputando a alguém uma sentença penal condenatória. Não se trata apenas de decompor o itinerário que o juiz traça para chegar à sentença necessariamente. É trazer à tona os percalços presentes na trajetória, analisando-os com o suporte da criminologia crítica, sendo o sentenciado objeto de nossa máxima proteção ora em relação ao julgador, ora em relação ao Estado.

Para tanto, é necessário romper com o paradigma que reduz o réu/a ré a um mero processo (papel), pelo contrário, é necessário expor as assimetrias dentro da própria dosimetria da pena e fora dela que juntas violam preceitos constitucionais e desaguam na violação do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, delimitando o objeto trataremos agora em demonstrar o método da pesquisa que será iminentemente teórico, debruçando-nos sobre a pesquisa bibliográfica: livros, artigos, textos legais, jurisprudência etc.

Para o estudo desenvolvido em cada capítulo, adotaremos o método lógico-dedutivo (do geral para o particular), restringindo o tema à especificidade, na busca da verticalização

do conhecimento.

O trabalho aponta soluções práticas para o ponto de vista defendido, sem descuidarmos, entretanto, de trazeremos para o debate os diversos posicionamentos antagônicos.

Tal estudo está estruturado em três importantes capítulos. No primeiro capítulo são expostos os princípios constitucionais limitadores da pena, pois além de garantirem segurança jurídica à sociedade também limitam o uso do poder punitivo do Estado.

Em seu segundo capítulo a pesquisa é voltada para analisar a pena de prisão no Brasil e sua dosimetria.

O terceiro capítulo trata-se das questões críticas e problemáticas da dosimetria da pena e da pena de prisão do Brasil.

A hipótese de trabalho contextualizada está inserida na área de concentração da criminologia crítica e do direito Público e na linha de pesquisa: teoria da pena.

Assim, com efeito, sem a pretensão de esgotar o debate em torno do tema proposto, o que não seria possível, até mesmo em face de nossas limitações, a par de uma pesquisa seletiva e estabelecendo prioridades no material bibliográfico levantado, pretendemos contribuir com o presente estudo para o debate acadêmico, que possa servir de base para a obtenção de melhores resultados na prática cotidiana do jurista e do sistema de justiça criminal como um todo.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA PENA

O Direito Penal tem como função declarada que, por meio de uma sanção criminal, previne a reiteração de condutas criminosas no meio social e protege a comunidade das transgressões que eventualmente lesionam bens jurídicos essenciais à manutenção da vida em harmonia. Não obstante, sua face oculta, percebe-se que não basta a prática de uma conduta contrária às normas para ser considerado um criminoso, de modo que a condição de desviante é o resultado de um processo de etiquetamento social.

Apesar de ser atribuída a poucos, grande parte da sociedade pratica crimes e não é um proceder restrito a uma pequena parcela da população se tornando um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental¹.

Assim, deve ser levado em consideração o fato de que as estruturas de poder (tanto política quanto econômica) da sociedade são formadas por grupos, os quais estarão mais próximos ou mais distantes do, sendo que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as”².

(...) a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram desse tratamento diferenciado depende sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*³.

Desse modo, depreende-se, então, que desviante é aquele cujo “rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso”, visto que, como já abordado, “as condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma dada comunidade aplicam como um rótulo àquele que comete um ato determinado”⁴.

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³ ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *O inimigo no Direito penal*. Rio de Janeiro: Revan (Coleção Pensamento Criminológico), 2007.

⁴ SHECAIRA, Sergio Salomão. “Tolerância Zero”. In *Revista Internacional Direito e Cidadania*, nº 07 - JUNHO de 2010 a SETEMBRO de 2010, disponível em acesso em 01/05/2022.

Com isso, a intervenção do Estado na esfera individual deve ser limitada por causa da fragilidade do indivíduo quando comparado ao ente estatal, a fim de evitar o cometimento de arbitrariedades e abusos. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 previu em seu texto vários princípios limitadores, consagrando-os como verdadeiras garantias de cidadão perante o poder punitivo estatal.

Os princípios constitucionais são o ponto mais importante de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói todo o ordenamento Jurídico. São os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico⁵.

Nesse contexto, “(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”⁶.

Dessa forma, o fundamento primeiro de todo o Estado brasileiro são os princípios, sendo eles, portanto, o coração de todo o sistema normativo, e, portanto, necessita de proteção, já que muito além deles regularem as relações jurídicas, também coordenam todo o sistema jurídico para a melhor desenvoltura em prol da humanidade, que é a verdadeira razão ou finalidade do sistema: a coletividade.

Sendo assim, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo.

O intérprete deve se ater aos princípios como sendo norteadores de todo o sistema jurídico brasileiro, sob pena de invalidade lógico-jurídica: “Nenhuma interpretação será tida por jurídica se atritar com um princípio constitucional”. Ficando evidente a importância do respeito aos princípios constitucionais na consolidação do Estado Democrático de Direito⁷.

Cabe ressaltar que os princípios podem ser explícitos (quando estão descritos/expressos na norma) ou implícitos (quando não estão descritos/expressos na norma, porém, são subentendidos pelo ordenamento jurídico).

⁵ NUNES, Luiz A. R. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva 2002.

⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷ NUNES, Luiz A. R. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva 2002.

Dos princípios expressos

Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1988, art. 1º, III.

Trata-se de valor essencial para a existência da República e que deve repercutir em todas as vertentes do sistema positivo. Corolário desse reconhecimento é a proibição de penas cruéis conforme o art. 5º, XLVI, CF/88.

O art. 4º, II da Constituição Federal declara que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por determinados princípios e entre eles, o princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos como sendo: O conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais e que constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito. São direitos elementares à dignidade da pessoa humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais, culturais.⁸

A Constituição Federal, em vários dispositivos, consagrou o princípio da humanidade das penas como se pode extrair dos incisos XLIX, o qual assegura respeito a integridade física e moral dos presos e no inciso “L”, ambos do art. 5º, que garante as mulheres condenadas condições de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação⁹. Referindo-se ao princípio da humanidade: é, entretanto, no inciso XLVII da Carta Magna, que se visualiza com maior ênfase, o supramencionado princípio, com a proibição das penas cruéis, de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados e de banimento.

Princípios da legalidade, anterioridade e reserva legal

Esse princípio está previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal 88 e no art. 1º

⁸ DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

do Código Penal e expressa que: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O princípio NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, assim formulado por FEUERBACH, tem origem remota na Magna Carta, de João Sem Terra, em seu art. 39, que estabelecia que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra.

Trata-se de um dos princípios mais importantes limitador da pena, uma vez que uma de suas funções precípuas é a limitação do *jus puniendi* do Estado de interferir nas liberdades individuais.

Tal princípio está consagrado dentre os direitos fundamentais previstos no art. 5º, XXXIX, CF/88 não podendo ser abolido por emenda por se tratar de cláusula pétrea art. 60, par. 4º. CF/88.

O princípio da legalidade é obtido no quadro da denominada “função de garantia penal”, que provoca seu desdobramento em quatro princípios:

I - NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PRAEVIA – proibição de leis retroativas que agravem a punibilidade.

II - NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA – proibição pelo costume.

III - NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE STRICTA – proibição pela analogia.

IV - NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA - proibição de leis penais indeterminadas.

Somente poderá ser aplicada ao criminoso pena que esteja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado.

Pelo que se percebe, claramente, a norma penal mais severa só se aplica aos fatos praticados após sua vigência, não alcançando, portanto, fatos praticados antes de sua vigência.

Neste ponto, a Constituição Federal de 1988 recepcionou tal garantia penal, como

direito fundamental, conforme previsão no inc. XL do seu art. 5.º.

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Tal princípio se implica na irretroatividade da lei penal, já que ela não alcançará os fatos praticados antes de sua vigência, ainda que venham a ser futuramente tidos como crime.

Já o princípio da reserva legal se refere que nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre no adjetivo criminal, isto é, apenas a lei, em sentido formal, ordinária ou complementar materialmente ordinária, pode descrever e estabelecer pena em relação às condutas criminosas.¹⁰

Cabendo ao Congresso Nacional aprovar o projeto de lei que tipifica as infrações penais, conforme as formalidades constitucionais, seguindo de sanção presidencial.

Sendo assim, a tipificação de infração penal não pode ser feita por meio de decreto, resolução, medida provisória etc. Ademais, em matéria penal é vedado o uso de analogia in malam partem, com prejuízo para o réu.

Cabe ainda ressaltar que as normas penais em branco que exigem complementação por outras normas, de igual nível (leis), homogênea, ou nível diverso (decretos, regulamentos, portarias etc.), heterogênea, não ferem o princípio da reserva legal.¹¹

Por fim, nenhuma pena pode ser aplicada se não houver sanção pré-existente e correspondente ao fato.

O Estado, na ausência das previsões legais para seus atos, fica obrigatoriamente paralisado e impossibilitado de agir.

Princípio da individualização da pena

O Princípio da Individualização da Pena tem por finalidade atribuir ao condenado uma pena justa correspondente ao mal praticado, ao violar a lei penal em decorrência do mau uso do livre-arbítrio. Entende-se que seja suficiente e necessária à repressão e

¹⁰ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 115.

¹¹ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21ª ed. ver. ampl e atual. São Paulo: Saraiva 2015.

prevenção da conduta ilícita, atentando para o seu perfil e aos efeitos do crime.¹²

O princípio da individualização da pena está previsto expressamente no art. 5º, XLVI, da CF:

“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 direitos¹³”.

Assim, o acusado deve receber o tratamento adequado, de acordo com seu comportamento, circunstâncias individuais e aspectos objetivos e subjetivos do crime.

Este princípio deve estar presente o âmbito do legislativo, judicial e administrativo. O poder legislativo ao tipificar a conduta como crime valora o bem jurídico, estabelecendo penas adequadas em seu grau mínimo e máximo, bem como prevendo, se for o caso, qualificadoras, causas de aumento ou diminuição de pena, entre outras aptas estabelecer a sanção adequada.

No âmbito judicial o magistrado aplica a pena de acordo com os parâmetros traçados pelo legislador, por meio do sistema trifásico estabelecido pelo código penal, reconhecendo todas as circunstâncias e causas de fato e de direito que possam de algum modo interferir no quantum de pena a ser aplicada.

No âmbito administrativo é realizado durante a execução da pena, devendo o Estado tratar cada preso de forma individualizada, de forma que se possam atingir as finalidades da pena (ressocialização, retribuição, prevenção geral e especial). .

Princípio da intranscendência da pena

O Princípio da Intranscendência da Pena está fundamentado no inciso XLV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

¹³ BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988*. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.

patrimônio transferido”.¹⁴

Desse modo, pressupõe que a sanção, em matéria penal, não deve ultrapassar a pessoa do condenado, isto é, a pena não pode ser imposta e nem cumprida por terceiro que não contribuiu para a infração. Em razão de consistir numa intervenção ressocializadora sobre o apenado, a pena é uma determinação de caráter estritamente pessoal e, por isso, a Carta Magna proíbe qualquer consequência da pena que atinja a terceiros¹⁵.

Princípio da limitação ou da humanidade das penas

Este princípio decorre do movimento iluminista, notadamente a partir da obra de Beccaria, o princípio da humanidade consiste em tratar o condenado como pessoa humana e foi consagrado expressamente na Constituição da República, em vários preceitos, com especial destaque no art. 5.º, XLIX, que dispõe que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

O inciso L do mesmo artigo realça a condição peculiar da condenada, estabelecendo que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

O ápice da presença do referido princípio em nível constitucional está cristalizado no inciso XLVII do art. 5.º, ao estabelecer que 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 princípio da humanidade está estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que encontra nele seu fundamento substancial último. Tal princípio deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na feitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana.

14 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.

15 BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal: parte geral 1. 21º ed. ver., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade

O princípio da Presunção de Inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto pelo art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que enuncia: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁶”.

Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto deverá absolver e obedecer a tal princípio. Em termos jurídicos, esse princípio se desdobra em duas vertentes: como regra de tratamento (no sentido de que o acusado deve ser tratado como inocente durante todo o decorrer do processo, do início ao trânsito em julgado da decisão final) e como regra probatória (no sentido de que o encargo de provar as acusações que pesarem sobre o acusado é inteiramente do acusador, não se admitindo que recaia sobre o indivíduo acusado o ônus de “provar a sua inocência”, pois essa é a regra¹⁷).

Trata-se de uma garantia individual fundamental e inafastável, corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Deve-se sempre utilizar o *indubio pro reo* quando houver qualquer dúvida quanto a algum fato relevante para a decisão do processo. Assim, “não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo¹⁸”.

Dos princípios implícitos

Princípio da proteção dos bens jurídico

Em relação ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é norma que limita o *jus puniendi* estatal, ao destacar a necessidade de um Direito Penal exclusivamente protetor de bens jurídicos, excluindo quaisquer incriminações de condutas que não atinjam

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

18 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012.

os valores fundamentais para a existência social e o seu equilibrado desenvolvimento.

Dessa forma, entende-se por bem jurídico como um valor social, é dizer, o constituinte e o legislador ordinário emitem juízos valorativos, elegendo os bens protegidos pelo Direito Penal. Em outros termos, o conceito de bem jurídico, é “necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural¹⁹”.

Princípio da intervenção mínima

O princípio da legalidade limita o arbítrio judicial, porém não impede que o Estado crie tipos penais injustos que acarretem em sanções cruéis e degradantes. Deste modo, há a necessidade de limitar o arbítrio do legislador. Para tanto, surge o princípio da intervenção mínima, também denominada como *ultima ratio*, que tem por função orientar e limitar o poder incriminador do Estado ressaltando que a criminalização de uma conduta só se legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico²⁰.

Se existirem outras formas de sanção ou outros meios de controle social como, por exemplo, medidas civis ou administrativas, que sejam suficientes para a tutela deste bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Portanto, o Direito Penal assume um caráter subsidiário e sua intervenção só será justificável quando os demais ramos do direito ou formas de proteger o bem jurídico fracassarem, pois a sanção penal provoca graves danos ao indivíduo, tais como, a colocação do mesmo à margem da sociedade e o preconceito afetando, também seu psicológico.

A harmonia da sociedade requer um sistema de controle que garanta estabilidade e segurança entre os indivíduos pertencentes a ela. Tal controle é feito através do Direito Penal, que sanciona as condutas que desestabilizem a pacificação social.

“O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito²¹”.

Desta feita, podemos entender que de acordo com o princípio da intervenção mínima o direito penal deve intervir o menos possível na vida em sociedade, somente entrando

19 PRADO, Luiz Regis: *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

20 BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21ª ed. ver. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

21 MUÑOZ CONDE, Francisco e GRACÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

em ação quando, comprovadamente, os demais ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância.

Princípio da fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima, também denominado princípio da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos “imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa²²”, pois as sanções penais revestem-se de tamanha gravidade impondo as mais sérias restrições aos direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade.

Desta forma, a intervenção penal só ocorrerá quando for absolutamente necessária para a convivência harmoniosa e pacífica da sociedade, isto é, apresentar o caráter de última *ratio legis*, reduzindo ao mínimo imprescindível.

Princípio da insignificância

Não há em nossa legislação uma definição legal do princípio da insignificância ou do que seria tido como um crime de bagatela.

Assim, o conceito do princípio em estudo nos é ofertado pela jurisprudência e pela doutrina, elas dão forma ao princípio e fornecem as bases para sua aplicação prática.

Dependendo da intensidade da lesão que o bem jurídico venha a sofrer, a conduta do agente pode ser desinteressante para o Direito Penal²³.

Muitas vezes a conduta se enquadrará na descrição da norma, mas a lesão será ínfima, a ponto de não ser razoável a persecução criminal²⁴. Cite-se como exemplo um ferimento acidental, um arranhão com extensão não superior a dois centímetros, causado por uma pessoa no braço de outra involuntariamente. Ocorreu a ofensa à integridade física de alguém, mas é nítida a falta de razoabilidade de uma ação criminal baseada neste fato.

O princípio também se aplica a lesões ao patrimônio, o furto de objeto de valor

22 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

23 PRADO, Luiz Regis: *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

24 BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21ª ed. ver., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

insignificante não deve dar causa a iniciação de processo penal. Imagine-se, por exemplo, o furto de uma barra de chocolate em uma doceria, em que fica evidente a pouca importância do dano. Isso importa em dizer que: mesmo a conduta sendo formalmente típica (correspondência da conduta praticada com a descrita na lei como crime), não há tipicidade material, o que faz com que a conduta seja atípica, isso porque mesmo o bem jurídico sendo reconhecido como essencial para sociedade e tutelado pelo direito penal, a lesão que sofreu foi ínfima.

O fato típico é igual à soma de alguns elementos, a saber: conduta (dolosa ou culposa), resultado, nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado) e a tipicidade penal (corresponde à tipicidade formal mais a tipicidade conglobante – antinormatividade da conduta do agente + tipicidade material).

A tipicidade material está relacionada ao princípio da intervenção mínima, que é imperioso ao determinar que a atuação do direito penal seja apenas para resguardar determinados bens, e, havendo lesões a esses bens, atuará somente caso estas sejam significativas²⁵.

Assim, a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de danos de pouca importância ou quando afete ínfimamente a um bem jurídico-penal²⁶.

Resta falar que, por algum tempo, considerou-se que o princípio da adequação social seria suficiente para excluir da apreciação do direito penal as lesões insignificantes, todavia, tal ponto de vista é equivocado, há condutas que mesmo que recebam uma valoração social negativa, não causam lesão suficiente para justificar a repercussão penal.

Alguns autores assimilam ou equiparam o instituto da adequação social de Welzel e o critério da insignificância elaborado por Roxin. Entretanto, a finalidade dos casos englobados por ambos os critérios permite identificar diferenças marcantes entre eles, posto que nos casos abarcados pelo chamado princípio da insignificância não há a valoração social implícita na adequação social. Exemplo paradigmático é o furto de objetos de ínfimo

²⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

²⁶ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

valor.

Por último, de acordo com o Supremo Tribunal Federal o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada²⁷ (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

O fato é que o princípio foi reconhecido pelo Direito brasileiro, mas sua aplicação não pode ocorrer à revelia de critérios ou como decorrência apenas da avaliação subjetiva do operador do Direito.

Luiz Regis Prado ainda pondera que, em certos casos, também há de se analisar um quinto vetor: a “valoração socioeconômica média existente em certa sociedade²⁸”.

O princípio da insignificância cumpre papel relevante no Estado de Direito, pois serve de filtro ao direito penal no momento da análise da tipicidade da conduta.

Trata-se de princípio apto a afastar a tipicidade material do comportamento inexpressivo e a provocar a absolvição.

Neste sentido, BITENCOURT esclarece:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam ao determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias,

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

²⁸ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado²⁹.”

Princípio da adequação social

O princípio da adequação social foi idealizado por Hans Welzel e estabelece que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

O princípio da adequação tem duas funções precípua: (A) de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal (limitando sua interpretação ao excluir as condutas socialmente aceitas) e (B) de orientar o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, atuando, também, no processo de descriminalização de condutas. Assim, o princípio da adequação social apresenta as mesmas funções do princípio da intervenção mínima, embora possua fundamentos distintos – aquele, a aceitação da conduta pela sociedade; este, a ínfima relevância da lesão ao bem jurídico.

Princípio da confiança

Pelo princípio da confiança, procura-se assegurar que, ao agir observando a norma de segurança, o agente poderá confiar que os demais intervenientes também atuem de maneira correta³⁰.

Em outras palavras, as pessoas, ao agirem, não precisam se preocupar com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável.

Para Greco, o campo de incidência do princípio da confiança tem especial relevo no trânsito de veículos automotores e nas atividades em que há divisão do trabalho, a exemplo das operações médico-cirúrgicas³¹.

Assim sendo, o princípio da confiança surge como um princípio fundamentalmente

²⁹ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21ª ed. ver., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 882. Cf., também, MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. *O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 97, p. 69-86. São Paulo. Julho/Agosto de 2012, p. 71 et seq.

³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

destinado a determinar a responsabilidade de um sujeito, quando a produção do resultado lesivo se encontra condicionada pela intervenção de terceiros³².

Destaque-se que o princípio da confiança vale desde que não haja razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar que o terceiro interveniente venha a comportar-se de maneira incorreta.

Formulando em outros termos, tal princípio não possui validade irrestrita; pelo contrário, a principal contribuição do princípio da confiança se refere justamente aos limites à possibilidade de confiar que gerariam, por sua vez, deveres adicionais de controlar os riscos que emanam da conduta alheia.

Princípio da lesividade/ofensividade

Examinando-se, então, o princípio da lesividade, pode-se extrair o significado de outro, que é o princípio da necessidade, onde se embasa o direito penal mínimo, uma vez que a criminalização deve ser reservada à proteção de apenas comportamentos que afrontem direitos fundamentais, pois se o direito penal responde ao único objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias.

Para Salo de Carvalho quando informa que, aliado ao pressuposto da necessidade, à pauta minimalista é acrescentado o princípio da lesividade, indicando a funcionabilidade do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são percebidos como objeto do direito Penal.³³

Ainda, ao se analisar o princípio da lesividade, é necessário que se estabeleça uma seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, bem como que se afaste a punibilidade ou, ainda, que se descriminalizam condutas que não gerem lesão àqueles bens jurídicos que receberam relevância penal.

Com efeito, Batista refere-se que o princípio da lesividade apresenta quatro funções, quais.

32 MARÁVER GOMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 2007. 481 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2007.

33 CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

A primeira, “proibir a incriminação de uma atitude interna. As ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal”. Dessa forma, evidencia-se, mais uma vez, a radical separação entre direito e moral que deve nortear o direito penal, ao impedir que o sujeito seja punido por pensamentos e ideias, daí a exigência da exterioridade da ação para que haja uma reprovação penal. A segunda função do referido princípio é a de “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”, impedindo a punição e a criminalização de atos preparatórios. A terceira função da lesividade no direito penal é “proibir a incriminação de simples estados existenciais”, norteador do direito penal do fato e eliminando-se a possibilidade da criação de um direito penal do autor. Por fim, o princípio da lesividade tem por objetivo afastar a “incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico³⁴”.

Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade subjetiva

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória³⁵.

Trata-se de exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito, ou seja, de que não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente.

É necessário lembrar que essa concepção é o que leva a diferenciar o Direito Penal do Direito Civil. Esse último, em alguns casos, dispensa a análise do aspecto subjetivo da responsabilidade³⁶.

No Direito Penal a responsabilidade é sempre subjetiva, ou seja, é imprescindível a contribuição pessoal do agente para com o ilícito. Essa contribuição pessoal significa que o agente decidiu conscientemente em favor da prática do delito.

Segundo Nucci, o princípio da culpabilidade:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção à prisão ou a restrição de direitos³⁷.

Para Bitencourt:

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há

³⁴BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro : Revan, 199

³⁵BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988*. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.

³⁶BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral – v. 1*. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

Assim, não há crime sem culpa, porque o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa³⁸ (art. 18).

Princípio da proporcionalidade

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a sanção coercitiva.

É fundamental que haja esse equilíbrio entre crime e pena, ou seja, entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. A proporcionalidade deve estar presente tanto no plano abstrato (legislador que comina as penas) quanto no plano concreto (magistrado que aplica as penas).

Desta forma, o princípio da proporcionalidade funciona como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que possibilita o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em material penal.

Dentro do mundo jurídico, o Direito Penal é o instrumento à disposição do Estado com maior força e capacidade para constranger a liberdade da pessoa. Assim, dentro de um Estado de Direito Democrático, a aplicação do Direito Penal deve ser a mais restritiva possível.

As mudanças nas concepções filosóficas, sociais e do Estado refletiu na valorização do ser humano e a preocupações com suas garantias e direitos fundamentais, por exemplo, a Organização das Nações Unidas em 1948. Nessa mesma orientação inserem-se princípios garantistas, como o da proporcionalidade, razoabilidade e lesividade.

O princípio apresenta três dimensões: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito. Nestas dimensões, procura-se evitar uma resposta penal excessiva

38 BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

frente a infração considerada, por isso que a utilização do princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso) envolve a apreciação da necessidade e da adequação da resposta penal.

Havendo proporção torna-se possível agradar ao indivíduo e a sociedade, criando uma balança entre o interesse individual e o bem comum dos demais não desrespeitando os direitos fundamentais. Segundo ALEXY, necessidade, adequação e proporcionalidade são “parcelas” do princípio da proporcionalidade³⁹.

Já Ávila, igualmente, traduz com clareza, vejamos:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca⁴⁰.

Princípio do no bis in idem

Um dos princípios fundamentais do direito penal nacional e internacional é o princípio da vedação a dupla incriminação ou princípio no *bis in idem*. Tal princípio proíbe que uma pessoa seja processada, julgada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta.

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao estatuir a garantia da coisa julgada⁴¹ (art. 5º, XXXVI) procurou assegurar a economia e certeza jurídica das decisões judiciais transitadas em julgado, servindo, em outro giro, como fundamento do princípio “ne bis in idem”, em seu aspecto processual. Por outro lado, o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna, em seu artigo 5º, XXXIX, serve de base ao aspecto substancial do princípio “ne bis in idem”, concretizando os valores da justiça e certeza a ele inerentes⁴².

No Direito Penal, tal princípio atua como forte intervenção no que se refere à promoção imensurável de Justiça, que é o principal objetivo do Direito, bem como a valorização da pessoa humana, visando a preservar suas garantias.

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

40 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

41 BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988*. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.

42 MASCARENHAS, Marcella Alves. *O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno*. *Revista de direito da unigranrio*. Volume 2 – Número 2 – 2009. [on line]. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/882/571>. Acesso em: 21/05/21 às 21:34.

O princípio “*ne bis in idem*”, que vem do direito romano e faz parte da tradição democrática do direito penal, nada mais é do que corolário do ideal de justiça, uma vez que determina que jamais alguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

No tocante ao enfoque material, o instituto encontra fundamento nos valores da justiça e certeza das decisões, privilegiando o status de inocência, e se manifesta através da extraterritorialidade e do princípio da legalidade. Quanto ao aspecto processual, o princípio se baseia, mormente, em questões de ordem prática, quais sejam, economia e certeza com a finalidade de se evitar a eternização das demandas, manifestando-se na garantia da coisa julgada e no instituto da litispendência.

Vale ressaltar que, no primeiro caso, o princípio possui caráter absoluto, e no segundo, possui caráter relativo.

Para LUIZ REGIS PRADO, o princípio “*ne bis in idem*” ou “*non bis in idem*” constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado, através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como o agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato⁴³).

Desta forma, o fato de um indivíduo ser condenado criminalmente e efetivamente cumprir pena no estrangeiro influi substancialmente em sua condição jurídica no Brasil no que se refere ao cálculo da pena aqui sentenciada.

43 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1, parte geral arts. 1º a 120. 8ª ed. Rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Curso de Direito Penal Brasileiro; V1).

A PENA DE PRISÃO E SUA DOSIMETRIA

“A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições indissolúveis”⁴⁴.

Desse modo, a pena é a resposta do Estado a conduta de pessoa que age em desacordo às normas jurídicas vigentes, ou seja, pena nada mais é que o castigo aplicado pela atitude negativa praticada pelo agente/criminoso. Além desta característica, a pena possui também caráter preventivo e reeducativo, uma vez que coíbe a prática de novos crimes e reforça a ideia de um Direito Penal eficaz, já que é de conhecimento público que a prática de determinado ato praticado em desacordo com a norma acarretará o cometimento de um crime e eventualmente uma sanção, uma pena, neste sentido para Nucci⁴⁵ é:

“... A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada”.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena: 1- as privativas de liberdade, 2- as restritivas de direito e a 3- pena pecuniária, as quais devem ser aplicadas pelo magistrado no caso concreto de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes, nos termos do artigo 59 do Código Penal⁴⁶, veja-se:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...”

Cabe ressaltar aqui, que o magistrado pode aplicar o perdão judicial, dispensando a aplicação da pena caso os efeitos do crime praticado atinjam tão gravemente o agente

44 BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

46 BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. <http://www2.planalto.gov.br>, acesso em 19/06/2022, às 09h27min.

que se mostra totalmente desnecessário e descabível a aplicação de sanção penal. Um exemplo seria uma mãe que por negligência derruba o bebê do braço e a criança vem a óbito. Percebe-se aqui que o magistrado pode aplicar o perdão judicial se entender que os efeitos da conduta praticada pela mãe a atinja tão gravemente tornando assim desnecessária a aplicação da sanção penal.

Quanto aos tipos de pena supracitados, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as pecuniárias, podem ser classificadas da seguinte forma: as penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, enquanto os dois primeiros tipos de pena decorrem da prática de crime, o último tipo decorre de contravenções penais.

As penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade, entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fins de semana, perda de bens e valores e prestação pecuniária. E a pena de multa que pode vir cumulada a outro tipo de pena ou isolada.

Pena Privativa de Liberdade (PPL)

São três as espécies de pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), todas espécies poderiam ser unificadas sobre uma única denominação, pena de prisão.

A pena de prisão simples é “a mais branda” dentre as três espécies, destinando-se, somente às contravenções penais, não podendo ser cumprida, portanto, em regime fechado, tal espécie de pena privativa de liberdade pode ser cumprida somente em regime semiaberto e aberto. Tal fato se dá por ser incompatível incluir um condenado por contravenção penal no mesmo ambiente de criminosos.

No que tange as penas de reclusão e detenção estas podem ser cumpridas nos seguintes regimes: a pena de reclusão é cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto, é vedado pagamento de fiança caso o crime possua pena superior a dois anos, conforme elucida o artigo 323, I do Código Penal, já a pena de detenção terá seu cumprimento iniciado somente no regime aberto ou semiaberto.

A pena de reclusão é prevista para os crimes mais graves, já a detenção está reservada para os crimes mais leves, a determinação da pena serve para indicar a sociedade a gravidade do delito praticado. Neste sentido o jurista Luís Francisco Carvalho Filho preceitua:

Em suma, as penas privativas de liberdade tolhem do criminoso ou contraventor o seu direito de ir e vir, o seu direito à liberdade, ou seja, mantêm-no preso.

Penas Restritivas de Direitos (PRD)

As penas restritivas de direito são sanções penais autônomas e substitutivas, conhecidas também como penas alternativas, a essência deste tipo de pena é evitar o cerceamento da liberdade de alguns tipos de criminoso, autores de infrações penais com menor potencial ofensivo.

As medidas previstas nas penas restritivas de direito visam recuperar o agente que praticou o crime através da restrição de alguns direitos.

O caráter substitutivo das penas restritivas de direito decorrem da permuta realizada após a prolação da sentença condenatória de pena privativa de liberdade, no código penal nacional, não há tipo incriminadores prevendo em caráter secundário a pena restritiva de direito. Sendo assim, tendo o juiz aplicado pena privativa de liberdade, poderá substituí-la por pena restritiva de direito por igual período.

Já o caráter autônomo se deve do fato da pena privativa de direito subsistir por si só, após a substituição, ficando o juiz das execuções penais incumbido de fazer com que o cumpra a pena restritiva de direito.

O artigo 43 do código penal prevê a existência de cinco modalidades de penas restritivas de direito as quais são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância

fixada pelo juiz, não inferior a um salário-mínimo nem superior a 360 salários-mínimos. Pode, conforme o caso, transformar-se em prestação de outra natureza, conforme veremos no item próprio.

A perda de bens e valores consiste na transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos licitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

A atribuição de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais.

A interdição temporária de direitos é a mais autêntica pena restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida, ou frequentar determinados lugares.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas.

Assim, existem três requisitos para a concessão da pena privativa de direito em substituição da pena privativa de liberdade, os quais são:

- Aplicação de pena privativa de liberdade com pena não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso.
- Não aplicação de violência ou grave ameaça no cometimento do crime; e
- Condições pessoais do criminoso favoráveis, as quais são culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do criminoso, motivos e as circunstâncias do cometimento do crime.

Cabe ressaltar que a limitação a quatro anos da duração da pena de restritiva de direitos se dá somente em crimes dolosos, tal limitação não se aplica aos crimes culposos.

Pena pecuniária

É a sanção penal que consiste no pagamento de quantia previamente fixada em lei ao Fundo Penitenciário.

A pena pecuniária é definida levando em consideração a individualização e peculiaridades do crime cometido, tal individualização obedece a um caráter bifásico: primeiro firma-se o número de dias multa (mínimo de 10 e máximo de 360 dias multa), em seguida determina-se o valor do dia-multa, mínimo de 1 a 30 salários-mínimos e máximo de 5 vezes esse valor, deve-se levar em consideração a situação econômica do réu.

Portanto, para a fixação da pena pecuniária, apesar de não existir um método unificado, deve levar-se em consideração as agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição da pena. Ainda, pode o magistrado aumentar até três vezes a multa máxima aplicada, sob a justificativa que devido a situação econômica do réu a pena aplicada na sua forma simples é ineficaz.

Cabe ressaltar que o Código Penal, na sua parte especial, apenas estabelece a sanção em abstrato a ser aplicada em caso de cometimento da infração penal, impondo um limite mínimo e um limite máximo sancionatório.

Por exemplo, o crime de furto simples (tipificado no artigo 155 do Código Penal) possui uma pena em abstrato de 01 a 04 anos de reclusão e multa, sendo esse o limite do magistrado.

Desse modo, o juiz, na dosimetria da pena, seguindo os parâmetros legais (posteriormente analisados), estabelecerá, dentro do limite determinado pela legislação (no caso do furto, por exemplo, 01 a 04 anos), qual é a pena a ser aplicada.

De acordo com o nosso Código Penal, em seu artigo 68⁴⁷, a dosimetria será realizada por meio de um sistema trifásico, ou seja, dividida em três partes devendo ser vista em perspectiva:

Na 1ª fase, a fixação da pena-base (utilizando-se os critérios do artigo 59 do Código Penal);

47 BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. <http://www2.planalto.gov.br>, acesso em 19/004/2022, às 09h27min

Na 2ª fase, o magistrado deve levar em consideração a existências de circunstâncias atenuantes (contidas no artigo 65 do Código Penal) e agravantes (artigos 61 e 62, ambos do Código Penal);

Por fim, na 3ª fase, as eventuais causas de diminuição e de aumento de pena.

Primeira fase

A primeira fase, como dito, é o momento da fixação da pena base, em que o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – As penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

Segundo (NUCCI, 2020)⁴⁸:

- A Culpabilidade (em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem);
- Os Antecedentes (trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Há quem entenda que somente condenações transitadas em julgado podem ser utilizadas para valorar negativamente esta circunstância);
- A Conduta social (é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc.);
- A Personalidade do agente (trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. É a análise voltada para detectar se a personalidade é voltada para o crime);

⁴⁸ Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

- Os Motivos (são os precedentes que levam à ação criminosa);
- As Circunstâncias do crime (são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito);
- As Consequências (é o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico);
- O Comportamento da vítima (É o modo de agir da vítima que pode levar ao crime).

Com isso, na primeira fase da dosimetria, o magistrado, analisando as circunstâncias anteriores, deverá estabelecer a pena-base, que varia, no caso do roubo, por exemplo, entre 04 e 10 anos (podendo ser aumentada de 1/3 à metade, nas hipóteses do roubo majorado).

Imaginemos, então, um crime de roubo, majorado pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas (artigo 157, 2º, incisos I e II, do CP), tendo suas circunstâncias ultrapassado aquelas inerentes ao tipo penal (violência física, terror psicológico intenso, agressão física, ameaças de morte, dentre outros) e o acusado tenha os antecedentes criminais desfavoráveis.

Nesse caso, o juiz não fixará a pena no mínimo legal, haja vista a existência de circunstâncias judiciais negativas.

Desse modo, o magistrado fixaria a pena-base, por exemplo, em 06 (seis) anos (levando-se em consideração o patamar pré-estabelecido de 04 a 10 anos).

Ressalte-se que a lei não estabelece um critério para definir qual a proporção entre o aumento da pena e a quantidade de circunstâncias negativadas, ficando tal critério ao arbítrio do magistrado, o qual deverá se atentar pela razoabilidade.

Há quem entenda que o aumento deverá seguir uma ordem proporcional à quantidade de circunstâncias que forem negativadas. Particularmente, eu não concordo, entendendo que isso realmente fica a critério do magistrado.

Por isso, o juiz não pode afirmar serem negativas determinadas circunstâncias sem

fundamentar da forma devida os motivos que o levaram a tomar tal atitude.

E esse é o primeiro ponto a ser observado em uma sentença criminal, a ausência de fundamentação para a negatização de determinada circunstância judicial.

Não podemos esquecer do crime de tráfico de drogas, que possui rito próprio, contido na Lei 11.343/06⁴⁹, no qual a dosimetria também deverá levar em consideração o artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Segunda fase

Fixada a pena-base, superando a primeira fase da dosimetria, entramos na segunda fase, cujo objetivo é analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes.

As atenuantes estão descritas no artigo 65 do Código Penal, sendo mais comuns a menoridade penal (menor de 21 anos) e a confissão espontânea.

As agravantes estão nos artigos 61 e 62 do Código Penal e as mais comuns são a reincidência e os crimes cometidos contra crianças ou maiores de 60 anos.

Ainda no exemplo trazido anteriormente, o do crime de roubo majorado, sendo o acusado menor de 21 anos de idade, a pena-base deverá ser atenuada, passando-a, por exemplo, para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Se existir alguma circunstância agravante, a mesma deve ser aplicada posteriormente ao reconhecimento da atenuante.

Logo, se o crime foi praticado contra maior de 60 anos, agrava-se a pena, passando-a, por exemplo, para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Pode parecer estranho que a atenuante tenha sido aplicada em seis meses, enquanto a agravante foi aplicada em um ano, mas isso é o que ocorre na prática, em que a agravante possui maior peso que a atenuante.

49 MIRANDA, Gustavo Senna. *Primeiras impressões sobre a nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006)*, atualizada de acordo com as inovações trazidas pela Lei nº. 11.446/2007. Disponível em: www.mpes.gov.br. Acesso em: 02/10/2022

Deve ser ressaltado que há entendimento que a atenuante da confissão ou qualquer outra, como a menoridade, deve ser compensada com a agravante da reincidência.

Ademais, caso a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, não há possibilidade de reconhecer eventuais circunstâncias atenuantes, evitando a redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante dispõe a Súmula 231⁵⁰ do Superior Tribunal de Justiça (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).

Terceira fase

Fixada a pena base, sopesadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, é chegada a hora das causas especiais de diminuição ou aumento de pena, para finalizar a dosimetria com a terceira fase.

No caso do exemplo que estamos utilizando, tendo o crime sido cometido com emprego de arma de fogo e por mais de um agente, incidem as causas de aumento estabelecidas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, de modo que o juiz deve, fundamentadamente, definir qual o índice de aumento será aplicado, de um terço à metade.

Assim, no caso mencionado, se aplicar a fração mínima de aumento (1/3), a pena passa a ser de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Um exemplo de causa de diminuição de pena está contido no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o qual estabelece que a pena será diminuída se preenchidos alguns requisitos.

Outros exemplos de causa de diminuição e de aumento: arts.14, parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2º; 26, parágrafo único; 28, § 2º; 29, §§ 1º e 2º; 69; 70; 71; 121, §§ 1º e 4º; 129, § 4º; 155, § 1º; 157, § 2º; 158, § 1º; 168, § 1º; 171, § 1º; 226, todos do Código Penal.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. Acesso em: 02 de Outubro de 2022.

QUESTÕES CRÍTICAS E PROBLEMÁTICAS

A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições indissolúveis⁵¹.

De fato, as últimas décadas mostrou claramente como a sociedade brasileira encontra-se em verdadeira crise em relação ao uso poder punitivo do Estado e a capacidade estatal de prevenir e reprimir condutas delituosas.

Vivemos em período de insuflação legislativa, inflação legislativa ou “hipertrofia da lei” que é a produção em massa de leis, sendo um fenômeno responsável não só pela diminuição da possibilidade de formação cuidadosa e equilibrada das normas como também pelo caos ao ordenamento jurídico. Esse excesso de normas penais cria um contexto de legalidade “fraca”, uma vez que a lei por si só não é capaz de impedir a prática criminosa, e portanto, gera um direito penal simbólico que é a utilização do Direito Penal como instrumento demagógico, por meio do qual são aprovadas leis mais severas – normalmente após fatos que causam comoção geral, não só em razão de sua gravidade intrínseca, mas também da massiva divulgação pela imprensa –, mas que, na prática, acabam sendo inócuas porque o sistema penal como um todo é incapaz de lidar de forma eficaz com a crescente criminalidade.

Assim, dentro do enorme aparato de normas penais que temos em nosso ordenamento pátrio cabe destacar aqui a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal de 1940.

Vale ressaltar que o Código Penal desde a sua criação prevê a garantia da manutenção dos direitos individuais das pessoas após o encarceramento, contudo, por ser da década de 40, o código teve de lidar com as mudanças sociais ao longo dos anos e contou com diversas leis esparsas para sua efetividade em sociedade.

Um exemplo disto é a Lei de Execução Penal (LEP). Apesar de assegurados alguns direitos no código penal, as políticas para garantir a efetividade desses direitos só foram criadas pelo Estado a partir de 1984 com a criação da LEP.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21ª ed. ver., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Assim, ela passou a regular os direitos e deveres da população aprisionada bem como estabelecer normas fundamentais a serem aplicadas durante o período de prisão, sanções de disciplina e avaliação dos presos. Segundo o título I da lei citada,

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou da decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou ela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

A LEP volta-se para a reintegração social do preso, assim a lei busca a prevenção de novos crimes e a preparação da pessoa presa para o retorno ao convívio social sem qualquer distinção.

A partir de uma sentença condenatória, o Estado possui o direito de executar a pena baseada nos limites da própria condenação judicial, e o sentenciado deve submeter-se a ela e ter da mesma forma o direito de não cumprir uma pena diferente da estabelecida.

Vejamos alguns exemplos:

- se a pena aplicada for privativa de liberdade, somente o direito de ir e vir será restringido, visto que o condenado será encarcerado;
- se a pena aplicada for restritiva de direitos, poderá ocorrer a restrição da liberdade de ir e vir ou de ficar, como também poderá ser estabelecido em determinados casos, serviços à comunidade;
- se a houver condenação de pena ao pagamento de multa, considera-se que houve uma restrição patrimonial, mas neste caso, não haverá restrição de liberdade;

Apesar das diferenças das penas acima citadas, em todos os casos, o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal⁵² de 1988 assegura ao condenado o direito à vida,

52 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. <http://www2.planalto.gov.br>

integridade física e moral, proteção contra a tortura, tratamento cruel ou degradante, direitos estes também assegurados internacionalmente pelo Pacto de San José da Costa Rica⁵³.

Além desses direitos citados, o artigo 41 da Lei de Execução Penal⁵⁴ (LEP) tratou de elencar outros direitos da população prisional igualmente importantes, quais sejam:

- alimentação suficiente e vestuário;
- atribuição de trabalho e sua remuneração;
- previdência social e constituição de pecúlio (poupança formada pelo trabalho do preso, só liberada quando este é colocado em liberdade ou antecipado em casos excepcionais);
- proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- chamamento nominal;
- igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons

acesso em 21/10/2022, às 18h55min

53 Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*, 1969. Acesso em 21/10/2022, às 20h55min

54 BRASIL. *Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.* <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 21/10/2022, às 09h32min

costumes;

- atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Desse modo, ainda que privado de sua liberdade, o condenado possui direitos básicos para preservação de sua integridade física e dignidade enquanto ser humano, legalmente protegida, seja pelo próprio texto constitucional, como pela legislação infraconstitucional e por tratados internacionais.

Vale lembrar também que os estabelecimentos penais são locais destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, semiaberto ou aberto, e podem abrigar, ainda, os presos provisórios que aguardam julgamento, desde que separados dos presos com condenação definitiva, nos termos do artigo 82 da LEP.

Essas unidades penais devem oferecer áreas de assistência, saúde, trabalho, recreação e práticas esportivas, reproduzindo as condições de trabalho e moradia da sociedade, objetivando a reeducação e ressocialização do condenado e sua inserção na sociedade após o cumprimento da pena.

Os estabelecimentos destinados às mulheres devem possuir berçários e creches, além de contar com agentes penitenciários exclusivamente do sexo feminino, para manutenção da segurança interna, conforme artigo 83, §2º da LEP.

E, por fim, o artigo 85 da LEP prevê que a lotação dos estabelecimentos penais deve ser compatível com a quantidade de vagas disponíveis e sua estrutura, sendo o controle destas questões de competência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Não obstante, no Brasil, a população carcerária atual é a maior já registrada pelos sistemas oficiais⁵⁵. Ao todo são 919.951 pessoas em situação de cárcere, sendo 867 mil homens e 49 mil mulheres. Os dados apontam um índice de 434 presos para cada 100 mil habitantes.

Com o novo recorde, o Brasil se mantém no terceiro lugar do ranking dos países

55 BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciária – INFOPEN Mulheres. 2ª Edição. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

que mais prendem no mundo, perdendo apenas para a China e os Estados Unidos.

O levantamento ainda aponta um maior encarceramento de mulheres no período. Em 2000 havia 5,6 mil mulheres presas no País, atualmente são 33 mil. Entre os crimes mais praticados então os relacionados a drogas e crimes contra o patrimônio.

Ademais, o sistema prisional brasileiro é composto por celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, alimentação precária e imprestável, falta de água potável e de produtos higiênicos, escassez de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho e outros, evidenciam condições precárias de existência humana.

Obviamente essa situação possui impacto direto na saúde física e mental dos indivíduos em cárcere. No entanto, é preciso falar também do impacto dessa situação na integridade moral dessas pessoas. O direito a integridade moral abarca o direito ao nome, à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem e outras liberdades morais. O próprio Código Penal dispõe em seu Art. 38 que o “preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Com base nisso, cabe ressaltar aqui, a decisão liminar da ADPF 347 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. No contexto desse julgamento, o Min. Edson Fachin afirmou que:

“os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva – um dia – reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.”

Mais adiante, complementa: “avista-se um estado em que os direitos fundamentais dos presos, definitivos ou provisórios, padecem de proteção efetiva por parte do Estado.”

Em igual sentido, o Min. Marco Aurélio concluiu que:

“no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica.

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'."

Desse modo, cabe dizer que o Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais.

Assim, a ADPF 347, ajuizada pelo PSOL, objetivou o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro bem como a determinação de adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos do Estado brasileiro no tratamento da questão prisional do País.

Narra a inicial da petição, como sabido, que o sistema penitenciário brasileiro é calamitoso, tanto em razão da superlotação quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos presos.

As prisões brasileiras são reconhecidas por superlotação, ambiente insalubre, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos e esgoto a céu aberto.

Sendo assim, homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual são frequentes, praticados por outros detentos ou mesmo por agentes do Estado.

O perfil do detento é a população negra que é a maioria. O número total e a porcentagem vêm aumentando ano a ano, com pouquíssimas exceções. Atualmente, são 429,2 mil pessoas negras privadas de liberdade, o que representa 67,5% do total.

Enquanto isso, a população carcerária branca vem diminuindo. Hoje, são 184,7 mil

(29% do total). Em 2011, 60,3% da população encarcerada era negra e 36,6% branca.

Houve um aumento significativo do percentual de pessoas encarceradas sobre as quais não se têm informações a respeito de cor ou raça. Em 2019, 87,1% dos presos tinham sua raça/cor informada; em 2021, o valor foi de apenas 77,5%.

O encarceramento também é forte entre jovens: 46,4% dos presos têm entre 18 e 29 anos. O perfil com relação à faixa etária continua o mesmo de 2020, quando o percentual foi de 48,6%.

Fazendo a leitura destes dados percebe-se que o jovem negro passa por um processo de estigmatização social que o coloca em constante situação de vigilância e perseguição pelos aparatos penais.

A evidência está não apenas no fato de a maioria das mortes ocorridas no país serem de jovens negros, mas porque a negritude compõe a maior população carcerária do país.

Essa marca social, relacionada a algum estereótipo, é vista como uma desvantagem, uma diferença quanto ao que se considera o normal⁵⁶.

Desse modo, movido pelo estigma o gesto de suspeitar parte do pressuposto do não confiar, de fazer uma leitura da subjetividade como indigna de credibilidade. Tal como evidencia, “[...] A fundada suspeita é fruto, segundo os interlocutores, da experiência que o policial adquire nas ruas para identificar um suspeito ao primeiro olhar e os signos da suspeição”⁵⁷.

Percebe-se, ainda, que os elementos que indicam que um tipo social – pessoas portadoras de determinados signos sociais - são indignas e, nesse sentido, representam uma negatividade, cuja caça é tão naturalizada que não causa suspeição⁵⁸.

No que diz respeito a dosimetria da pena, durante a primeira fase, verifica-se que das oito circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do CP (“culpabilidade; motivo;

56 GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

57 SINHORETTO, J. et al. *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais*. Figueiredo, I. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasil: Ministério da Justiça /SENASP, 2014, p. 121-159. (Col. Pensando a segurança pública, v.5).

58 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. *Dissertação (Mestrado em Direito)* -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

conduta social; personalidade, antecedentes; circunstâncias; consequências do crime; comportamento da vítima”), a serem analisadas para fixação da pena-base, é inegável que os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade, dizem respeito diretamente ao passado do autor, ao seu modo de vida, ao que ele é ou a sua maneira de ser.

No mesmo sentido, mas já na fase seguinte de aplicação da pena, quando se analisa a presença ou não de circunstâncias legais, a agravante da reincidência igualmente diz respeito ao passado do autor, do seu envolvimento com outros crimes, mas nada diz respeito ao fato em julgamento.

Não obstante, não há lógica que para fixar uma pena sobre a prática de um fato delituoso, tenha que se levar em consideração o passado do agente, o que ele é, faz ou deixa de fazer de sua vida social, ou até mesmo como apresenta sua personalidade, tendências estas que, em regra, fogem ao conhecimento jurídico, não podendo se aceitar a costumeira personalidade voltada para a prática de crime, ou personalidade com tendências a desvio de comportamento, ambas com base em nefastos antecedentes policiais que, sequer, podem ser considerados como maus antecedentes ou reincidência em crime doloso, em respeito ao princípio constitucional da não culpabilidade (presunção de inocência).

Assim, uma coisa não tem nada a ver com a outra, já que o que ocorreu no passado não pertence ao presente da conduta delituosa e nem ao futuro.

Nessa linha, etiqueta-se o agente com maus antecedentes, um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida em um país em que se proíbe a prisão perpétua.

Como é sabido, a reincidência, entre outros efeitos, agrava a pena privativa de liberdade, impõe regime de cumprimento mais gravoso, veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o sursis da pena na prática de delito doloso, a aplicação de algumas minorantes, a suspensão condicional do processo, a prestação de fiança, interrompe a prescrição, revoga o sursis da pena e o livramento condicional.

O Estado falha no fim de ressocializar todo o condenado que passa pelo falido sistema prisional, e ainda quer fazer dele novo culpado por não ter se reintegrado à sociedade, sem que tenha lhe dado qualquer chance concreta de reinserção, punindo-o

novamente de forma exacerbada pelo crime praticado que nada teve a ver com o anterior, como se isso fosse gerar uma prevenção especial quando não passa da aplicação da velha e ultrapassada teoria absoluta da pena que prega a retribuição em que se paga o mal pelo mal; vale dizer, fere o princípio constitucional da individualização da pena (direito-garantia fundamental em que o Estado deve ter um atuar de defesa e proteção), ao praticar o malfadado bis in idem quando torna a punir o agente no novo fato com mais gravidade em virtude do fato anterior, com base na nefasta responsabilidade penal objetiva.

As atenuantes, aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena, são utilizadas no processo criminal, desde que se enquadre dentro das possibilidades previstas na Lei Penal, a qual tem o efeito de suavizar a intensidade da pena, tratando-se, portanto, de instituto criado pelo legislador para reduzir a reprimenda.

A Súmula nº 231⁵⁹ do Superior Tribunal de Justiça possui o objetivo de impedir a redução da pena quando ela se encontrar no mínimo legal do tipo penal. Ocorre que, à vista das garantias fundamentais, cedidas e alargadas por nossa Constituição Federal, verifica-se que a súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça gera um enorme conflito em nosso sistema jurídico indo de encontro ao código penal e a própria constituição federal.

O Código Penal brasileiro considera como atenuantes: Art. 65 São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I - Ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;
- II - O desconhecimento da lei;
- III - Ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 231 de 15/10/1999. Disponível em acessado em 02/10/2022

não o provocou.

A súmula encontra sua inconstitucionalidade a partir do momento em que o Poder Judiciário ultrapassa sua atribuição de julgar, e tenta legislar por meio de súmula, adentrando a atribuição do Poder Legislativo, sendo este último único detentor do poder de criar e aprovar leis. A referida súmula é inconstitucional quando ela deixa de atender o previsto no artigo 5º da Constituição Federal, pois limita o direito à liberdade, quando restringe a aplicação das atenuantes e, conseqüentemente, impõe maior pena ao agente.

Esta súmula impede que a pena seja atenuada abaixo da pena mínima cominada para o respectivo crime, ou seja, ainda que presente a circunstância atenuante, que o agente faça *jus* a uma das atenuantes de pena, se esta já estiver em seu mínimo legal, a atenuante não será aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo percebeu-se que o sistema de justiça criminal é injusto e seletivo desde as abordagens policiais ao público negro e vulneráveis passando pelo cálculo da pena feita pelo magistrado que, por sua vez, utiliza conceitos inconstitucionais (antecedentes, personalidade e reincidência), bem como deixa de reconhecer benefícios ao réu tais como atenuantes, por força da súmula 231 do STJ, culminando, portanto, em uma pena injusta desaguando seu cumprimento no sistema carcerário indigno e cruel.

Foi abordado os princípios limitadores da pena, utilizados pelo ente estatal como forma de limitação do seu poder de punir. Em momento posterior identificou-se as modalidades de pena atualmente aplicadas no Brasil, seus regimes de cumprimento e as espécies de estabelecimentos prisionais. Passando para o momento final da pesquisa, analisou-se a lei de execução penal no que tange aos direitos do apenado.

Percebeu-se que o Brasil não cumpre a lei, nem a constituição e nem tratados internacionais de direitos humanos, por isso em face da ADPF 347 o supremo reconheceu no sistema carcerário o Estado das coisas inconstitucionais que é a “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público.

A qualidade de nosso encarceramento é péssima, mas nós encarceramos. Pelos dados disponíveis, pondera, é possível concluir que, “bem ou mal, nossas instituições punitivas estão funcionando, a polícia está prendendo, o Ministério Público está denunciando, o Judiciário está condenando e mantendo as pessoas presas, os tribunais estão mantendo essas decisões de primeiro grau, e o STJ e STF estão mantendo as decisões dos tribunais, que, por sua vez, mantêm as decisões dos juízes.

A dignidade da pessoa humana como corolário norteador dos direitos do homem é cotidianamente violada dentro das unidades prisionais. Assim, verifica-se que os estabelecimentos prisionais não estão preparados para produzir efeitos positivos. Desta forma, percebe-se que para o Estado, privar o indivíduo da sua liberdade é um castigo insuficiente. Não basta a privação da liberdade, é preciso impedir os presos de serem reconhecidos como pessoas possuidoras de direitos. O Sistema Penal é um sistema

repressivo por sua natureza e ainda se encontra vinculado a noção de punir simplesmente porque é necessário, não havendo qualquer preocupação em alcançar a reintegração social do indivíduo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal: parte geral 1. 21º ed. ver., ampl e atual. São paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 24/05/2022, às 17h55min.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. <http://www2.planalto.gov.br>, acesso em 19/004/2022, às 09h27min.
- BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. <http://www2.planalto.gov.br> acesso em 21/10/2022, às 09h32min
- BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciária – INFOPEN Mu-Iheres. 2ª Edição. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. Acesso em: 02 de Outubro de 2022
- BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral – v. 1. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.
- Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-153/98. Disponível em: . Acesso em: 11 Outubro. 2022
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 882. Cf.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 97, p. 69-86. São Paulo. Julho/Agosto de 2012, p. 71.

MIRANDA, Gustavo Senna. Primeiras impressões sobre a nova Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/2006), atualizada de acordo com as inovações trazidas pela Lei nº. 11.446/2007. Disponível em: www.mpes.gov.br. Acesso em: 02/10/2022.

GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume 1. Impetus. Niterói: 2012.

MARÁVER GOMEZ, Mario. El principio de confianza en Derecho. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. 2007. 481 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2007, p. 96.

MASCARENHAS, Marcella Alves. O Princípio “Ne Bis In Idem” nos Âmbitos Material e Processual sob o Ponto de Vista do Direito Penal Interno. *Revista de direito da unigranrio*. Volume 2 – Número 2 – 2009. [on line]. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/882/571>. Acesso em: 21/05/2022 às 21:34.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GRACÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal – parte general. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal . 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Acesso em 21/10/2022, às 20h55min

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1, parte geral arts. 1º a 120. 8ª ed. Rev., atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Curso de Direito Penal Brasileiro; V1).

PRADO, Luiz Regis: Bem Jurídico-Penal e Constituição. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997;

SINHORETTO, J. *et al.* A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. Figueiredo, I. Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasil: Ministério da Justiça /SENASP, 2014, p. 121-159. (Col. Pensando a segurança pública, v.5).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. O inimigo no Direito penal. Rio de Janeiro: Revan (Coleção Pensamento Criminológico), 2007.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, criador de todas as coisas, que me auxilia nas minhas escolhas, abrindo e iluminando meus caminhos, segurando-me pela mão, em todas as horas, já que nunca me abandonou e sempre me deu força e confiança frente aos desafios e adversidades da vida, acompanhando-me rumo à realização dos meus sonhos.

Dedico a Jesus Cristo- a luz do mundo. Meu maior guia e referência de minha trajetória terrena.

Dedico a minha família espiritual. Nossos guias (...), irmãos e irmãs de luz, anjos queridos(as) e amados(as) gratidão pela oportunidade de um renascer pautado no amor, luz e espiritualidade.

Dedico a minha família de laços sanguíneos: minha mãe Maria do Carmo, meu pai Wilson Marques, minha irmã Maria da Conceição (Conce), meu cunhado Edson Alexandre e meu sobrinho/afilhado Felipe Marques, pois me deram a base moral e os incentivos necessários para seguir em busca dos meus objetivos.

Dedico a minha família de coração, em especial àquele que me estendeu a mão, no momento mais crítico de minha vida, meu companheiro Francisco de Assis, dando-me coragem, força, amor, dignidade e luz. Nossa caminhada é iluminada e abençoada!

SOBRE O AUTOR

Diego Marques de Silva

Advogado Criminalista atuante em defesa dos direitos humanos de clientes pertencentes a grupos vulneráveis: negros, LGBTQIA+, mulheres. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

ÍNDICE REMISSIVO

A

abusos 12

C

código penal 16, 31, 38, 46

condutas 11, 15, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 38, 43

constitucionais 8, 9, 10, 11, 12, 15

criminal 9, 10, 11, 15, 20, 34, 36, 39, 46, 48

criminosas 11, 15

D

direito 10, 11, 13, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 38, 39, 40, 42, 43, 46, 47

direitos 8, 13, 14, 16, 20, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 38,
39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 48

E

estudo 9, 10, 20

H

humanidade 12, 13, 17

J

jurídicos 11, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 27

jurisprudenciais 8

justiça 9, 10, 27, 28, 48

justiça criminal 9, 10, 48

L

legalidade 13, 14, 19, 27, 28, 38

legislação 18, 20, 33, 41

legislativa 26, 38

lei 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 29, 33, 35, 38, 39, 46, 48

liberdade 8, 13, 16, 18, 20, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 34,
39, 40, 41, 42, 43, 45, 47, 48

livre-arbítrio 15

M

metodologia 8

P

pena 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 26, 28, 29,
30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47,
48

penal 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 44, 46, 48

policiais 45, 48

políticas públicas 43

princípio 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 45, 46

princípios 10, 11, 12, 13, 14, 18, 26, 27, 48

prisão 2, 10, 25, 29, 30, 38, 39, 45

públicas 30, 31, 32, 43

R

responsabilidade 5, 8, 24, 25, 26, 41, 46

réu 9, 15, 22, 33, 34, 48

S

sentença 8, 9, 18, 25, 31, 36, 39, 46

social 9, 11, 16, 19, 21, 22, 23, 29, 31, 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 49

sociedade 9, 10, 11, 12, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 29, 31, 38, 41, 42, 45



AYA EDITORA
2023