

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**AUTORIA MEDIATA EM RELAÇÃO AO MENOR EM ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Juliana Piantcoski Martins

Presidente Prudente - SP

2014

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

AUTORIA MEDIATA EM RELAÇÃO AO MENOR EM ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Juliana Piantcoski Martins

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Doutor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente – SP

2014

AUTORIA MEDIATA EM RELAÇÃO AO MENOR EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Antenor Ferreira Pavarina

Marcus Vinicius Feltrin Aquotti

Presidente Prudente, 26 de Novembro de 2014.

A liberdade tem limites que a justiça lhes impõe.

Jules Renard

A Deus, por ser essencial em minha vida e autor do meu destino, que está comigo em todos os momentos estendendo sua mão, me enviando paz, sabedoria e fé para continuar essa caminhada. A Virgem Maria que sempre me acolhe em seu manto sagrado, acalmando meu coração em horas de aflição.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus que é o grande responsável por absolutamente todas as minhas conquistas, por ter me dado força e fé para superar todas as dificuldades e por sempre me fazer acreditar que eu seria capaz de realizar todos meus sonhos, pois ele sempre estará comigo.

A minha mãe heroína, que sempre me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, que ficava aflita comigo à espera de uma nota e que com amor me ensinou a ter caráter e ser perseverante em todas as escolhas da minha vida.

Ao meu Pai, que sempre me fortaleceu com palavras positivas, embora rígidas, me ensinou a ter disciplina, sempre me protegeu de qualquer perigo, me passando segurança para enfrentar qualquer obstáculo.

A minha irmã, minha companheira, que sempre me deu amor, carinho, minha guerreira para todas as horas, que sempre acreditou nos meus objetivos e que na minha ausência dedicada aos estudos sempre entendeu e apoiou o futuro que tanto almejo.

Ao meu professor e orientador Rodrigo Lemos Arteiro, pelo amor e dedicação do qual transmite toda sua sabedoria aos discentes, por todo o incentivo, carinho e tempo dedicados a esse trabalho, pois sem sua orientação este não seria possível, motivos dos quais terá meus eternos agradecimentos.

Aos examinadores Antenor Ferreira Pavarina e Marcus Vinicius Feltrin Aquotti, por me proporcionar o conhecimento, não só por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender, aprender tanto que hoje são os responsáveis pela minha paixão pelo Direito Penal e por escolher esse ramo para minha vida profissional, por esses motivos terão meus eternos agradecimentos.

Aos meus amigos, que fazem parte da minha vida antes mesmo de entrar para faculdade, que sempre me apoiaram e nunca deixaram me sentir sozinha, sendo verdadeiros irmãos que Deus me permitiu escolher e aos amigos feitos na faculdade companheiros de trabalho e irmãos na amizade, que fizeram parte da minha formação e estarão sempre presentes na minha vida.

E por toda minha família e a todos que de alguma maneira contribuíram para que meu sonho de concluir uma faculdade se realizasse.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo ressaltar os crimes praticados por menores induzidos por integrantes de grandes organizações criminosas, a chamada autoria mediata, a proteção da criança e do adolescente, bem como estabelecer as diferenças das tutelas jurisdicionais no âmbito da responsabilidade penal.

Pela falta de estrutura do Estado é que surgem as desigualdades, levando indivíduos a delinquir para satisfazer suas necessidades econômicas e sociais. Porém, o Estado não tem maneiras eficazes para o combate dessa marginalização, deixando toda a população com uma enorme insegurança jurídica.

Indubitavelmente, se faz necessárias punições mais severas para esses autores mediatos, protegendo os direitos fundamentais da coletividade e das crianças e adolescentes, bem como políticas públicas para a retirada desses menores das ruas, inserindo-os em programas sociais e culturais, como fim de diminuir a marginalização destes.

Palavras-chave: Criança e adolescente; organizações criminosas; autoria mediata; Estado; direitos fundamentais; políticas públicas.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the crime by minors induced by members of large criminal organizations, the call mediate authorship, protection of children and adolescents, as well as establish the jurisdictional differences guardianships under criminal responsibility.

The lack of structure of the state is emerging inequalities, leading to offending individuals to meet their economic needs and partners. However, the state has no effective ways to combat this marginalization, leaving the entire population with a huge legal uncertainty.

Undoubtedly becomes more severe punishments necessary to mediate these authors, protecting the fundamental rights of citizens and children and adolescents as well as public policies to remove these smaller streets, placing them in social and cultural programs, as to decrease marginalization of these.

Keywords: Children and adolescents; criminal organizations; mediate authorship; State; fundamental rights; public policies.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA CRIANÇA E ADOLESCENTE	12
2.1 Conceito.....	12
2.2 Princípio da Proteção Integral.....	12
2.3 Princípio da Proteção Absoluta e Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento.	16
2.4 Direitos Processuais do ECA.....	18
3 DO DIREITO PENAL	23
3.1 Da Teoria do Crime e Ato Infracional	23
3.2 Da responsabilidade Penal e Capacidade Penal Ativa.	28
3.3 Da Autoria Mediata	29
3.4 Da Corrupção de Menores	32
3.5 Reflexos do Direito Penal na Persecução Penal da Infância e Juventude.	33
3.6 Do Princípio Da Co-Culpabilidade.	36
3.7 Da Co-Culpabilidade e o Estado Social.	37
4 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS	41
4.1 Das Penas.....	41
4.2 Finalidades das Penas no Brasil.	42
4.3 Do Princípio da Individualização da Pena	44
4.4 Da Medida de Segurança	47
4.5 Da Medida Socioeducativa.....	51

5 DA APLICAÇÃO DA PENA	55
5.1 Dos Regimes Penitenciários.....	56
5.2 Da Progressão de Regime.....	58
5.3 Progressão nos Crimes Hediondos	60
5.4 Fases da Aplicação da Pena	62
5.5 Das Penas Restritivas de Direitos.....	64
5.6 Das Penas Pecuniárias.....	65
5.7 O Princípio da Proporcionalidade na Aplicação da Pena.	66
5.8 Vedação da Progressão de Regimes para Crimes de Autoria Mediata em Organizações Criminosas.	72
6 Das Organizações Criminosas	75
6.1 As Organizações Criminosas no Estado de São Paulo e Rio de Janeiro.	77
7 CONCLUSÃO	79
BIBLIOGRAFIA	81

1 INTRODUÇÃO

Presencia-se hoje na sociedade uma problemática que cresce a cada dia. São crimes praticados por menores, que têm como mandantes integrantes de grandes organizações criminosas. Vejamos que os menores de dezoito anos são seres com uma tutela jurisdicional diferenciada dos demais, a sanção penal aplicada aos indivíduos maiores de dezoito anos, difere muito do ato infracional, aplicado aos menores, pois estes possuem uma doutrina da proteção integral que visa à prioridade absoluta do menor, resguardando os direitos fundamentais, que a Constituição Federal preconiza.

Essa doutrina da proteção absoluta surge com o advento da Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, que passou a considerar uma situação regular para todos os jovens com idade abaixo de dezoito anos, o que não acontecia no Código de Menores de 1979, onde eram considerados seres com uma situação irregular, ou seja, indivíduos em abandono ou que teriam praticado delito, assim o menor era apenas um objeto de proteção onde a privação da liberdade era uma regra. Dessa forma, com a proteção integral, o menor passa a ser sujeito de direitos, onde a privação da liberdade passa a ser uma exceção.

Diante dessa proteção e da quantidade de crimes praticados por menores surgem uma série de dúvidas: quantos crimes são praticados por dia no Brasil, tendo por trás grandes chefes de organizações criminosas, criando uma enorme insegurança jurídica para a população? Quais medidas caberiam aos menores, se os mesmos não são passíveis de sanção penal, e são também vítimas dessa criminalidade? Será que o Estado pode ser responsabilizado por essa criminalização? Será que a redução da maioria penal resolveria o problema?

Em uma sociedade onde existe tamanha desigualdade, não se pode esperar que um padrão de comportamento atinja todos os cidadãos, ainda mais quando se tratam de crianças, que são os indivíduos que mais sofrem e mais têm seus direitos mitigados, já que são enormes as disparidades e explorações em relação à educação, trabalho, saúde, lazer, que são direitos constitucionalmente garantidos.

Diversos fatores levam esses jovens a delinquir: fatores econômicos, sociais, falta de estrutura familiar e principalmente a omissão do Estado, chamado de co-culpabilidade, ou seja, o Estado é o maior responsável por toda essa criminalidade, uma vez que não conseguindo oferecer o mínimo de condições dignas aos cidadãos, eles passam a satisfazer seus desejos através de meios ilícitos, e conseqüentemente transformando os jovens em alvos fáceis das grandes organizações criminosas.

Os jovens então passam a ser vítimas dessa criminalidade, uma vez que entrando para o mundo do crime eles têm todas suas garantias fundamentais violadas, bem como a doutrina de proteção absoluta.

O presente trabalho visa abordar toda a proteção da criança e do adolescente, diferenciar a sanção penal do crime e o ato infracional, elencar os motivos que levam os menores a delinquir, a responsabilidade penal em geral e a do menor em relação á medida socioeducativa, bem como aplicar uma severidade maior nas penas dos autores mediatos, a fim de inibir essa prática que vem se tornando tão corriqueira. O método adotado foi o dedutivo, pois partiu-se de premissas gerais para uma análise individualizada dos institutos.

2 DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

2.1 Conceito

Em um primeiro momento vamos ponderar o que vem a ser criança e adolescente na legislação Brasileira, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art.2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Toda criança e adolescente não são passíveis de sanção penal, considerando que o menor merece uma proteção especial da sociedade e em especial pelo legislador, tanto quanto pelos sistemas sociais e judiciais. Foi pensando nessa proteção, que o ordenamento jurídico fez uma diferenciação nos crimes praticados por pessoas maiores de dezoito anos e menores de dezoito anos. O Sistema jurídico que prevê a responsabilização do jovem menor de 18 anos é a Lei 8.060/90, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o qual determina, dentre outras coisas, que o menor fica sujeito às medidas de assistência, proteção e vigilância nele previstas. Considerando que adultos, crianças e adolescentes são pessoas desiguais, não podendo ter o mesmo tratamento.

2.2 Princípio da Proteção Integral

O Direito da Criança e do Adolescente é baseado no Princípio da Proteção Integral, que fora incorporado no Brasil, em definitivo, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No âmbito internacional outros documentos também foram importantes para a construção desse Princípio que foi incorporado na Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU).

Em 1919 adveio a Convenção da OIT, ela limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens. Em 1924 houve a Convenção de Genebra, que teve como objetivo declarar alguns direitos da criança, mas no entanto, ela ainda era vista como objeto de proteção. Esta declaração não possuía força coercitiva sobre os Estados. No ano de 1959, surgiu a Declaração dos Direitos da criança, que apenas enunciava alguns direitos, sem colocar força coercitiva sobre os Estados, assim como a declaração anterior. Já em 1979 foram iniciados os trabalhos para uma convenção, que somente se realizou no ano de 1989, denominada “Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente”, com a inclusão do princípio da proteção integral, tornando-os seres sujeitos de direitos e não mais objetos de proteção.

A expressão “menor”, oriunda do Código de Menores (1979), adotava o modelo de situação irregular, que fora abandonado com a aprovação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, que passaram a adotar o modelo regular de proteção integral.

Na situação irregular o menor era apenas alguém em abandono, ou que havia cometido um delito, sendo apenas um objeto de proteção, do qual a privação da liberdade era uma regra.

Já a doutrina da proteção integral, passa a englobar todas as crianças, abandonadas ou não, tornando-as sujeitos de direitos, onde a privação da liberdade passa a ser uma exceção.

A Constituição Federal de 1988 é anterior à Convenção e mesmo assim adotou integralmente a Doutrina Internacional da Proteção Integral, incorporando ao ordenamento jurídico, junto ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) em forma de norma constitucional. Referido Princípio encontra-se positivado, principalmente no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades

não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Posteriormente a legislação infraconstitucional, também positivou esse princípio com a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do

Adolescente, em seu art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral á criança e ao adolescente.”

Sobre proteção integral Munir Cury entende que (200, p.19):

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente á família, á sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Ou seja, após a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.069/90, a criança e o adolescente deixaram de ser vistos de forma irregular, e passaram a gozar de uma proteção integral frente á família, á sociedade e ao Estado. Com isso houve uma proteção por completo, desde a concepção da criança, criando um valor como ser humano, sem qualquer tipo de discriminação, aqui qualquer criança vai ser sujeito de direitos e não somente o menor infrator e abandonado, como eram vistos anteriormente.

Para Wilson Donizeti Liberaty (2011, p.15):

A doutrina da proteção integral dos direitos supõe que o sistema legal garanta a satisfação de todas as necessidades de todas as crianças e adolescentes de 0 a 18 anos de idade (ECA, art.2º), privilegiando, sobretudo, seu direito á vida, á saúde, á educação, á convivência familiar e comunitária, ao lazer, ao esporte, á profissionalização, á liberdade, enfim todos os direitos da pessoa humana.

Considerando que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais com uma proteção diferenciada em relação aos demais cidadãos, elas não cometem crimes e sim atos infracionais, que por sinal não serão passíveis de pena, mas terão tratamento por Lei especial, Estatuto da Criança e Adolescente, que diferencia a responsabilização.

Todos os atos infracionais, vão ser julgado por um Juízo Especial, o Juiz da vara da infância e da juventude, que se encontra no art. 148 do ECA e por

fim haverá um processo especial, se cometido por criança, estarão sujeitas às medidas protetivas e se adolescentes estarão sujeitos á medidas socioeducativas e/ou medidas protetivas.

A medida socioeducativa é uma resposta jurídica a ser aplicada ao adolescente autor de ato infracional, como mecanismo pedagógico de inserção social. Depende a sua aplicação da observância do devido processo legal, pois implica restrição de direitos fundamentais. Mediante o processo é que se pode aplicar medida socioeducativa a um adolescente. Já a medida protetiva, aplicada á criança que tenha cometido ato infracional, é realizada juntamente com o Conselho Tutelar, uma vez que elas não são passíveis de medidas socioeducativas.

Portanto, o princípio da proteção integral é o modelo de tratamento trazido pelo legislador, juntamente com documentos internacionais, em que a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos. Trata-se de uma proteção dos direitos humanos às nossas crianças e adolescentes.

2.3 Princípio da Proteção Absoluta e Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento.

O Princípio da Prioridade absoluta, que tem por finalidade dar à criança e ao adolescente uma proteção exclusiva, encontra-se firmado no art.3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, na Constituição Federal em seu art. 227, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.4º.

Esses dispositivos principalmente a Constituição Federal, estabelecem uma proteção integral e uma necessidade especial de cuidados em primeiro lugar para as crianças e adolescentes, uma vez que são seres vulneráveis e fragilizados, que se encontram em uma fase de desenvolvimento onde necessitam de uma boa estrutura social, estatal e familiar, baseando-se em políticas públicas. Esta é uma fase de formação, da qual se não for bem observada e protegida, pode acarretar grandes problemas.

Segundo José Roberto Dantas Oliva (2006, p. 118):

É a primazia que deve conferir-se, em todos os setores, a esses seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento. É a preterição, até, dos adultos, em seu favor. Afinal, criança e adolescente de hoje, adulto de amanhã. Aqueles são o futuro. Do tratamento que lhes for dispensado, dependerá a fortuna ou o infortúnio da Nação.

Por absoluta prioridade entende Wilson Donizeti Liberati (2011, p. 18):

Entende-se que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar, na escala de preocupação dos governantes; na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, posto de saúde, atendimento preventivo e emergencial á gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveram asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde o lar, a prevenção de doença são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante.

O parágrafo único do art. 4º do ECA, vem completar a idéia de prioridade ao materializar esse conceito, como um mínimo exigível :

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstancia;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância publica;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais publica; e
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção á infância e á juventude.

Tal prioridade não fere o Princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal ao estabelecer que “deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na maneira em que se desigalam”.

É com essa idéia de desigualdade, que conseguimos explicar um tratamento tão diferenciado, uma proteção excessiva á essas crianças e adolescentes, justamente por serem diferentes aos demais.

Essa proteção prioritária se dá, por se tratar de seres em peculiar condição de desenvolvimento, fazendo com que a desigualdade, torne-se a própria igualdade.

Para José Roberto Dantas de Oliva (2006, p. 117):

A ênfase dada para a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes tem o fito de realçar as desigualdades existentes entre estes e os adultos, como razão de ser de uma tutela jurídica diferenciada, tuitiva.

E por fim, levando em consideração que as crianças e adolescentes são seres que estão em pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral, é que o princípio da condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento vem inibir, qualquer fato que possa prejudicar esse crescimento, através de Leis especiais, tendo por destinatários de cumprimento dessas normas, o Estado, a sociedade e a família.

Outro ponto importante a ser considerado, é o fato dessas crianças e adolescentes, não possuírem cognição suficiente para entenderem seus direitos, não conseguindo, portanto, se defenderem e muito menos atender as suas necessidades sozinhos.

2.4 Direitos Processuais do ECA

A aplicação das medidas socioeducativas, assim como qualquer processo judicial ou administrativo, exige a observância do devido processo legal, sob pena de causar nulidade do processo, caso sejam desobedecidas. O princípio do devido processo legal é constitucional e encontra seu fundamento no art.5º, inc. LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A Lei infraconstitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente positivou também esse princípio, no art. 110, com a seguinte redação “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.”

Vejamos que foi assegurado para os adolescentes o devido processo legal, pois o processo e suas garantias devem ser obedecidos na forma da lei, podendo ter o adolescente a privação de sua liberdade desde que obedecido todas as regras próprias estabelecidas pelo Estatuto, para a apuração do ato infracional.

O devido processo legal segundo Galdino Augusto Coelho Bordallo (2006, p.2006):

Objetiva a proteção dos direitos considerados básicos para o homem: a vida, a liberdade e a propriedade. Estes direitos devem ser entendidos em seu mais amplo sentido e sempre que forem violados, poderá ser exigida sua correta proteção através de um processo que traga todas as garantias para que a pessoa lesada possa se defender, assim como aquele indicado como autor da lesão.

Dessa forma, mesmo as medidas socioeducativas não sendo classificadas como pena, elas possuem, mesmo que indesejadamente um caráter punitivo e coercitivo. As aplicações dessas medidas não dependem da vontade do agente, que pode ir contra através de uma defesa pessoal facultativamente ou obrigatoriamente através de uma defesa técnica.

O código de menores que vigorava no ano de 1979, abordava o menor como objeto de intervenção do Estado, ou seja, as garantias de um devido processo legal eram mitigadas, pois eram conferidos aos Juízes poderes excessivos. A defesa técnica, por exemplo, era facultativa, assim o Estado não era obrigado a fazer uso dela com os menores.

Pelo Código de Menores, os mesmos eram visto em uma situação inferiorizada, pois certos padrões de comportamentos justificavam a prisão em internatos, que incluíam castigos físicos e morais considerados como processo educativo.

Assim, com a inspiração das Convenções Internacionais de Proteção a Infância e com a Constituição Federal de 1988, surge a doutrina de proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, garantindo direitos fundamentais às crianças e

adolescentes, publicando o Estatuto da Criança e Adolescente, através da Lei Nº 8.069 em 13 de julho de 1990.

Desta forma segundo Bianca Mota de Moraes e Helena Vieira Ramos (pág.778 ano2006):

para a aplicação de medida que importe na privação de liberdade é necessária a observância das normas do devido procedimento especial regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando-se que devem ser respeitadas as garantias processuais previstas no art.111 do Estatuto, qualquer que seja a medida socioeducativa que venha a se afigurar como mais adequada ao caso concreto.

Destarte, o art.110 trata-se de uma imposição fundamental em relação aos direitos processuais, limitando os poderes dos Juízes, a fim de assegurar uma condição de cidadania e humanidade para as crianças e adolescentes, respeitando também as garantias processuais do art.111 do Estatuto:

Art.111. São assegurados ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III – defesa técnica por advogado;
- IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

No art. 111, em um rol exemplificativo encontram-se seis incisos com garantias processuais de natureza constitucional e de leis extravagantes. Por ser um rol exemplificativo, sempre que necessário podem ser usados outras garantias admitidas no nosso ordenamento jurídico que não estejam elencadas nesse rol, pois são garantias protetivas ao adolescente, sempre favorecendo e nunca mitigando seus direitos.

A primeira garantia consta da citação do adolescente, ou seja, uma garantia constitucional com previsão no art. 227 § 3º primeira parte do inc.IV, e também seguirá os limites do Processo penal (arts. 351 a 359) e do Processo Civil

por analogia quando for preciso. O meio equivalente aqui pode ser qualquer um, desde que seja eficaz para a ciência do adolescente e de seus responsáveis, sendo evidente que os meios a serem usados para citar, não podem submeter os mesmos a situações vexatórias ou violentas.

A segunda garantia processual, também encontra-se positivada na Constituição Federal, no art. 227 § 3º inc. IV, na qual refere-se a igualdade processual, confrontando o adolescente com vítimas e testemunha, com intuito de produzir todas as provas necessárias para sua defesa, que somente poderá ser realizada se o princípio da igualdade processual for respeitado, devendo as partes serem tratadas com igualdade. Dessa forma autor e réu não podem ser tratados com diferença, e tem que ser estabelecido a oportunidade de produzir as provas que acharem necessária no curso da ação socioeducativa.

A terceira garantia processual está relacionada com a defesa técnica por advogado, com posicionamento legal na Constituição Federal art. 227 inc. IV do § 3º, o que antes era facultativo, no código de menores de 1979, hoje com o advento do Estatuto se tornou obrigatório a defesa do adolescente por um profissional habilitado.

A quarta garantia trata-se da assistência judiciária, com suporte legal na Constituição Federal no art. 5º inc. LXXIV, para aqueles que comprovarem a inexistência de recurso. Nesse sentido Bianca Mota de Moraes e Helena Vieira Ramos (2006, p.779):

Todo adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, independentemente da gravidade da sua conduta, tem direito a defesa. Desta forma, se não tiver Defensor, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz (art. 207 e § 1º, ECA), em observância à garantia processual da assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados.

Essa assistência judiciária será prestada para aqueles que não têm condições de custear as despesas do processo, bem como os honorários advocatícios. O fundamento encontra-se na necessidade de justiça, pois se o adolescente não puder se valer de um defensor por conta de sua classe social, haverá uma ofensa ao princípio da igualdade perante a Lei, cabendo então ao Estado manter a igualdade social.

A quinta garantia processual concerne ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e conforme Jeferson Moreira de Carvalho (1997, p.17):

Evidente, que mesmo não fixado como direito ou garantia, o adolescente também tem o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade policial e pelo representante do Ministério Público, na fase de atuação dessas autoridades, sob pena de irregularidade.

Ou seja, essa garantia tem por finalidade assegurar o contraditório e a ampla defesa, podendo o indivíduo ser ouvido tanto pelo poder Judiciário, quanto pelo Ministério Público ou ainda pela Defensoria Pública, em qualquer parte do processo diretamente ou através de representantes.

Finalmente a sexta garantia processual que assegura ao menor o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável, segundo dispõe Jeferson Moreira de Carvalho: (1997, p. 17), “estando sob pátrio poder, sob tutela, guarda, até mesmo fato, tem direito de exigir a presença do responsável em qualquer fase da atuação estatal para apurar um ato infracional a ele imputado.”

Sendo assim, essa garantia visa dar um conforto emocional à criança ou adolescente no curso do processo, tendo em vista que estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, proporcionando-lhes segurança em meio à medida que ao fim do processo será imposta. Contudo, percebemos que todas essas garantias trazidas pelo Estatuto caracterizam uma evolução ao Código de Menores de 1979, já que estes passaram de uma situação irregular para regular, sendo merecedores de uma proteção absoluta.

3 DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo do Direito que tem por finalidade proteger os bens jurídicos relevantes à sociedade, através de aplicação e execução da pena, servindo como modelo de condutas adequadas, para o bom funcionamento da vida em sociedade.

3.1 Da Teoria do Crime e Ato Infracional

No plano conceitual, observaremos três aspectos principais dos quais descrevem o crime, são eles: conceito formal de crime, conceito material de crime e conceito analítico de crime.

Conceito formal: crime é toda ação ou omissão, advindo de uma conduta humana, que contraria a Lei Penal. Nesse sentido Luiz Regis Prado (2007, p. 72): “Dá relevo à contradição entre o fato concreto e o preceito legal, sendo expressão do direito positivo vigente: delito é a infração à lei penal.”

Conceito material: refere-se ao conteúdo, o quanto aquilo foi lesivo ao bem jurídico, é uma ofensa ao direito subjetivo, aos valores éticos, contudo é uma ofensa à norma. É uma conduta humana, ação ou omissão, que viola os bens jurídicos mais importantes, comprometendo as condições de existência e desenvolvimento da sociedade. Luiz Régis Prado entende que: “Refere-se ao conteúdo do ilícito penal, sua danosidade ou lesividade social e está adstrito aos valores constitucionais. Constitui a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido.”

Já o conceito analítico consiste em elementos que compõe o crime e exige uma análise de setores, que sem os quais não teria como falar do mesmo. Há várias posições doutrinárias que definem o conceito analítico, sendo elas brevemente analisadas a seguir.

1º) a primeira posição defende que o fato para ser crime, precisa ser típico e antijurídico (ilícito), ou seja, que a conduta do agente esteja amparada pelo tipo penal e que não haja nenhum excludente de antijuridicidade.

2º) a segunda posição afirma que o fato para ser considerado crime, precisa ser típico, antijurídico e culpável, isto é, ainda que o fato esteja amparado pelo tipo penal e que não haja nenhuma excludente de antijuridicidade ele tem que ser culpável. O agente na ação ou omissão deve ter capacidade para entender ou determinar-se diante á conduta ilícita.

3º)A terceira posição defende que um fato para ser descrito como crime, deve ser composto por quatro elementos: fato típico, antijurídico, culpável e punível. Aqui a diferença se encontra na punibilidade, seria a ameaça de pena, ou seja, não existe crime sem a ameaça de pena.

4º)Por último, a doutrina minoritária defende que o fato para ser crime, deve ser composto pela ação, típica, antijurídica, culpável e punível. Essa doutrina decompõe o conceito e dá autonomia para a ação.

Para a maioria dos doutrinadores, o crime se configura quando o fato é típico, ilícito e culpável. O conceito analítico tem como função, a análise de cada elemento constitutivo do fato criminoso, onde o crime é um todo unitário e indivisível. Este conceito é respeitado em toda a Europa e vigora também no Brasil e sua elaboração teve início com Carmignani (1833) e completou-se com a contribuição de Beling (1906), que trouxe o elemento da tipicidade. Portanto um fato para ser descrito como crime, precisa ser típico, ilícito e culpável. .

A tipicidade é a adequação da conduta do agente ao tipo conforme a perspectiva do bem jurídico. Cezar Roberto Bittencourt (2010, p.303) entende dessa maneira: “Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na Lei Penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes.”

Nesse diapasão entendemos que o tipo é único, com elementos diferentes, capaz de dar a cada conduta e a cada pessoa tratamentos distintos, estabelecendo uma proporcionalidade entre a gravidade das condutas de modo que não havendo o tipo incriminador, não se pode fazer uma interpretação extensiva da norma e nem o uso de analogias.

Existem quatro requisitos que compõem a tipicidade: conduta humana, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica. A conduta está

caracterizada pela vontade do agente de se chegar a um fim; dessa conduta advém um resultado, a agressão ao bem jurídico. Através do nexo de causalidade, saberemos se a conduta teve relação direta com o resultado, ou seja, se ela foi determinante para que ele acontecesse e por último se essa conduta se ajusta a algum tipo penal, que pode ser direta, quando a conduta do agente tem a perfeita adequação ao tipo incriminador ou indireta quando a conduta do agente não consegue se adequar diretamente ao tipo penal.

Já a antijuridicidade (ilicitude), é a ação negativa do agente, aquela contrária a Lei. Nesse sentido Luiz Regis Prado (2010, pg. 358): “Assim a ilicitude deve ser entendida como um juízo de desvalor objetivo que recai sobre a conduta típica e se realiza com base em um critério geral: o ordenamento jurídico.”

Portanto toda ação típica e contrária a norma será ilícita, desde que não esteja amparada por uma causa de justificação ou também chamada de excludente de ilicitude, que são: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Essas causas justificantes fazem da ação típica, uma ação lícita.

Quando um fato é típico e antijurídico surge então a possibilidade de ser aplicada uma pena ao agente causador, a chamada culpabilidade. Para a teoria normativa pura, a culpabilidade é um mero juízo de reprovação social, uma vez que o dolo e a culpa migram da culpabilidade e passam a fazer parte da tipicidade, ou seja, é possível que alguém haja com dolo, que a conduta seja antijurídica, mas que esteja amparado por alguns dos elementos da culpabilidade. São elementos da teoria normativa pura a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Assim entende Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 404):

A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a reprovação pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal.

Dentro do elemento da imputabilidade encontra-se um rol taxativo de requisitos, que são: anomalia psíquica (art.26, caput Código Penal), menoridade

(art.27 Código Penal) e embriaguez accidental completa (art. 28 § primeiro do Código Penal). No que diz respeito ao elemento potencial consciência da ilicitude, encontra-se em um rol também taxativo o erro de proibição inevitável (art. 21 Código Penal). E por fim ao que tange a exigibilidade de conduta diversa, encontra-se os requisitos, em um rol exemplificativo, pois admite-se a causa supralegal de exclusão de culpabilidade, a coação moral irresistível (art. 22, 1º parte Código Penal) e obediência hierárquica (art.22, 2º parte Código Penal). Todos esses requisitos citados acima, se presentes, excluem a culpabilidade, ou seja, isenta o agente de pena.

Desses requisitos, daremos uma importância maior, há maioria, por ser elemento essencial ao presente trabalho. Previsão legal, art. 27, Código Penal, “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

O artigo é muito claro. Repare que ele está somente preocupado com a idade do agente, não se importando se ao tempo do fato ele sabia o que estava fazendo, adotando então o sistema biológico de inimputabilidade. Esse sistema leva em conta apenas a idade do acusado, independentemente se tinha ao tempo da conduta capacidade de entendimento e autodeterminação.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 228 diz o seguinte: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Então a Constituição Federal também trata como menor aquele que ainda não atingiu 18 anos.

Com esses dispositivos legais, percebemos que os menores de idade não são passíveis de sanção penal, sendo portanto, isentos de pena e protegidos por legislações especiais que diferenciam o crime do ato infracional.

O ato infracional é considerado pela Lei 8.069/1190, como dispõe em seu art. 103, toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. Desse modo o legislador positivou a regra constitucional da legalidade ou da anterioridade da lei, onde só haverá ato infracional se a conduta típica estiver anteriormente prevista em lei. Ao estabelecer a regra da legalidade, o Estatuto vem mostrar a ligação com o ordenamento penal, ou seja, a conduta infracional praticada por crianças ou adolescentes, deverá ter adequação à figura típica como Lei ou Contravenção Penal.

Com essa ligação entre o fato e a norma, é possível observar que há o mesmo tratamento entre adultos, crianças e adolescentes, deixando de lado aquele entendimento que antes era trazido pela Lei 6.697/1979, de que o menor se enquadrava em uma situação irregular, praticando somente fatos antissociais e não praticava infrações penais.

Nota-se que a essência do crime será a mesma, o que diferencia aqui é somente o tratamento jurídico, que deverá ser adequado à condição especial de cada agente, como dispõe o art.228 da Constituição Federal.

Nesse sentido André Karst Kaminski entende (2002, p.52):

Mas então, admitindo serem sinônimos ato infracional, crime e contravenção penal, ao menos iguais em seus elementos constitutivos teriam em resumo, que o ato infracional praticado pela criança deve ser ação típica, antijurídica e culpável.

O que percebemos hoje em dia é a freqüência com que crianças se utilizam de armas para a prática de uma figura típica e mesmo nessas circunstâncias, elas não serão remetidas a uma delegacia de policia e sim ao conselho tutelar.

Já o adolescente que faz jus á prática de crimes, deverá ser conduzido até a delegacia da infância e juventude, onde o promotor de justiça aplicará a esse infrator medidas socioeducativa.

Contudo, concluímos que o tratamento jurisdicional oferecido pela Lei 8.069/1990, ao tratar do ato infracional, visa estabelecer uma proteção às crianças e adolescentes, materializando a doutrina da proteção integral em relação à prioridade absoluta, como estudada anteriormente.

3.2 Da responsabilidade Penal e capacidade Penal Ativa.

Ao cometer um delito, o indivíduo será submetido á uma sanção penal, esse é o dever jurídico que recai sobre o agente imputável, diante sua conduta típica. Já para os inimputáveis, acometidos por doenças mentais, serão impostas medidas de segurança, de índole recuperatória, caucada na periculosidade do agente e não em sua responsabilidade.

A responsabilidade penal pode ser vista diante três formas: ela pode ser total, quando o agente à época da conduta era capaz de entender e determinar-se integralmente, sobre sua conduta delituosa: a responsabilidade parcial entende-se, no momento da conduta o agente ser parcialmente capaz de entender e determinar-se sobre a conduta ilícita e por fim temos a responsabilidade nula, quando o agente era à época da conduta totalmente incapaz de entender a conduta criminosa e de determinar-se sobre ela. Sendo assim, a conduta em relação ao agente será inimputável e ele será julgado irresponsável pelo fato criminoso. Com isso concluímos que, os menores de idade, tendo sua culpabilidade excluída, não possuem responsabilidade pessoal e social diante do ato infracional.

A prática do ato infracional prevê como punição ao adolescente medida socioeducativas, prevista no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

Esse dispositivo legal reforça a idéia de que os menores, não são passíveis de sanção penal decorrente de seus atos criminosos, demonstrando a diferença da tutela jurisdicional em relação aos demais.

Segundo Fábio Silvestre da Silva (2007, pg.22):

Ao mesmo tempo, as medidas socioeducativas até hoje operacionalizadas não têm como suporte as políticas públicas sociais necessárias por meio de uma rede consolidada de serviços capaz de oferecer a retaguarda necessária para efetivação eficaz e eficiente do sistema de garantia dos direitos fundamentais.

Como podemos observar o método operacional do governo de efetivar essas medidas socioeducativas, ao invés de proteger e restabelecer o infrator para o meio social restringe ainda mais os direitos fundamentais, pelas péssimas condições do local de internação e pela falta de políticas públicas para a efetivação das outras modalidades.

Já a capacidade penal ativa, recai sobre a conduta humana, só o ser humano pode praticar um fato descrito como crime, pois segundo Cezar Roberto Bitencourt (pag.272, 2010): “A capacidade de ação, e de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”

O sujeito ativo é o agente que pratica a conduta típica, descrito como crime na norma penal, executando parcialmente ou totalmente a conduta. Nesse sentido Luiz Regis Prado, (pag.438, 2010): “Sujeito ativo, autor ou agente, é todo aquele que realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos. Ou seja, é aquele cuja atividade é subsumível ao tipo legal incriminador.”

Se a conduta pode ser praticada por qualquer pessoa sem restrição, teremos o chamado crime comum, mas se somente um grupo de pessoas pode praticar o crime, teremos o chamado crime próprio. Percebemos que os menores de dezoito anos, podem ser sujeitos ativos de crimes, uma vez que ato infracional é a prática de crime ou contravenção penal, mas que exclui a culpabilidade da criança ou do adolescente. Porém, o ato infracional pode ser considerado crime próprio, pois somente um grupo determinado pode cometê-lo- os menores de dezoito anos.

3.3 Da Autoria Mediata

Autor mediato é aquele que se utiliza de um terceiro para realizar a conduta típica, usando essa pessoa como instrumento para a prática do crime. Podemos dizer que é aquele que realiza a prática do delito, sem executá-lo. O autor mediato e o partícipe são figuras muito próximas, porém, não se confundem, pois o

partícipe não é mero assessor. Ele não se confunde com o autor, porque não realiza o núcleo do tipo e nem co-autor, pois não realiza o núcleo do tipo com outra pessoa.

Segundo Mario Manoel Montoya (2007, p.236):

O homem por trás controla o resultado típico através do aparato de poder, sem levar em consideração o executor, que é uma pessoa fungível. Os executores, apesar de serem responsáveis, são meros instrumentos do homem por trás, uma vez que o resultado final nunca depende deles, porque eles não podem impedi-lo. A intervenção do homem por trás conduz de maneira quase automática à realização do tipo.

Percebe-se que o autor mediato não se preocupa com o executor, justamente porque o mesmo pode ser substituído a qualquer momento por outro terceiro, pois o autor mediato possui o domínio do fato, ou seja, é aquele que controla ação delituosa e somente o indivíduo que dirige totalmente o acontecimento criminoso, detém o domínio do fato. Vejamos que o executor não tem o poder de escolher se a conduta delituosa acontecerá ou não, até porque se ele não fizer, outro fará. Quem tem esse poder final, é o que tem o controle sobre a conduta. Dessa maneira entende Luiz Regis Prado (pag. 469, 2010), “autor mediato é aquele que, possuindo o domínio do fato, serve-se de terceiro que atua como mero instrumento, geralmente inculpável.”

O nosso Código Penal prevê quatro hipóteses de autoria mediata que são:

1º - Erro determinado por terceiro (art.20, § 2º, do CP): nesse caso quem induz alguém em erro vai ser o autor mediato, e o agente enganado é seu instrumento, podemos citar como exemplo, um médico querendo matar um paciente, induz o enfermeiro a erro, que será um mero instrumento do médico, autor mediato.

2º - Coação moral irresistível (art.22, 1ª parte do CP): quem coage será o autor mediato, que foi praticado pelo coagido com o emprego de força ou tortura.

3º - Obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte, do CP): quem dá a ordem será o autor mediato, e quem as cumpre será o instrumento.

4º - Caso de instrumento impunível (art. 62, III): quando o agente serve-se de um incapaz para prática do crime, ou seja, de um inimputável, seja ele menor de idade, ou doente mental. É o que diz o artigo 62 do Código Penal, “a pena será ainda agravada em relação ao agente que: III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.”

A autoria mediata utilizando menor de idade é uma prática que aumenta a cada dia, a princípio por ser inimputáveis e a posteriori, por sua vulnerabilidade. São seres de fácil induzimento, pois estão em fase de desenvolvimento e na maioria das vezes não possuem apoio familiar, social e estatal, ficando a mercê de criminosos, que se valem desses indivíduos para a prática de crimes. Imaginemos que a vida de uma determinada criança seja vender bala na rua e quando ela chega em sua residência sem o dinheiro ou com quantia reduzida, apanha de seus pais, que na realidade deveriam protegê-la. Fica fácil perceber que todos os direitos da proteção integral nesse caso, estão sendo violados e que a criança vai se tornar instrumento fácil dos criminosos, afinal, suponhamos que ao traficar drogas, ela terá dinheiro em maior quantidade para levar até sua casa, o que evitaria que ela apanhasse novamente.

Mário Daniel Montoya entende que (2007, p.235):

Autor mediato não é somente o chefe máximo de uma organização criminosa, mas todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delituosa com poder autônomo para dar ordens de uma instância superior, formando-se, deste modo, uma corrente completa de autores mediatos.

Grandes organizações criminosas estão se valendo de menores para todo e qualquer tipo de crime. Eles se aproveitam dessa condição social das crianças e adolescentes para ficarem impunes, pois o menor assume a responsabilidade do delito e terá no máximo uma medida socioeducativa.

Isso sem dúvidas esta gerando uma grande insegurança jurídica para toda a população, pois clamam por punição à prática desses crimes bárbaros, que

estão ficando somente no ato infracional, sem uma medida estatal mais rígida a esses autores mediatos, com o fim de inibir tais práticas.

3.4 Da Corrupção de Menores

Corromper significa proposta ou proposição, para obter vantagem, para si ou para outrem, visando um resultado pela prática da ação. Nesse caso, o objeto da corrupção é o menor, que por se tratar de pessoas em desenvolvimento, portanto vulneráveis, podem ser facilmente induzidas à práticas de crimes e ao mesmo tempo vítimas deles.

O Código Penal, em seus artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, trata da corrupção de menores no âmbito sexual, “induzir, praticar ato sexual, favorecer a prostituição, satisfazer lascívia própria ou de outrem com menor, configura o crime.” Essa tutela jurisdicional visa proteger o menor mais fraco da relação com idade limitada, ou seja, o menor de dezoito anos, priorizando a doutrina da proteção integral, onde o menor possui prioridade absoluta: visa também proteger a imagem e a moral do menor.

Já a lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 244-B discorre, “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18(dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.”

Observe que o ECA diferentemente do Código Penal, não delimitou assunto para prática do crime de corrupção de menores, tem a ver com o aliciamento de menor para a prática de crimes, aqui qualquer crime configura a conduta típica. Podemos dizer então, que o autor mediato que usa um menor para a prática de qualquer crime, além de responder pelo crime do qual ele foi o mandante, responde também pelo crime de corrupção de menores, pois está se valendo das vantagens de um inimputável e fazendo desse menor, uma vítima do crime.

Na maneira em que o agente maior de dezoito anos utiliza-se de um menor para prática de um fato típico, por se tratar de crime formal, não há

necessidade de provas da corrupção do menor, bastando que o inimputável tenha participado da conduta delituosa juntamente com o maior de dezoito anos.

Ao ser inserido no mundo do crime, o menor deixa de usufruir de todas as garantias constitucionais a ele inerentes, como preconiza o art. 227 da nossa Lei Maior, já mencionado acima e isso deve ser considerado um crime gravíssimo, pois ainda depositamos o futuro do nosso país sobre nossas crianças e adolescentes.

3.5 Reflexos do Direito Penal na Persecução Penal da Infância e Juventude.

O Direito Penal assim como os outros ramos do direito é um instrumento que cabe ao Estado, para que a convivência humana se torne harmônica e possível, isso em seu aspecto sociológico, visando assegurar o controle social, de comportamentos reprováveis. Já em seu aspecto formal, o Direito Penal qualifica alguns comportamentos humanos, como injusto penal, fixando sanções a serem aplicadas.

Cezar Roberto Bitencourt entende que: (2009, p.2):

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes, penas e medidas de segurança>Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.

Desse modo, observamos a diferença existente do Direito Penal para com os outros ramos do direito, pois somente este possui como consequência a pena privativa de liberdade. Por isso que os bens tutelados pelo Direito Penal não podem ser tratados por outros ramos do direito, pois são bens necessários à sobrevivência da sociedade, sendo a pena um meio de coerção, para os interesses sociais mais importantes.

O Direito Penal em seu plano abstrato, conhecido como direito objetivo, segundo Rogério Greco: (2008, p.9):

É o conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob ameaça de sanção ou medida de segurança, bem como todas as outras que cuidem de questões de natureza penal, excluindo o crime, isentando de pena, explicando determinados tipos penais.

Percebe-se que esses conjuntos de normas abstratas são de caráter impessoal, pois não são destinadas a um indivíduo e sim a todos que porventura venham a praticar o fato típico, antijurídico e culpável. Essas normas enquadram-se ao indivíduo criminoso, por isso descem do plano abstrato, para o concreto com o fim de materializar um poder punitivo do Estado com a intenção de inibir a prática de uma conduta delituosa.

A aplicação do Direito Penal é feita pelo próprio judiciário, fazendo incidir ao indivíduo criminoso o direito penal objetivo, aplicando sanções delimitadas pela lei se valendo de um devido processo legal para enfim impor e executar as normas do direito penal subjetivo, em concreto.

Já sobre o direito penal subjetivo, entende Rogério Greco (2008, p.9):

É a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. Se determinado agente praticar um fato típico, antijurídico e culpável, abre-se ao Estado o dever poder de punir, visando alcançar, quando for o caso e obedecido o devido processo legal, um decreto condenatório.

Ainda sobre Direito Penal subjetivo Cezar Roberto Bitencourt: (2009, p. 5), “o Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que estabelece seus limites, e pelo direito de liberdade assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos.”

Por direito objetivo e subjetivo entende André Estefam (2008, p.2):

O primeiro consiste no próprio ordenamento jurídico-penal, isto é, no conjunto de normas jurídicas que perfazem o sistema penal. O segundo, também chamado de “jus puniend” estatal, corresponde ao direito de punir

do Estado. Em sentido abstrato, traduz-se no direito de exigir de todos que se abstenham de praticar condutas delitivas, e, em sentido concreto, no interesse de aplicar a sanção cominada ao delito àquele que violou a norma penal.

Assim percebemos que o Direito Penal subjetivo se fez aplicável às relações jurídicas de Direito Penal. O Judiciário por sua vez executa as leis que integram o Direito Penal objetivo. O Poder Judiciário promove o devido processo legal, pois somente através dele, é possível a aplicação do Direito Penal no plano abstrato, judicial e concreto.

O Processo Penal segundo José Frederico Marques:(2001, p.31):

Nas normas que regulam e disciplinam a justiça penal estão compendiados preceitos de alta relevância, pois que ali se encontram regras pertinentes não só à atividade repressora do Estado para tornar efetivo seu direito de punir, como também as garantias e direitos do acusado.

Ou seja, o Direito Processual Penal é o único instrumento que dá a aplicação prática ao Direito Penal; é um conjunto de princípios e normas que regularizam a persecução penal, respeitando as garantias e direitos do acusado e promovendo soluções para as lides penais. Enquanto o Direito Penal se preocupa em descrever condutas criminosas e sanções cabíveis à elas, o Direito Processual Penal impõe limites ao processo, observando se a Lei Penal foi realmente violada, delimitando a pena a ser aplicada ao autor.

Portanto, tanto o crime quanto o ato infracional, devem ser submetidos ao devido processo legal, pois ainda que o ato infracional não tenha as mesmas consequências que um crime acarreta, também possui como consequências medidas socioeducativas que não deixam de ser um meio coercitivo, que restringe direitos fundamentais indisponíveis. Dessa maneira percebemos que o Direito Penal e o Direito Processual Penal, estão intimamente ligados, um depende do outro, e são de extrema importância para a persecução penal.

3.6 Do Princípio Da Co-Culpabilidade.

Atualmente no Brasil tem-se um nítido quadro social em relação as crianças e adolescentes, pois são cidadãos que mais sofrem no país. Vê-se que na realidade morrem de fome, sofrem maus tratos, violência sexual, física e psíquica, são traficados, adotados ilegalmente, explorados no trabalho, tudo em desconformidade com nossa Constituição Federal e contra a Doutrina da Proteção Integral.

Percebe-se que o princípio da co-culpabilidade está implícito em nosso ordenamento e está muito relacionado com a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

É evidente que o Estado não tem recursos para dar condições sociais favoráveis á todos os cidadãos criando uma desigualdade exagerada não só econômica,mas social, política e cultural e com isso reconhece que não são dadas as mesmas chances a todos, não podendo portanto, exigir comportamentos adequados às normas impostas pelo estado.

Entende Eugenio Raúl Zaffaroni (1997, p.613):

Todo sujeito age numa circunstância dada e com âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades.

Na medida em que o Estado não consegue manter uma igualdade e estabelecer a dignidade para cada indivíduo, surgem as injustiças e conseqüentemente, a parcela de culpa do Estado, no que diz respeito à criminalização das crianças e adolescentes.

Nesse caso, não podemos falar na redução da culpabilidade para esses indivíduos pela parcela de culpa do Estado, pois a menoridade já é uma excludente de culpabilidade, mas podemos falar em uma estrutura organizada, com

políticas públicas sociais, com programas para a retirada de crianças das ruas, visitas às famílias carentes, para que dessa maneira a desigualdade social seja reduzida e somente assim diminuir a criminalização envolvendo menores.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (1997, p.613):

Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado esta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade.

Diante de uma problemática tão grande, até se discute a redução da maioria penal. Vejamos que com essa maneira, o Estado não resolveria o problema, aliás, estaria aumentando-o, uma vez que restringiria ainda mais os direitos fundamentais desses indivíduos, que já são tão mitigados de sua prioridade absoluta. Imaginem um problema ainda maior se a maioria penal fosse reduzida para 16(dezesseis) anos, os criminosos utilizariam adolescentes menores de 15 (quinze) para práticas de crimes o que hoje já é uma conduta normal, passaria a ser uma regra entre eles, e o problema se agravaria.

Com isso percebemos que o estado possui uma visível parcela de culpa e a maioria dos crimes possui elementos sociais; são crimes patrimoniais, que visam dinheiro justamente pelas condições desfavoráveis. Enquanto um rico tem facilidade de possuir o que almejam, as crianças que vivem na miséria utilizam de violência para conseguirem o que desejam.

3.7 Da Co-Culpabilidade e o Estado Social.

O Estado Social também chamado de Estado prestacional ou Estado de 2º dimensão, teve como inspiração a Revolução Industrial européia, á partir do século XIX, quando os direitos de primeira dimensão, o Estado Liberal, começou apresentar fraquezas facilmente perceptíveis.

A miséria gerada pela industrialização e a superexploração da mão de obra passaram a comprometer a dignidade humana. Começaram a perceber que só a liberdade não bastava, pois não se tem liberdade se não tiver direitos essenciais básicos, uma vez que sem saúde, educação, moradia não se pode falar em liberdade.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.185):

Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.

O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra Mundial e pela efetivação dos direitos sociais, que se encontram positivados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

São direitos sociais e educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

Alguns documentos também foram marcantes para a efetivação desses direitos sociais, a Constituição do México de 1917; Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha conhecida como a Constituição a primeira república alemã; o Tratado de Versalhes, 1919 (OIT) e no Brasil a Constituição de 1934.

Os direitos fundamentais são aqueles diretamente ligados á liberdade e igualdade, que protegem a dignidade da pessoa humana, consagrados na constituição, dentre eles estão os Direitos Sociais, econômicos e culturais, ou também chamados de prestacionais. Os Direitos Sociais exigem do Estado uma atuação positiva, prestações materiais e jurídicas, como segurança, educação saúde alimentação e etc.

Nesse sentido discorre Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.47):

Estes direitos fundamentais caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. revelando transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

É claro que esses direitos não são tão fáceis de ser implementados, como o direito à liberdade, de primeira dimensão, uma vez que para assegurar o direito de ir e vir o Estado não precisa ser rico. Já os Direitos Sociais podem variar sua eficácia e efetividade conforme as condições financeiras do Estado, um país mais pobre por mais que tenha boas intenções, tem que fazer opções, já que os recursos são escassos.

Dentro dos Direitos Sociais encontramos também as garantias institucionais, que difere das garantias individuais, pois essas garantem uma proteção aos direitos do indivíduo. Já as institucionais não são garantias dadas ao indivíduo, mas a determinadas instituições importantes para a sociedade, como a família. Com isso percebemos que não basta garantir direitos do indivíduo, mas é preciso proteger determinadas instituições, portanto, as garantias institucionais protegem tais instituições fundamentais para a sociedade.

Segundo Paulo Bonavides (1997, p.492):

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.

A partir dessa idéia, podemos dizer que surgiu a proteção integral da criança e do adolescente, pois é evidente que esse grupo é uma instituição importantíssima para a sociedade, tão importante que a Constituição Federal em seu art. 227, já citado no capítulo I, impôs como dever ao Estado, à família e à sociedade a proteção absoluta assegurando todos os direitos fundamentais inerentes à essa classe. Tamanha importância se deu à essa proteção que uma Lei

infraconstitucional, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, também positivou essa prioridade, como já mencionado também no capítulo I.

Com isso percebemos que o Estado tem uma maior parcela de culpa quando se refere à marginalização de crianças e adolescentes, uma vez que os mesmos entram para o crime por falta de condições dignas e humanas, o mínimo social para que um ser humano viva dignamente. A falta de estrutura para alimentação, educação, moradia, a falta de apoio às famílias carentes, faz com essa marginalização cresça a cada dia, levando esse grupo a cometer crimes para satisfazer suas necessidades de sobrevivência.

Quando o Estado não cumpre um dever garantido constitucionalmente, esta deixando de lado um garantismo positivo, que exige do Estado uma atuação frente aos direitos fundamentais, chamado de Princípio da proibição da proteção deficiente, ou seja, o Estado é omissivo quando não adota meios eficientes e adequados que garantam a efetivação dos direitos fundamentais, deixando de proteger direitos mínimos garantidos pela Constituição, pois uma vez que o Estado se compromete em garantir direitos pela via constitucional, deve cumpri-los obrigatoriamente e da melhor maneira possível.

4 Da Individualização das Sanções Penais

4.1 Das Penas

Pena é uma espécie de sanção que não se confunde com a medida de segurança e com a medida socioeducativa, embora também sejam espécies de sanção penal. Além de sanção penal, a pena pode ser considerada uma resposta dada pelo Estado, diante um fato punível, restringindo ou privando um bem jurídico, referente ao autor da infração penal.

Conforme dispõe Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 56), “trata-se as sanções impostas pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.”

Com isso, percebemos que as penas têm caráter punitivo, sendo essencial para a proteção do bem jurídico atingido, com a intenção de inibir a prática de novos crimes, sendo assim uma necessidade social.

Nesse pensamento disserta sobre o assunto Cezar Roberto Bittencourt (2009, p.83):

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. O Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bem jurídicos assim considerados, em uma organização socioeconômica específica.

Os fundamentos das penas podem ser resumidos em três espécies, primeiro pela perspectiva político estatal, pois sem elas o Estado deixaria de ser um meio coativo, deixando de reagir com eficácia às infrações penais; em um segundo momento, deve ser analisado pelo fundamento psicossocial, onde a pena deve ser indispensável para satisfazer os anseios de uma comunidade, mostrando efetivamente a justiça, garantida constitucionalmente pelo Estado; e por fim pelo

enfoque ético-individual, esse fundamento visa que o próprio condenado possa se livrar de eventual sentimento de culpa, pois uma vez cumprida à pena, é como se tivesse pagado o mal causado para a sociedade e para ele mesmo, por seu comportamento ilícito.

4.2 Finalidades das Penas no Brasil.

No Brasil, podemos dizer que a pena possui uma tríplice finalidade: prevenção, retribuição e ressocialização. A prevenção tem por objetivo prevenir a prática de um fato delitivo; ela pode ser geral, quando o esse objetivo visa à sociedade e especial quando o alvo é o delinquente. A finalidade de retribuição nada mais é do que fazer a justiça, retribuir com um mal o mal causado e a pena considera a gravidade do crime. Por fim, a ressocialização é a reeducação do delinquente para que ele possa voltar a viver em sociedade, sem colocá-la em risco novamente.

Essas finalidades não necessariamente se operam ao mesmo tempo, e sim acontecem por etapas. A primeira etapa é a pena em abstrato, pois é um momento que antecede ao crime e tem uma finalidade chamada de Prevenção Geral. Para Cesar Roberto Bitencourt (2009, p.94):

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinqüentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais.

Vejamos que essa prevenção geral atua como um meio intimidatório ao indivíduo que pretende delinqüir, tentando inibir que o mesmo pratique o ato ilícito. Porém essa teoria não é suficiente para que um indivíduo não pratique um ato criminoso e por isso o caráter preventivo se desdobra em outros dois aspectos, a prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa.

A prevenção geral negativa é aquela que todos nós conhecemos, da qual visa evitar que o cidadão venha a delinquir, por exemplo, quando a Lei fala “quinze a vinte anos”, tem a intenção de que o indivíduo se sinta inibido de praticar o crime, tendo medo da pena em abstrato.

Paulo S. Xavier de Souza (2006, p.77), entende que “essa teoria encontra respaldo na intimidação por meio da gravidade da cominação penal abstrata, na condenação criminal e intensidade da persecução criminal, visando à aplicação da pena.”

Já a prevenção geral positiva segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p.57), “a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal”.

Ou seja, a prevenção geral positiva, tem por finalidade afirmar a validade da norma que foi desafiada pela prática criminosa, é mostrar para a sociedade que existe uma norma incriminadora e que se descumprida, vai gerar efeitos contra o infrator.

A segunda etapa é a pena em concreto, ou seja, ela é posterior ao crime, aqui o crime já aconteceu, esse momento é o da aplicação da pena, que possui duas finalidades, a retribuição que visa recompensar o mal causado pelo infrator e a prevenção especial evitar a reincidência.

Encontramos o caráter retributivo e preventivo expresso em lei, no art. 59 do Código Penal:

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 de liberdade aplicada, por outra espécie de pena.

A teoria retribucionista segundo Cesar Roberto Bitencourt (2009, p.86), “segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça e nada mais.”

A teoria retribucionista ou absoluta serve apenas para retribuir o mal ao mal causado e por isso vem a ser muito criticada. Porém essa teoria trouxe o Princípio da Proporcionalidade, extraído da Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente.” Desta forma percebemos que a teoria retribucionista respeita a proporcionalidade, pois leva em consideração a gravidade do crime.

Já a teoria da prevenção especial para Cesar Roberto Bitencourt (2009, p.96), “a teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.”

Para essa teoria não bastou o remédio da prevenção geral para que o infrator não cometesse o crime, agora ele precisa de uma dose diferenciada, de um remédio a mais, um especial para que ele não torne a delinquir. Portanto, a pena é aplicada para não permitir ao réu praticar crime, inibindo a reincidência.

A terceira e última etapa é a pena em execução, as finalidades da pena quando está sendo executada é de concretizar a sentença e de ressocializar o indivíduo. O art. 1º da LEP, Lei 7.210/84, diz exatamente isso, “ a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições das sentenças e a ressocialização.

Ou seja, essa terceira etapa visa concretizar a retribuição e a prevenção, visando também tornar aquele infrator apto á viver em sociedade novamente, sem oferecer riscos e não tornar a praticar condutas típicas.

4.3 Do Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena encontra-se expressamente no texto de nossa Constituição Federal, conforme o art.5º inciso XLVI, assim redigido:

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;

- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

A pena deve ser individualizada conforme o fato e o seu agressor, e deve ser observada não apenas ao juiz da condenação ou execução, e sim pelo legislador desde o momento em que o tipo penal foi criado.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2009, p.34):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.

Tal princípio visa estabelecer uma pena justa e adequada perante o infrator e a conduta ilícita, pois a pena não pode ser igual para todos os presos, justamente por serem diferentes, por terem cometidos crimes diferentes, de maior ou menor gravidade.

O princípio da individualização da pena se subdivide em três fases; primeira fase seria a da cominação; segunda fase da aplicação e terceira e última fase da execução.

Podemos observar que a primeira fase, da cominação, é endereçada ao legislador, ou seja, quando ele cria a pena em abstrato, que visa fixar a pena mínima e máxima, bem como sua reprovação do fato. Rogério Grecco entende que (2010, p.95):

É efetivamente por meio da fase da cominação que o legislador, após a eleição dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, dá início a um trabalho de individualização, levando a efeito um raciocínio de comparação, no sentido de se chegar, o mais próximo possível, ao valor atribuído ao bem pela sociedade.

É por meio da cominação que o legislador define o valor de cada bem, dando uma maior reprovação ao bem jurídico de maior valor, como se a pena fosse,

uma maneira de pagar por determinada infração penal, visando a proteção do bem jurídico.

A segunda fase, da aplicação, é endereçada ao juiz, quando concretiza a pena na sentença, sendo assim outra maneira de individualizar a pena, estabelecendo o montante concreto ao infrator, em todos os seus efeitos. Nesse sentido Rogério Grecco (2010, p.96):

O juiz, no caso concreto, considerando a importância do bem já ditado anteriormente pela lei, deverá, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, jamais fugir às orientações legais a que está submetido.

Com isso, entendemos que o juiz deve concretizar a pena em abstrato, para cada infrator e fato cometido, levando em consideração o valor do bem jurídico tutelado, de maneira fundamentada, sem fugir das normas legais, das quais deve cumprir e levando em consideração na hora de individualizar o art. 68 do Código Penal, que diz que “ a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art.59 deste código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Assim, fica ao magistrado individualizar a pena em cada caso concreto, se submetendo á análise desse dispositivo, a fim de demonstrar e explicar os motivos que o levou a chegar àquela quantidade de pena. E finalmente a última fase, da execução, endereçada ao juiz da execução, quando a pena é executada na última fase do direito punitivo.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p.36):

Cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal, recebam a mesma pena, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada.

Por isso a fase executória é tão importante, pois é nas causas de diminuição ou aumento de pena que o magistrado vai determinar o cumprimento individualizado da pena aplicada, pois como diz Nucci, pode ser que em uma co-autoria o aumento de pena aplicado a um individuo, pode não ser aplicado ao outro, ainda que recebam a mesma pena. Por fim a individualização da pena tem por finalidade estabelecer uma pena justa, tanto em sua reprovação como na prevenção, de acordo com a importância do bem jurídico ofendido.

4.4 Da Medida de Segurança

Abandonado o sistema “duplo binário” que foi substituído pelo sistema “vicariante”, com a reforma penal de 1984 e o advento da Lei 7.209/84, eliminou-se a aplicação dupla de pena e medida de segurança, podendo ser aplicadas somente uma das sanções aos semi-imputáveis e pena aos imputáveis. Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 735), “ficou assim demarcado o caráter exclusivamente preventivo e assistencial da medida de segurança, aplicada em decorrência da periculosidade, distinto do fundamento da imposição da pena, que é a culpabilidade.”

Sendo assim, atualmente a pena passa a ter a culpabilidade como fundamento exclusivo, enquanto a medida de segurança passa a ter caráter preventivo. Dessa forma o imputável que praticar uma conduta punível estará sujeito á uma pena, o inimputável á uma medida de segurança e o semi-imputável, poderá ser submetido a uma pena ou a uma medida de segurança e nunca as duas concomitantemente como aconteciam no “sistema binário”.

Podemos observar algumas diferenças facilmente perceptíveis entre pena e medida de segurança, lembrando que a medida de segurança possui resquício de sanção, embora essa não seja sua essencial finalidade, porém é uma espécie de sanção penal. As penas como já visto anteriormente, possuem a tríplice finalidade (prevenção, retribuição e ressocialização), olhos voltados para o passado

e trabalham em cima da culpabilidade, são por tempo determinado e são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis.

As medidas de segurança são essencialmente curativas, preventivas, não se negando seu caráter penoso, possuem olhos voltados para o futuro, trabalham com a periculosidade do agente, são por tempo indeterminado, findam-se quando cessada a periculosidade do agente e são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente aos semi-imputáveis quando esses precisarem de tratamento curativo.

O princípio norteador das medidas de segurança, é o da legalidade, pois não há dúvidas quanto à relação das medidas de segurança com o princípio da reserva legal, positivado nos arts.5º, inc.XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt:(2009,p. 745):

Todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também o princípio da anterioridade legal, nas medidas de segurança.

Contudo, as penas, assim como as medidas de segurança,somente poderão ser impostas se previstas em lei que antecede a conduta criminosa, que no caso das medidas de segurança somente as de caráter pessoais, que seria a internação em hospital de custódia e tratamento e a sujeição a tratamento ambulatorial.

Para que a medida de segurança possa ser aplicada, existem pressupostos a serem observados que seriam: a prática do fato típico punível e a periculosidade do agente, lembrando que no Brasil as medidas são posdelituais, elas pressupõem o delito.

Assim entende Julio Fabbrini Mirabete (2007,p.736):

É indispensável, em primeiro lugar, que o juiz reconheça ter praticado um fato típico e antijurídico, não se podendo aplicar a medida de segurança se não constituir o fato ilícito penal ou se apurar que o acusado agiu ao abrigo de uma excludente da antijuridicidade.

Já Cesar Roberto Bitencourt (2009, p.745 e 746), entende que “assim, deixará de existir esse requisito se houver, por exemplo, excludentes de criminalidade, excludente de culpabilidade, com exceção da inimputabilidade, ou ainda se não houver prova do crime ou da autoria etc.”

Significa dizer que só haverá o primeiro pressuposto se ocorrer um fato típico mais ilícito, não podendo ser aplicada se for verificada uma excludente de antijuridicidade (como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito), excludente de culpabilidade (como erro de proibição invencível, coação irresistível e obediência hierárquica, embriaguez completa fortuita ou por força maior), exceto a inimputabilidade ou quando ou quando houver ausência de provas.

O segundo pressuposto consiste na periculosidade do agente, para Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.737):

É preciso que o réu seja perigoso, havendo, pois, probabilidade de voltar a delinquir. Essa periculosidade é presumida quanto ao inimputável, já que a lei determina a aplicação da medida de segurança àquele que cometeu o ilícito nas condições previstas no art. 26 do Código Penal (art. 97 do CP).

Já Cesar Roberto Bitencourt (2009, p.746):

É indispensável que o sujeito que praticou o ilícito penal típico seja dotado e periculosidade. Periculosidade pode ser definida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade. É um juízo de probabilidade tendo por base a conduta anti-social e anomalia psíquica do agente de que este voltará a delinquir.

Periculosidade como podemos ver está relacionada com a personalidade do agente, mostrando ser possuidor de uma propensão clara ao crime. Esta periculosidade pode ser presumida no caso dos inimputáveis ou comprovada no caso dos semi-imputáveis. A inimputabilidade encontra seu fundamento legal no art. 26 do Código Penal:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão,

inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na inimputabilidade podemos observar que a periculosidade é presumida, pois o indivíduo não possui capacidade de entender ou determinar-se diante o fato criminoso, por esse motivo o Juiz o absolve impropriamente, pois ao mesmo tempo em que absolve o indivíduo, ele aplica também a medida de segurança.

Já a semi-imputabilidade encontra-se positivada no art. 26, § único, do Código Penal:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No caso do semi-imputável, a periculosidade é comprovada, não há uma absolvição imprópria e sim uma condenação, onde o Juiz poderá escolher em aplicar uma pena diminuída ou a medida de segurança, se a periculosidade for comprovada, isso pelo sistema vicariante, depois da reforma do Código Penal em 1984, como já visto anteriormente.

Existem duas espécies de medidas de segurança, na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 746), “essa espécie é chamada de medida detentiva, que, na falta de hospital de custódia e tratamento, pode ser cumprida em outro estabelecimento adequado.”

Essas medidas detentivas podem ser aplicadas para os inimputáveis como para os semi-imputáveis, todas as vezes que crime for punido com reclusão.

Já a segunda espécie é o tratamento ambulatorial, é uma medida restritiva, não há necessidade de internação do indivíduo, e sim será submetido a um tratamento. Nesse sentido Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.745):

A sujeição a tratamento ambulatorial corresponde às atuais tendências de “desinstitucionalização” do tratamento ao portador de doença mental ou de

perturbação da saúde mental, bem como de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Imposta tal, medida de segurança, cumpre ao sentenciado comparecer ao hospital de custódia e tratamento psiquiátrico nos dias que lhes forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prevista, permitindo-se, porém, a assistência médica em outro local com dependências médicas adequadas(art. 101 da LEP).

Assim todas as vezes que o crime for punido com detenção, será faculdade do Juiz aplicar tanto a medida restritiva, quanto a medida detentiva, levando em consideração a pena privativa de liberdade aplicada e não a inimputabilidade ou semi-imputabilidade e uma vez que o crime for apenado com detenção, poderá ter aplicação do tratamento ambulatorial, desde que as condições do agente sejam favoráveis e permitam tal aplicação.

As duas espécies de medidas têm prazo indeterminado para acabar, a lei não trouxe prazo máximo, porém, estipulou um prazo mínimo, como traz o art.97, § 1º, do Código Penal, “ a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 a 3 anos.”

Como visto a Lei determinou apenas o prazo mínimo, que serve como um parâmetro para a realização do primeiro exame, para averiguação da cessação da periculosidade. Entretanto a medida de segurança perdurará até enquanto não cessar a periculosidade do agente, não sendo assim estabelecido um prazo máximo, porém atualmente há entendimento de que não poderia ultrapassar a pena cominada, ou ainda não poderia ultrapassar 30 anos, o prazo máximo de restrição da liberdade.

4.5 Da Medida Socioeducativa.

Segundo a garantia constitucional da inimputabilidade art.228 da Constituição Federal, em caso de prática de atos infracionais, estarão sujeitos a uma legislação e resposta especiais. Assim, cada ato ilícito praticado, possuirá uma resposta estatal diferenciada, se o ato ilícito for praticado por um adulto, maior de

dezoito anos, terá como resposta estatal uma sanção pena. Já se a ato ilícito for praticado por um menor de dezoito anos, particularmente chamado de ato infracional, terá como resposta estatal uma medida socioeducativa, que se encontram elencadas no art. 112 do ECA:

- I - advertência;
 - II - obrigação de reparar o dano;
 - III - prestação de serviços à comunidade;
 - IV - liberdade assistida;
 - V - inserção em regime de semi-liberdade;
 - VI - internação em estabelecimento educacional;
 - VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
- § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
- § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
- § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

A primeira medida é a advertência, consiste em uma repreensão verbal ao adolescente, que comete o ato infracional. A reparação de danos é a segunda medida, que só terá aplicação se o ato infracional tiver reflexos patrimoniais. Como terceira medida, prestação de serviços à comunidade, que consiste em prestação de tarefas gratuitas, com uma proporção de tempo, de no máximo seis meses, não ultrapassando oito horas semanais. A quarta medida é aquela conhecida como liberdade assistida, medida por excelência, o menor permanece na comunidade e deve prestar contas ao orientador, que produzirá relatórios entregues ao juízo da execução.

Já a quinta e sexta medidas são aquelas que restringem a liberdade do menor infrator, encontra-se posicionamento legal no art.120 do ECA , tal medida não comporta prazo determinado e tem por objetivo reeducar o adolescente para o convívio social.A internação é resultado de um processo judicial, com fundamento legal no art. 121 do ECA, com duração que varia de 6 meses a 3 anos, tendo também por objetivo a ressocialização e preparo para o convívio social.

Dentro das garantias constitucionais o ECA em seu art. 110, deixou bem claro a importância e indispensabilidade do devido processo legal, na aplicação da medida sócio-educativa: nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem

o devido processo legal. Portanto a medida socioeducativa exige a observância do devido processo legal, pois ainda que não seja uma pena, é uma maneira de restrição de direitos que vai contra a própria vontade do adolescente, podendo assim se valer da defesa.

Tais medidas podem ser classificadas como medidas em meio aberto, onde o adolescente permanece com a família e a comunidade e medidas em meio fechado, onde há a restrição da liberdade do menor infrator.

As medidas socioeducativas que restringem a liberdade do menor estão condicionadas a três princípios, que são;

Princípio da Brevidade: por esse princípio, a medida socioeducativa não pode durar mais do que o necessário para a ressocialização, ou seja, deve durar o menor tempo possível.

Princípio da Excepcionalidade: a restrição da liberdade só poderá ser aplicada quando não houver outra alternativa como medida para ressocialização além disso, as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas quando houver previsão expressa em Lei.

Princípio do Respeito à Condição de Pessoa em Desenvolvimento: ou seja, o respeito deve sempre existir para e qualquer ser humano, não podendo existir abuso, nem maus tratos, sob pena de tais condutas configurarem crime de abuso de autoridade. Lembrando sempre que essas crianças estão em fase de desenvolvimento, necessitando de uma maior proteção pela sua condição.

É evidente que se trata de uma tutela jurisdicional diferenciada, prevista pelo ECA, do qual possui procedimentos específicos para apuração dos atos infracionais, respeitando as garantias constitucionais, bem como os limites para a aplicação dessas medidas socioeducativas.

Essas medidas têm por finalidade a ressocialização do menor, para que não volte a delinquir, dando a ele uma nova chance de vida, para que não cresça na marginalização se tornando um adulto criminoso. É claro que essas medidas não fazem jus à sua finalidade, pois não têm o suporte necessário, que seriam políticas públicas sociais para garantir e efetivar os direitos fundamentais à eles.

Nesse sentido, Fabio Silvestre da Silva(2007, p.21):

No entanto, da lógica do sistema de proteção integral e das medidas sócio-educativas, constata-se uma inoperância em função do descaso do poder público, não conseguindo alcançar a qualidade no entendimento e tampouco implantando a descentralização e a municipalização do atendimento aos adolescentes autores de atos infracionais.

Ou seja, por mais que haja uma proteção integral, uma maneira individualizada de punir o adolescente pela prática de um ato infracional, respeitando o devido processo legal, isso não é o suficiente para que ele não volte a delinquir, uma vez que esses locais de internação dos menores estão longe de ser aquilo previsto pela Lei, prejudicando o real objetivo dessas medidas, não encontrando tratamentos necessários, sem apoio familiar e sem o apoio do Estado, fica mais difícil a ressocialização.

5 DA APLICAÇÃO DA PENA

As penas permitidas no Brasil são divididas em três modalidades, privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa. As penas privativas de liberdade se subdividem em três espécies que são: reclusão, detenção e prisão simples.

Os regimes de reclusão e detenção possuem algumas diferenças, sendo a detenção mais severa e por isso são reservadas para delitos mais graves. Além da severidade a pena de reclusão pode iniciar seu cumprimento em regime fechado, semiaberto e aberto, o que não ocorre com a detenção, que somente poderá ser iniciado o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, essa com certeza é a diferença mais marcante que se dá entre os dois regimes, afora essas diferenças, ainda há uma grande dificuldade dos apenados com reclusão, de alcançarem os benefícios penitenciários.

Ainda sobre as diferenças da reclusão e detenção existem algumas peculiaridades a serem observadas, os crimes apenados com a reclusão não podem ser objetos de fiança pelas autoridades policiais, tendo sempre que for o caso ser requerida ao Juiz. Para a infração penal apenada com reclusão a medida de segurança sempre vai ser detentiva, já para os punidos com detenção poderá ser convertida em tratamento ambulatorial. Em relação à incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela ou curatela, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.481):

Somente os crimes punidos com reclusão, praticados pelos pais, tutores ou curadores contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, geram essa incapacidade, Na hipótese de prática de crimes punidos com detenção, mas mesmas circunstâncias, não gerarão os mesmos efeitos. No entanto, a incompatibilidade fática justificará a busca através de ação própria no juízo competente.

Sendo assim, os pais que praticarem crimes contra seus filhos, apenados com detenção, perderão a guarda, curatela ou tutela sobre os mesmos, já se for apenado com reclusão, isso não ocorrerá. Ainda sobre as diferenças em concurso material de crimes, aplicando cumulativamente a reclusão e detenção,

aplica-se primeiro a reclusão. Assim, exemplificativamente, foram arroladas as principais diferenças entre detenção e reclusão.

A última modalidade de pena é a prisão simples refere-se às contravenções penais, que possuem as seguintes características segundo art. 5º da Lei 3.688/41:

- a) é cumprida sem rigor penitenciário;
- b) só admite seu cumprimento nos regimes aberto e semiaberto;
- c) o condenado deve ficar separado daqueles que cumprem pena de reclusão ou detenção e;
- d) o trabalho é facultativo para penas de até 15 dias.

Portanto, a prisão simples deverá ser aplicada para contravenções penais sujeitas a privação de liberdade, em estabelecimento apartado, sem o rigorismo do sistema carcerário.

5.1 Dos Regimes Penitenciários.

Os regimes penitenciários no Brasil são divididos em três, como manteve a Lei 7.209/84, fechado, aberto e semiaberto, pois antes da mesma, com a Lei 6.416/1977, os regimes eram divididos perigosos e não perigosos fechado, com advento da Lei em 1984, conforme preconiza Luiz Regis Prado (2010, p.531):

Com o advento da Lei 7.209/1984, todavia, abandonou-se a distinção entre os regimes penais fundada na periculosidade do agente. De fato, os regimes de pena hoje são estipulados segundo o mérito do condenado, salvo no tocante ao período inicial de cumprimento da sanção penal, no qual constituem fatores determinantes a reincidência e a quantidade de pena aplicada.

Antes, a periculosidade do agente definia o regime, se o agente era perigoso integraria o regime inicial fechado, quanto menos perigoso fosse, integraria o regime semiaberto ou aberto. Hoje essa periculosidade deixou de existir, sendo

levados em consideração os fatores como a reincidência e a quantidade da pena aplicada para definir o regime inicial do agente.

O regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, tendo por obrigatório o exame criminológico, possuindo como direito e dever o trabalho interno ou externo, com a previsão de remissão, ou seja, a cada três dias trabalhados terá um descontado de sua pena, como prevê os art. 126 a 130 da Lei de Execuções Penais.

O semiaberto deverá ser cumprido em colônia penal agrícola ou industrial, sendo facultativo o exame criminológico no início da pena, possuindo também o direito e dever de trabalhar com a mesma possibilidade de remissão.

E por fim, o regime aberto, que terá seu cumprimento em casas do albergado ou estabelecimento adequado, sendo desnecessário o exame criminológico, o trabalho é apenas um pressuposto, sendo impossível a aplicação da remissão. Sobre a falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento.

Sobre a falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento, André Estefam discorre: (2008, p.200):

Na falta de estabelecimento adequado, entendem nossos tribunais superiores, não se pode permitir que o sentenciado permaneça em regime mais rigoroso do que aquele que faz jus. Cabe, portanto, ao Juízo das Execuções, determinarem sua colocação em regime mais benéfico ou, se for o caso, em prisão albergue domiciliar.

Tendo o sentenciado direito a progressão de regimes, não poderá ficar em regime mais rigoroso, por falta de lugar para cumprimento do regime aberto, até por questão de justiça, pois não seria justo que um crime menos grave, fosse executado da mesma maneira que um crime mais grave, por falta de lugar para cumprimento.

5.2 Da Progressão de Regime.

Consoante dispõe o § 2º do art. 33 do Código Penal determina que as penas privativas de liberdade devam ser executadas de forma progressiva observando o mérito do condenado.

Já o art. 112 , caput, da LEP concerne que:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

A progressão segundo Rogério Grecco (2008, p.511 e 512):

A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social.

Nota-se o critério objetivo e subjetivo no próprio dispositivo da Lei, destacando como critério objetivo o montante do cumprimento pelo menos de um sexto da pena no regime anterior. Já o critério subjetivo vem logo depois, referindo-se ao bom comportamento carcerário do agente, comprovado pelo diretor do estabelecimento, lembrando que a decisão do Juízo de execução terá sempre que ser motivada e antecedida pela manifestação do Ministério Público e do defensor, como preconiza o § 1º do art.112 da LEP. Deve-se lembrar também, que a progressão de regime não poderá ser realizada por “saltos”, ou seja, o apenado não pode progredir do fechado diretamente para o aberto, devendo ser respeitada a ordem legal dos regimes, passando do fechado para o semi-aberto e do semi-aberto para o aberto.

No que se refere ao regime aberto além de ser respeitados o montante da pena e o bom comportamento do agente, ainda deve-se observar os requisitos do

art. 114 da LEP, se o apenado está trabalhando, ou demonstra vontade de vir a fazer imediatamente e se apresenta disciplina e condições de se adequar ao novo regime.

No tocante, ainda à progressão de regime, entende o Supremo Tribunal Federal ser admissível a progressão de regimes antes do trânsito em julgado, conforme redação dada em 2003, pelas Súmulas nº 716, “ admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.” E súmula 717, “ não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Acrescenta-se ainda, a possibilidade de regressão do regime mais brando para o mais rigoroso, nas hipóteses que elencam o art.118 da LEP:

A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, soma ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art.111).

A primeira parte do inciso I somente terá aplicação após uma decisão definitiva a respeito do crime doloso cometido, por questão de respeito ao Princípio Constitucional da presunção e inocência onde ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ressaltando que o preso pode praticar um crime doloso aparado por uma excludente de ilicitude, do qual não poderá ser submetido à regressão.

Já a segunda parte do inciso diz respeito a falta grave, que encontram-se elencadas no art. 50 da LEP:

Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei;
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com ambiente externo.

Enfim, qualquer dessas hipóteses consideradas como falta grave, obstará na regressão do preso para qualquer regime mais rigoroso; se o sentenciado se encontra no regime aberto, poderá tranquilamente regredir para o regime fechado, diferentemente da progressão, que deve respeitar a ordem dos regimes: fechado, semiaberto e aberto.

5.3 Progressão nos Crimes Hediondos

A não progressão de regime nos crimes hediondos sempre foi motivo de discussão na doutrina, pois segundo ela essa posição além de violar o sistema progressivo, também viola o princípio da individualização da pena, assim dispõe Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.490):

A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador deverá efetivar a individualização da pena, observando, evidentemente, o comando da Constituição Federal. Por essa razão o legislador ordinário pode dispor nos limites as prerrogativas que lhe foram conferidas pela norma constitucional, que, nos crimes hediondos, o tempo de cumprimento da pena no regime fechado possa ser maior (um terço, por exemplo) que aquele previsto para as demais infrações penais, o que não significa impedir a progressão ou violar a individualização da pena.

Pode então o legislador aumentar o cumprimento do regime fechado, isso não seria uma violação ao princípio da individualização e nem o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico de progressão, que são considerados constitucionalmente direitos fundamentais pela nossa Constituição federal, o que não pode é a proibição total ao direito de progressão do preso.

Com o advento da Lei 9.455/97, que tipifica e disciplina o crime de tortura, surgiu uma discussão importante sobre a proibição de progressão do art.2º, § 1º, da Lei 8.072/90, trazendo que o condenado por crime de tortura iniciaria o

cumprimento da pena em regime fechado, ou seja, adotando a possibilidade de progredir. Reconhecendo a possibilidade mais benéfica, logo, surgiu a interpretação de estendê-la para as outras infrações de crimes hediondos, pois de um lado não admitia a progressão de regime para tráfico, terrorismo e demais crimes hediondos, mas permitia para o crime de tortura e através desse entendimento passou a ter julgados a favor da progressão de regimes em crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal com o fim de pacificar a discussão, ignorando o conteúdo constitucional de proteção aos direitos fundamentais, editou a súmula 618 com a seguinte redação, “ não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

Após muitas discussões a respeito, através do Habeas Corpus 82.959, foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do §1º do art.2º da Lei n.8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado nos crimes hediondos e equiparado. Essa declaração de inconstitucionalidade foi contra a súmula o próprio Supremo, que deveria ter sido revogada, porém encontra-se vigente até os dias de hoje. Desse modo, dois aspectos fundamentais merecem destaque segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.492):

(a) O reconhecimento do sistema progressivo e da individualização da pena como direitos e garantias fundamentais, e (b) a eficácia erga omnes de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso ou aberto (art.102, I,a, CF), limitada pelo efeito ex nunc, é bem verdade.

Assim, no primeiro aspecto há a possibilidade de limitar essa individualização, porém não excluí-la, a fim de respeitar um preceito fundamental. Já o efeito erga omnes e ex nunc, assegura ao individuo a possibilidade, que esteja com processo em tramitação, tanto em âmbito recursal como na fase executória de se valer dessa decisão proferida.

E, por fim, com a Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, foi alterado o parágrafo do art.2º da Lei n. 8.072/90, de modo que a pena aos crimes hediondos e equiparados deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, podendo

progredir depois de ter cumprido dois quintos da pena, se o réu for primário, ou três quintos, se reincidente.

Importante salientar, que aqui a reincidência não precisa ser específica, basta que o réu tenha cometido qualquer crime, transitado em julgado, antes da prática do crime hediondo.

5.4 Fases da Aplicação da Pena

O cálculo da pena de acordo com o art.68, do Código Penal, segue um critério trifásico, ou seja, segue três fases distintas. O Juiz ao escolher pela condenação terá que observar e aplicar a pena seguindo a ordem das fases da aplicação da pena.

A primeira fase consiste na fixação da pena-base aplicada, seguindo o critério do art.59 do Código Penal. A segunda fase seria a pena intermediária, levando em consideração as agravantes e atenuantes e por fim a terceira fase seria a pena definitiva tendo por base as causas de diminuição ou aumento de pena.

As circunstâncias judiciais servem de parâmetros para a fixação da pena base, e encontram-se previstas no art.59 do Código Penal:

O juiz, atendendo a 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.

Quanto à culpabilidade deve-se levar em conta o grau de reprovabilidade da conduta, por antecedentes entende-se por fatores favoráveis ou desfavoráveis da vida do agente, não só no âmbito criminal. A conduta social abrange a conduta do agente perante a sociedade, já a personalidade está relacionada ao perfil psicológico do agente, se o mesmo possui bom ou mau caráter,

se está propenso a praticar crimes. O motivo do crime está relacionado com o porquê, qual razão o levou a praticar aquela conduta delituosa. As circunstâncias do crime estão ligadas ao modo de execução, a forma como o crime foi praticado, as suas consequências, dizem respeito ao prejuízo que essa conduta causou ao bem jurídico tutelado e por fim o comportamento da vítima que dependerá das circunstâncias que a levou a cometer aquele crime, podendo ser fixada nesse momento uma pena mais branda.

Essas são as circunstâncias judiciais que serão levadas em conta na primeira fase na aplicação da pena e que segundo André Estefam (2008, p. 228), “chama-se judiciais porque, com relação a elas, o magistrado possui maior grau de discricionariedade, estabelecendo, conforme lhe pareça justo, a maneira como devem influenciar na dosimetria.”

Ainda sobre circunstâncias judiciais Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.626):

Os elementos constantes no art.59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Desse modo, quanto mais condições desfavoráveis o agente tiver, mais acima do mínimo a pena-base vai ser fixado, além de poder incidir sobre elas, se houver agravantes, atenuantes, aumento e diminuição de pena, que poderão ser impostas nas próximas fases como veremos a seguir.

A segunda fase da aplicação da pena terá por análise a presença das atenuantes ou agravantes, que são de aplicação obrigatória, são chamadas de circunstâncias legais, pois estão expressamente fixadas no texto legal, as agravantes encontram-se elencadas nos arts. 61 e 62, e a atenuantes nos arts. 65 e 66, todos do Código Penal. A Lei não traz o montante em que as agravantes ou atenuantes deverão ser aumentadas ou diminuídas, no entanto, a doutrina sustenta que não poderá chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto.

A terceira e última fase, conhecida como pena definitiva, parte sempre da pena intermediária, ou seja, a pena fixada na segunda fase, que serão as causas de aumento e diminuição da pena, elas poderão ser encontradas na parte geral, na parte especial, ou ainda, na legislação extravagante. Assim não será mais o Juiz que vai criar, o quanto vai ser aumentado ou diminuído, estará expresso em lei.

5.5 Das Penas Restritivas de Direitos

A pena restritiva de direitos é a segunda modalidade de pena permitida no Brasil, são sanções impostas em substituição a pena privativa de liberdade, quando presente os requisitos que admitem sua substituição. Os requisitos encontram fundamento legal no art.44 do Código Penal e serão os mesmos para crimes culposos e dolosos, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime favoráveis ao agente. Porém há peculiaridades que somente recaem para crimes dolosos, não ser o agente reincidente em crime doloso, a não ser que a medida seja recomendável pelo Juiz, somente para crimes sem violência ou grave ameaça e a pena cominada não for superior a quatro anos.

As penas restritivas de direitos segundo o art.43 do Código Penal dividem-se :

Art.43. as penas restritivas de direitos são:

- .I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III - vetado;
- .IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

Essas são as hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade, para restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos, observando suas características que são três como preconiza André Estefam (2008, p.207):

1º) Autonomia: são penas autônomas, existem por conta própria.

2º) Substitutividade: as penas restritivas de direitos não são cominadas abstratamente no preceito secundário dos tipos penais incriminadores. Surgem apenas como substitutas a uma pena privativa de liberdade branda, nos termos do art.44 Código Penal..

3º) Conversibilidade em prisão: quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, ou quando sobrevier condenação a pena de prisão por outro crime, desde que não seja possível o cumprimento simultâneo das sanções, a pena restritiva de direitos será convertida em prisão, descontando-se o tempo ou a quantidade de pena já cumprida.

Tais penas, portanto, para incidirem no lugar da privativa de liberdade, terão que ser observadas conforme o art. 44. Presentes os requisitos necessários o magistrado poderá fazer sua substituição, caso haja descumprimento de qualquer obrigação imposta, a mesma poderá ser convertida em prisão novamente, levando-se em consideração o tempo de pena restritiva já cumprida. As penas restritivas de direito, consoante ao tempo de duração, devem perdurar pelo mesmo tempo da pena de prisão substituída, porá a exceções, as penas pecuniárias e as de perda de bens e valores, têm prazo de duração.

5.6 Das Penas Pecuniárias.

Por último vem a pena pecuniária, encerrando o rol de penas alternativas do direito brasileiro. Aqui diferentemente das restritivas de direitos, não cabe conversão para privativa de liberdade, caso haja descumprimento da pena substituída.

O Código Penal adotou o sistema dias-multa para a fixação da pena pecuniária. Quanto à fixação da multa Luiz Regis Prado (2010, p.583):

O sistema de dias-multa consiste em determinar a pena de multa não por uma soma em dinheiro (quantidade fixa), como no sistema tradicional, mas

por um número de unidades artificiais (dias-multa), segundo a gravidade da infração. Cada dia-multa equivalerá a certo valor pecuniário (importância em dinheiro), variável de acordo com a situação econômica do condenado.

Primeiramente, segundo o art. 49 do Código Penal serão fixados o número de dias-multa, que varia de 10 a 360 dias, em seguida calcula-se o valor a cada dia multa que segundo o art. 49, § 1º do Código Penal, pode variar de 1/30 ao quántuplo do valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato. E de acordo com o art. 60, § 1º, do Código Penal se o valor da multa aplicada for insignificante ao réu, poderá o Juiz aumentá-lo até o triplo.

As penas pecuniárias dividem-se em duas espécies na legislação penal; sendo a primeira a pena de multa cominada diretamente no tipo penal incriminador, a segunda espécie recai na multa substitutiva, ou seja, aquela imposta em substituição a uma pena privativa de liberdade que pode ser aplicada isoladamente ou cumulativamente com a pena restritiva de direitos. Encerram-se aqui as três modalidades de penas permitidas no Brasil.

5.7 O Princípio da Proporcionalidade na Aplicação da Pena.

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, sendo ele um princípio implícito encontra-se dividido em vários dispositivos constitucionais, por exemplo, art.5º, XLVI diz respeito à individualização da pena, art.5º XLII, XLIII e XLIV, admite-se uma maior severidade para penas mais graves, ou seja, o princípio da proporcionalidade significa que a pena deve ser proporcional ao delito praticado. Segundo Dirley da Cunha Junior, o Princípio da Proporcionalidade é (2009, p.226):

Um importante principio constitucional que limita a atuação e discricionariiedade dos poderes públicos, vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Também sobre o princípio da proporcionalidade Paulo Bonavides (1997, p.359):

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Indubitavelmente, o princípio da proporcionalidade deve ser observado sob dois enfoques, primeiro para que seja evitada a intervenção do Estado no que diz respeito ao excesso de punição, considerando os direitos fundamentais. O segundo enfoque seria evitar a impunidade da impotência estatal, quer dizer, que o excesso de punição não pode ser tão mínimo a ponto de causar uma grande insegurança jurídica à população, porém essa problemática aumenta a cada dia.

Tal princípio por ser um princípio constitucional implícito, tem por finalidade verificar ato do poder público, resguardando direitos fundamentais, que para ser aplicado deverá segundo Dirley da Cunha Junior observar três aspectos (2009, p.228):

Adequação: é aquele que exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Ou seja, que efetivamente promovam e realizem os fins. Ora, fere até o bom senso que os órgãos públicos possam se valer de atos e meios, ou tomar decisões, que se revelem inúteis a ponto de não conseguirem realizar os fins para os quais se destinam.

Necessidade: em razão desse subprincípio, impõe-se que o poder público adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais. Por este subprincípio objetiva-se evitar o excesso da administração.

Proporcionalidade em sentido estrito, em face desse subprincípio, deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados. Impõe-se que as vantagens que a medida adota trará superem as desvantagens.

Desse modo, esses aspectos terão que ser observados concomitantemente, pois na falta de um desses requisitos o ato não poderá ser considerado proporcional, quer dizer, que o meio adotado pelo poder público deverá ser adequado a realização do fim almejado, sem exceder os limites indispensáveis utilizando-se de uma justa medida.

Assim, segundo Rogério Greco as penas devem ser necessárias e suficientes (2010, p.99):

O certo é que penas desproporcionais nos trazem a sensação e injustiça. Desde criança, raciocinamos com a idéia de castigo proporcional à nossa desobediência. A idéia de proporção é inata ao ser humano. Quando nossos pais exageravam na correção, o sentimento de revolta tomava conta de nossos pensamentos. Não era justo. Era muito pequena a desobediência, dizíamos, para que tamanha correção nos fosse aplicada.

Em suma, um dos maiores problemas enfrentado pelo Direito Penal é encontrar penas proporcionais, em meio a tantas penas alternativas à privativa da liberdade, procurando sanar o mal causado respeitando os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Além disso, não tem como mensurar o valor da vida, da integridade humana, da honra, da dignidade sexual e por esse motivo que a sanção imposta tem que ser sempre proporcional ao mal causado pelo agente e o bem atingido pelo delito.

As penas devem ser necessárias e suficientes, a necessidade de aplicação da pena consiste reprovar a prática da conduta delituosa, bem como impedir que ela seja praticada, ou seja, prevenir o crime. Porém, nem todos os crimes terão a necessidade de uma pena, podemos citar como exemplo os menores de dezoito anos, que por sua inimputabilidade deixam de ser passíveis de penas, aplicando a eles apenas uma medida socioeducativa ou socioprotetiva.

Já a pena suficiente é aquela relacionada a quantidade da sanção penal aplicada, assim Rogério Greco entende que (2010, p.106):

O juiz, observando a culpabilidade do agente, ou seja, o juízo de censura que deverá recair sobre o injusto por ele cometido. Poderá deixar de lado o regime objetivamente fixado pela lei, vale dizer, o regime semi aberto, e, justificadamente, determinar o início de seu cumprimento em regime fechado, sob o argumento de que o regime legal, isto é, aquele previsto de forma objetiva pela lei penal, não é suficiente para fins de atender às funções da pena, vale repetir, reprovar e prevenir.

Assim, observamos que o princípio da pena suficiente, está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, devendo ser a pena suficiente ao mal causado ao bem jurídico, não podendo ter punição a mais do que o crime

exige, e nem a menos da reprovação social que a conduta causou, sendo assim, uma pena proporcional.

O princípio da proporcionalidade deve ser observado sob dois enfoques: a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

Sobre proibição de excesso, diz José Paulo Baltazar Junior (2010, p.46):

Quer dizer, que a medida considerada excessiva não poderá ser adotada ou terá que ser restringida ou limitada. Nesse sentido é que se pode entender também a proibição de excesso como uma restrição dos limites, pois as medidas que não sirvam ao alcance de tais finalidades ou atinjam de forma excessiva direitos fundamentais contrapostos estarão excluídas.

Nesse sentido, as sanções impostas não podem agredir excessivamente os direitos fundamentais, ou seja, o Estado não pode punir severamente um agente que tenha praticado um crime menos grave, do que àquele que tenha causado uma reprovação social tão grande. Da mesma maneira, não poderá deixar de punir severamente um crime gravíssimo, só pelo fato de não poder agredir um direito fundamental. Isso seria o segundo enfoque observado, a proibição de insuficiência, que segundo José Paulo Baltazar Junior (2010, p.54):

Com isso, os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida.

Dessa maneira, o autor quis mostrar que a proteção a vedação de excesso, não pode ser tão grande a ponto de tornar uma intervenção inválida, ou seja, uma intervenção que traga sensação de impunidade e insegurança jurídica. A proteção dos direitos fundamentais de agentes criminosos não pode ferir os direitos fundamentais de toda uma coletividade, por isso chamado princípio da proporcionalidade, visa estabelecer uma pena digna para cada delito praticado.

Só para exemplificar, grandes organizações criminosas usando menores para a prática de crimes, a chamada autoria mediata, está deixando para a

população uma enorme sensação de impunidade, pois os menores como já visto, não são passíveis de sanções penais, apenas será submetidos a uma medida socioeducativa, e os reais infratores, ou seja, os que detêm o domínio do fato, não cumprem suas penas em regime integralmente fechado, pois a progressão de regimes é admitida até mesmo para crimes hediondos.

Vejamos que essas organizações criminosas ferem a verticalidade que deve existir entre Estado e cidadania. Em outras palavras, o Estado tem que estar acima dos cidadãos, promovendo a segurança jurídica, intervindo quando for preciso, mas o que acontece é que essas organizações criminosas estão no mesmo patamar que o Estado, isto é, quando se sentem coagidas agredem o Estado e por consequência toda a população e ainda com uma agravante, o uso de menores para a prática desses crimes.

Existem ainda, dois critérios importantes a serem ponderados dentro do princípio da proporcionalidade; o critério ordinal e o cardinal. Segundo Andrew Von Hirsch (1998, p.45), “a proporcionalidade ordinal, referir-se-ia a uma escala relativa na qual, comparativamente, condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa.”

Assim, as pessoas que cometem crimes graves devem receber também uma gravidade na punição, semelhante àqueles que praticaram uma conduta com menos severidade. As pessoas que praticam crimes com uma gravidade maior devem receber punição compatível a essa gravidade, uma vez que punindo um crime com mais severidade, expressa uma maior desaprovação. A proporcionalidade ordinal como defende Hirsch envolve três sub-requisitos que são: paridade de penas, escalonamento de penas e distanciamento das penas. A primeira defendida por Andrew Von Hirsch significa que (1998, p.46):

Paridade de penas: a indicar que crimes de gravidade semelhantes, merecem penas similar, não que isso deva ser uma regra não precisa que tenham penas exatamente iguais, pode haver variáveis significativas, em uma mesma categoria de delitos. Este requisito não implica necessariamente a mesma punição para todos os crimes dentro da mesma categoria - como pode haver variações significativas em uma categoria que se refere aos danos da conduta ou culpabilidade.

Logo, os crimes com gravidade semelhante merecem penas parecidas, mas não necessariamente iguais, pois podem haver fatores que reduzam a pena, ou ainda que isente de pena, se o crime recair em alguma excludente de culpabilidade, onde não serão aplicadas penas e sim a medida necessária para cada caso concreto.

O segundo sub-requisito recai sobre o escalonamento de penas, assim Andrew Von Hirsch (1998, p.46):

Escalonamento de penas: sancionar o delito Y com pena superior ao delito X expressando a maior reprovação do delito Y, o que só seria merecido se este é mais grave, sendo assim sua maior ou menor severidade reflita o nível de gravidade dos delitos implicados. As punições devem ser encomendados com as normas de condenação para que a sua maior gravidade refletem a gama de gravidade das infrações em causa.

Esse segundo sub-requisito tem por finalidade dar uma resposta social quanto ao fato criminoso de maior gravidade, à medida que aumenta a ofensa ao bem jurídico, aumenta também a punição aplicada. Isso significa que punir o crime Y com mais severidade que o crime X, expressa uma maior desaprovação para o crime Y, e que só será admitida essa severidade se o crime Y for mais grave.

Já o terceiro sub-requisito trazido por Andrew Von Hirsch fala sobre o distanciamento de penas (1998,p.46):

“distanciamento das penas: supondo-se que os delitos X,Y e Z são de gravidade ascendente, mas que Y é consideravelmente mais grave que X, e levemente menos grave que Z, deveria haver um maior espaço entre as penas X e Y, do que entre Y e Z. “

Nesse sentido, com a gravidade da conduta deve haver um maior espaço, ou seja, uma maior pena entre X e Y, do que entre Y e Z, pois Y e Z são mais graves que o crime X. O espaçamento depende, portanto cuidadosamente de ponderar a gravidade e a punição em crimes crescentes.

Já o segundo enfoque recai sobre a proporcionalidade cardinal que de acordo com Andrew Von Hirsch (1998, p.46), “a proporcionalidade cardinal, ou não

relativa, seria a que permite calibrar a gravidade da pena em relação à conduta sem a necessidade de estabelecer comparações com outras penas.”

Nesse sentido, o autor afirma que deve haver um limite na severidade da punição, as penas devem ser classificadas de acordo com a gravidade do delito, não sendo possível uma punição excessiva para crimes pequenos, que implicariam em uma invasão grave para a liberdade do infrator.

Portanto, a distinção entre proporcionalidade cardinal e ordinal, demonstra a dificuldade de estabelecer penas proporcionais para cada tipo de delito cometido, uma vez que a proporcionalidade ordinal defende a punição de acordo com a gravidade relativa exigindo sanções por essas irregularidades cometidas.

5.8 Vedação da Progressão de Regimes para Crimes de Autoria Mediata em Organizações Criminosas.

Sabemos que as organizações criminosas são grupos de delinqüentes que agem dentro e fora dos presídios, desafiando o Estado e aterrorizando a população pela prática de crimes bárbaros. Porém a utilização de menores de idade para a prática desses crimes aumenta a cada dia, pois os menores não são passíveis de sanção penal, no máximo cumprirão três anos de medidas socioeducativas com restrição da liberdade.

Vejamos que a progressão de regimes com o advento da Lei 9.455/97 e com o habeas corpus 82.959 passou a ser admitida mesmo para crimes hediondos, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pois entende-se ferir direitos fundamentais do acusado. Porém devemos fazer a seguinte análise nos crimes em questão: suponhamos que um integrante de uma organização criminosa, maior e capaz, pratique um tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, seria mais um crime hediondo praticado por essas organizações. De outro modo, vejamos, se um integrante de uma organização criminosa se utiliza de um menor de 15 anos para vender drogas para ele, nada mais seria que tráfico, equiparado ao crime hediondo, esse autor mediato estaria ofendendo o bem jurídico tutelado, bem como toda a proteção absoluta voltada para

o menor e ainda o crime de corrupção de menores do art. 244-B do Estatuto da criança e do Adolescente.

Ora, percebe-se aqui que a conduta se tornou muito mais reprovável, pois o menor não será passível de sanção penal e muito raramente entregará o mentor do crime, até por uma questão de segurança, pois são ameaçados e sofrerão represálias se delatar o detentor do domínio do fato. Inquestionavelmente, esse tipo de crime vem trazendo uma enorme insegurança jurídica para a sociedade, pois não há uma punição para esses menores e não deve haver, pois como já visto, são seres em desenvolvimento. Sendo assim deve-se punir severamente os mentores desses crimes, com o fim de inibir essa prática, fazendo com que seja mais benéfico eles mesmos praticarem os crimes, pois assim teriam direito à progressão de regimes, do que usar um menor, que nessa ocasião cumpriram pena em regime integralmente fechado, sem o direito da progressão.

Vimos também que o princípio da proporcionalidade vem para relativizar os direitos fundamentais. Não que tal princípio deva relativizar todo e qualquer direito fundamental, mas assim será feito se passar pelas três subespécies da proporcionalidade, sendo elas adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita. Vejamos que pela adequação a vedação da progressão de regimes atingiria o fim almejado, ou seja, a inibição da prática da autora mediata em relação ao menor, pois seria mais oportuno para eles mesmos praticarem o delito, do que se utilizarem de um menor.

Já em relação à necessidade, que tem por objetivo evitar o excesso da administração, através de atos e meios adequados que restrinjam os direitos fundamentais, sem dúvidas seria necessária tal restrição, pois deve ser analisado não só os direitos fundamentais do autor mediato e sim os direitos fundamentais de toda coletividade. Direitos estes que estão à mercê de uma marginalização bárbara, sem expectativa de solução e de uma resposta adequada do Estado para resolução do problema. Ademais, temos os direitos fundamentais dos menores, que possuem uma prioridade constitucionalmente garantida para ser zelada. Em razão desses fatores, todos os direitos fundamentais aqui mencionados, devem prevalecer pois são direitos da coletividade e dos menores e a vedação de exceção do Estado não pode ser tão excessiva a ponto de deixar toda a população desprotegida.

E por último, a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste nos motivos que levaram o poder público a tomar tal medida e se as vantagens daquele ato superam as desvantagens. Com toda certeza, podemos enxergar uma enorme vantagem em se negar a progressão de regimes para esses crimes. Isso trará uma resposta estatal para uma situação tão grave, além de proteger direitos fundamentais coletivos, bem como os direitos fundamentais das crianças e adolescente, pois são prejudicados com essa criminalidade.

Outro ponto importante a ser destacado em sede de proporcionalidade, é que a pena deverá ser suficiente e necessária. A necessidade da pena consiste em reprovar a conduta delituosa, bem como prevenir para que o crime não aconteça. Além de necessária a pena deverá ser suficiente, ou seja, apta a repelir o mal causado ao bem jurídico, não podendo ter uma punição muito severa para crimes menos graves e nem uma punição muito pequena para os crimes mais graves.

Ainda sobre os critérios que justificam a vedação da progressão de regime para a prática desses crimes, temos o princípio da proporcionalidade ordinal defendido por Hirsch, do qual basicamente diz que crimes mais graves deverão ter uma punição mais severa. Ainda dentro desse critério ordinal, temos o escalonamento de penas, que defende a idéia de que um delito, expressando uma maior reprovação deverá receber uma punição muito maior do que aquele que causou uma reprovação menor.

Por fim, fica patente a necessidade de uma punição mais severa para a prática desses crimes, com a intenção de prevenir sua ocorrência, bem como proteger os direitos fundamentais coletivos e dos menores, dando uma resposta estatal para a população e diminuindo tamanha insegurança jurídica. Em razão, esses crimes devem ser considerados supra-hediondos, pois possuem uma reprovação social muito maior, atingem o bem jurídico tutelado, e também o adolescente e sua proteção integral.

6 Das Organizações Criminosas

A Lei nº 12.850 de 2013 trouxe em seu art. 1º § 1º o conceito para organização criminosa:

“considera-se organização criminosa a associação de 4(quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Uma das características dessas organizações é a quantidade de agentes, que precisamente deve ser de quatro ou mais, além das penas máximas das infrações cometidas sejam superiores a quatro anos, diferente da associação criminosa que em relação a quantidade de agente precisa possuir três ou mais e aplica-se para infrações penais cujas penas máximas sejam inferiores a quatro anos. Tem caráter transnacional uma vez que não respeita os limites das fronteiras de cada país. Essas organizações criminosas segundo Ana Flávia Messa e José Carneiro (2012, p.33):

Detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um trincado esquema de conexões com outros grupos delinqüências e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Com isso, podemos notar o alto poder organizativo que esse grupo possui e ainda se utilizam da tecnologia e das telecomunicações para controlar o máximo que podem os movimentos das pessoas, dos produtos e do dinheiro. Essas organizações atuam como uma empresa, onde cada integrante possui uma determinada função, visam a obtenção de lucros, investindo-os em setores legais da

economia. Porém, esses lucros são obtidos através de meios ilícitos, como por exemplo, o tráfico de drogas e a prostituição, e com isso usam métodos violentos para permanecerem no monopólio desse mercado, muitas vezes valendo-se da corrupção dos policiais ou do judiciário para alcançarem seus objetivos.

A Lei 12.850 de 2013, também trouxe em seu art. 2º § 4º inciso I um aumento de pena de 1/6 a 2/3 se houver participação de criança ou adolescente para a prática de crimes. Pelo que podemos observar esse aumento de pena não está sendo suficiente para que essa prática seja inibida, pois a quantidade de crianças e adolescentes que são induzidas ao crime por essas organizações criminosas aumentam a cada dia, pois como já visto são seres vulneráveis, por uma série de fatores, dessa forma Mário Daniel Montoya: (2007, p.67):

O crime organizado tem adotado a forma de uma empresa e de uma economia submersa e paralela, que atrai jovens devido à carência de desenvolvimento econômico, social e educacional e, principalmente, como consequência do desemprego, oferecendo a possibilidade de obter lucros rapidamente.

Dessa forma, essas organizações criminosas se aproveitam dos jovens, pois são seres de fácil induzimento pela suas fragilidades, bem como vulnerabilidade, que pela falta de estrutura econômica e social acabam se rendendo a essas organizações criminosas, praticando delitos de alta periculosidade, com intuito de receber aquilo que o Estado não consegue proporcionar a todos. Essas organizações se formam por diversos fatores, principalmente pela omissão do Estado, que não consegue proporcionar a todos os direitos constitucionalmente garantidos como à vida, à liberdade, à saúde, à educação entre outros.

Conforme Ana Flávia Messa e José Carneiro (2012, p.144):

A omissão do estado e a ausência de políticas públicas sérias, capazes de suprir as necessidades de sua população carcerária, foram os principais responsáveis pelo aumento da criminalidade e pelo nascimento das principais facções criminosas que atuam no país.

É sabido por todos que o sistema prisional brasileiro, por sua superlotação acaba não atingindo o principal objetivo de ressocialização, para que

indivíduo possa voltar ao convívio social. Dessa forma, todas as garantias legais em relação ao indivíduo são violadas e justamente por essa violação de direitos carcerários, bem como a violação social, faz com que nasçam essas organizações criminosas, com o objetivo de conseguir com as próprias mãos os direitos que o Estado não consegue proporcionar-lhes.

6.1 As Organizações Criminosas no Estado de São Paulo e Rio de Janeiro.

A primeira facção criminosa do estado de São Paulo foi formada no ano de 1984 dentro do presídio conhecido como Carandiru chama de Serpentes Negras. Já a facção mais conhecida do estado de São Paulo é o PCC (Primeiro Comando da Capital), que atua dentro e fora dos presídios e foi fundada no ano de 1.993. Sua primeira constituição tinha como líderes os denominados detentos: José Márcio Felício, César Augusto Roriz, José Eduardo Moura da Silva, Idemir Carlos Ambrósio, Misael Aparecido da Silva, Wander Eduardo Ferreira, Antônio Carlos Roberto da Paixão, Isaías Roberto do Nascimento, Ademar dos Santos e Antônio Carlos dos Santos.

No ano de 2002 o governo do estado de São Paulo conseguiu a transferência de alguns dos líderes dessa facção para outros estados, com a grande ilusão de que com essa medida a facção perderia suas forças e desaparecia, porém não foi isso que aconteceu, pois os principais líderes, José Márcio Felício e Cezar Augusto Roriz, associados com integrantes de outros estados, começaram a comandar atos de violência contra prédios públicos. Naquele mesmo ano os principais líderes dessa facção foram expulsos e atualmente quem detém o comando do PCC é o Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como Marcola.

Hoje essa facção não atua mais somente com o objetivo de garantir direitos constitucionais aos seus integrantes do qual o Estado é omissor e sim tem por objetivo também a obtenção de lucros, pois quadruplicou seu faturamento com o tráfico ilícito de entorpecentes, não só dentro dos presídios bem como nas ruas, pois quem deseja vender drogas têm que obter autorização dessa facção, que possui um

estatuto próprio com regras rigorosas a serem seguidas por todos os seus integrantes, dessa maneira eles fazem suas “próprias leis”.

Fora o PCC há também outras facções que atuam dentro e fora dos presídios no estado paulista, como a CRBC (Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade), fundada na penitenciária de Guarulhos no ano de 1.999, também existe a SS (Seita Satânica), fundada em 1.994 na Casa de Detenção de São Paulo.e por fim existe a CDL (Comissão Democrática de Liberdade), fundada no ano de 2002 na penitenciária de Avaré.

Já no estado do Rio de Janeiro atualmente existe três facções mais importantes, o TC (Terceiro Comando), que foi fundada no ano de 1994, no presídio de Ilha Grande, por integrantes do Comando Vermelho e por policiais que se deixaram corromper, passando para o lado do crime e dominando pontos de drogas. Outra facção conhecida por ADA (Amigos dos Amigos) foi constituída nos anos 90, nos presídios do Rio de Janeiro, aliando-se a facção do Terceiro Comando, pois tinha por finalidade reprimir a facção conhecida por Comando Vermelho, essa facção atualmente é a que possui mais lucros advindos do tráfico de entorpecentes.

Por fim, temos a facção CV (Comando Vermelho), foi criada no ano de 1979, no presídio Cândido Mendes, tendo por integrantes um misto de presos comuns e de políticos de esquerda, seus fundadores foram: José Carlos dos Reis Encina, Francisco Virato de Oliveira, José Carlos Gregório e Willian da Silva Lima, todos possuíam apenas um objetivo, lutar contra a ditadura militar. Essa facção na possui um líder, todos participam das decisões do grupo, um integrante pode até se sobressair, porém não delimita os poderes dos demais. Hoje em dia, o integrante que se destaca nessa facção é o Luiz Fernando da Costa, conhecido como “Fernandinho Beira Mar”.

Todas essas facções agem dentro e fora dos presídios, cometendo atrocidades em protestos contra o Estado, muitas vezes obtendo uma organização muito maior que o mesmo, colocando a sociedade em situação de alto risco, ainda mais quando essas atrocidades são cometidas por menores de dezoito anos, trazendo uma sensação de impunidade e uma grande insegurança jurídica, pois o Estado não possui meios eficazes de repelir toda essa estrutura dessas grandes organizações criminosas.

7 CONCLUSÃO

Contudo, conclui-se que com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988, aquela visão de situação irregular, que tratava de uma proteção somente para os abandonados, foi totalmente revogada, passando a obter uma situação regular para todos, criando-se assim a doutrina da proteção integral, com objetivo de uma prioridade absoluta.

Com isso as crianças e os adolescentes passaram a ter direitos de proteção absoluta, porém a realidade é outra, uma vez que esses indivíduos sofrem todos os tipos de violação na estrutura estatal, social e familiar. São explorados sexualmente, no trabalho e em muitos outros âmbitos. Por esse motivo, concluímos que eles não serão passíveis de sanção penal e somente ato infracional, pois têm excluída a culpabilidade, onde não terão responsabilidade penal e nem social pelo fato criminoso. Podemos perceber também que a redução da maioria penal, não resolveria em nada, como vimos, só agravaria o problema e restringiria ainda mais os direitos fundamentais desses indivíduos.

Desta forma, a medida que deve ser tomada é uma maior severidade na aplicação da pena dos integrantes dessas organizações criminosas, pois a reprovação social de um crime praticado por um menor induzidos por eles, é muito maior do que os crimes praticados pelos próprios integrantes dessas organizações, pois dentro do crime da autoria mediata temos duas vítimas o jovem que estará sendo privados de todos os seus direitos e o bem jurídico atingido pelo menor.

Logo, nota-se que o aumento de pena de 1/6 a 2/3 trazido pela Lei 12.850 de 2013, do qual refere-se a utilização dos menores por organizações criminosas, não está sendo suficiente para a inibição dessa prática. Por esse motivo, deve haver uma aplicação de pena mais severa à esses integrantes, como a vedação da progressão de regimes, no caso desses crimes com menores, com o fim de dar uma resposta social, pois é a sociedade que mais sofre com o medo e toda essa insegurança jurídica, bem como mostrar a esses autores mediatos, que é melhor eles mesmos praticarem o ato ilícito, pois assim terão direito a progressão de

regimes, diferentemente se fizeram uso do menor, que terá esse direito restringido pela gravidade do delito.

É evidente que o estado possui uma grande parcela de culpa nisso, tanto pela omissão da legislação, pela falta de leis mais rígidas, como pela omissão social e institucional, do qual não consegue atender a todos os cidadãos, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988. As desigualdades sociais geram grandes injustiças, fazendo com que o menor sem apoio e proteção, venha a delinquir e se tornar alvos dessas grandes organizações, que como já vimos atuam como uma empresa, com o fim de obtenção de lucros, utilizando-se de crimes absurdos, tratando os seres humanos como animais e da corrupção para atingirem seus objetivos.

Para diminuir essa problemática o Estado deve tomar providências para efetivação desses direitos violados, como políticas públicas: programas culturais e educacionais, retirando os jovens das ruas pelo maior tempo possível; assistências sociais para famílias carentes, com visitas periódicas; inserir penas e regimes mais severos para esses autores mediatos, com o fim de proteger os direitos fundamentais de toda a coletividade, bem como dos menores de idade e maneiras de estabelecer a igualdade social, para todos os cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO, Silva Franco. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, vol. I: parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva 2010.
- BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Manual funcional: estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997.
- CUNHA, JÚNIOR. Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Ed. Podivm, 2009.
- CURY, MUNIR. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**/Cury, Garrido e Marçura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ESTEFAM, André. **Direito penal**, parte geral 5.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.
- GRECO. Rogério. **Curso de direito penal** .10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 5º ed. Niterói: Impetus, 2010.
- HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trotta, 1998.
- KAMINSK, André Karst. **O conselho tutelar, a crianças e o ato infracional: proteção ou punição?** 1º Ed. Canoas: ULBRA, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizeti Liberaty. **Direito da criança e do adolescente**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011.
- AMIN. Andréa Rodrigues. et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos** .Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- MARQUES. José Frederico. **Estudos de direito processual penal** 2º ed. Campinas: Millennium, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Reinaldo Guimarães. **Crime organizado**.— São Paulo: SARAIVA, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 1984**. 11 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado: aspectos legais: autoria mediata: responsabilidade penal das estruturas organizadas do poder: atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVA, José Roberto Dantas de. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil: com as alterações promovidas pela Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite da idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos**. São Paulo: LTr, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º. a 120. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Fábio Silvestre da. **Futebol libertário: um jeito novo de jogar na medida**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1997.