

## **PENA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**

*Princípios para determinação legal do quantum*

### **I - Princípios e regras gerais de Direitos Humanos**

Toda decisão de mérito necessita ser, obrigatoriamente, fundamentada (art.93, IX CF); do contrário, torna-se nula (art. 563 e segts. CPP). Cumpre fundamentar a dosimetria da pena, especificando todas as circunstâncias que justificam o estabelecimento da reprimenda estatal, sob pena de nulidade, evitando-se desta forma qualquer arbitrariedade no conteúdo da decisão.

Ademais, ressalte-se. O poder judicial encontra limitações legais para a fixação do *quantum* de pena. É preciso respeitar integralmente os princípios de Direitos Humanos (art. 4º, II e art. 5º § 1º e § 2º CF), contidos nos instrumentos internacionais, aderidos pelo governo brasileiro, bem como aqueles de aceitação tácita universal, para a devida e correta aplicação dos dispositivos legais que regem o direito penal material e o direito penal formal (art. 3º CPP) interno.

### **II - Princípios de direito material – Código Penal**

*Princípio da humanidade (ou pro homine).* A pena não pode se caracterizar numa espécie de sanção cruel ou infamante, assim proíbe taxativamente a Constituição federal (inc. XLVII, “e”, art. 5º CF), em respeito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF), e também em nome do princípio da reintegração social do apenado (Lei nº 7.210/84, art. 1º).

*Princípio da proporcionalidade.* Se a sanção for desproporcional, maior que o próprio dano causado pelo crime, configura flagrante injustiça.

*Princípio da individualização da pena.* Cada autor, co-autor ou partícipe (art. 29 CP) na medida de sua culpabilidade, receberá a aplicação de sanção de acordo com a conduta individualizada (inc. XLVI, art. 5º CF cc. arts. 59 e 68 CP), onde se afere o dolo, os motivos do delito, a relevância para o cometimento do ato ilícito, com relação ao dano causado à vítima, na qualidade de titular do bem jurídico-penal “tutelado” pelo Estado.

*Princípio da legalidade (ou da reserva legal).* É na pena *in abstracto* que aponta o mínimo e máximo (inc. XXXIX, art. 5º CF), que o magistrado se pauta para a aplicação da reprimenda, sempre procurando realizar justiça *in concreto*.

*Princípio da aplicação da lei penal mais benigna.* Trata-se de especial norte do direito constitucional-criminal democrático (inc. XL, art. 5º CF cc. arts. 1º e 2º CP), que orienta para a interpretação da lei no momento da prolação da sentença judicial, onde predominam sempre as circunstâncias mais favoráveis ou que atenuam a sanção, frente as circunstâncias agravantes.

### **III- Princípios de direito formal – Código de Processo Penal**

*Princípio da imparcialidade.* O Estado-Juiz necessita, obrigatoriamente, ser ético, portanto, imparcial para proferir a decisão de mérito, em prol do prestígio da Justiça.

*Princípio do juiz natural.* Proíbe-se no regime democrático juízo de exceção (inc. XXXVII art. 5º CF), somente será legítima e justa a decisão proferida por juiz competente (art. 69 e segts. CPP).

*Princípio da congruência.* Entre a imputação e a sentença condenatória. A acusação produzida na denúncia ministerial deve estar perfeitamente integrada com a decisão condenatória prolatada pelo Poder Judiciário, a fim de não configurar julgamento extra-petita (condenação fora do pedido) ou ultra petita (além do pedido, a mais do requerido).

*Princípio in dubio pro reo.* A dúvida - no caso concreto – sempre estará a favor ou em benefício do réu, em todas as fases do processo, *ab initio*, desde de o início, até o último ato *ad unum*.

*Princípio da prova lícita.* Refere-se aos elementos probatórios permitidos em direito, onde a Carta Magna proíbe expressamente a produção prova ilícita (inc.LVI art. 5º CF e art. 157 CPP), para fins legais e feitos jurídicos, caracterizando nulidade absoluta.

*Princípio da prova concreta.* O Estado Democrático de Direito instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º “caput” CF) estabeleceu o sistema acusatório, que prima prevalentemente pelo asseguramento das garantias judiciais individuais das pessoas processadas criminalmente; portanto, o sistema judicial exige a comprovação efetiva da prova concreta, jamais se admitirá no sistema legal pátrio a análise de elemento probatório em base a conjecturas, probabilidades ou suspeitas.

*Princípio do livre convencimento.* O magistrado encontra-se atrelado aos ditames dos Direitos Humanos, da Constituição e das leis penais, sendo defeso - proibido - o envolvimento pessoal e por interesses de terceiros, o que configura suspeição (art. 95, I e 112 CPP cc. art. 14, II, 134/138, 312/313 CPC), de ordem coletiva ou pública, ou ainda, como conduz ou expõe a mídia (art. 155 c.c art. 381, inciso III CPP “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”).

#### **IV – Sistema trifásico para a aplicação da pena**

O direito penal brasileiro estabeleceu o denominado sistema trifásico para a aplicação da dosagem da sanção. É preciso apreciar três etapas para aferir imparcialmente e com maior justiça, o *quantum* da reprimenda (art. 68 CP) a ser aplicada, verificando a sanção cominada prevista no tipo penal em questão.

##### **1ª fase: Pena-Base**

Leva-se em consideração 8 (oito) circunstâncias judiciais (art. 59 CP).

- 1- culpabilidade
- 2- antecedentes
- 3- conduta social
- 4- personalidade do agente
- 5- motivos do crime
- 6- circunstâncias do crime
- 7- consequências do crime
- 8- comportamento da vítima

Quando as circunstâncias judiciais: **culpabilidade e antecedentes**, por serem objetivas, não há que se fazer censurabilidade, de ordem pessoal ou pública, na definição da culpabilidade, posto que vigora o direito penal de ato versus direito penal de autor, este vinculado a criminologia positivista, e aquele ao sistema acusatório democrático. A Constituição federal veda qualquer espécie ou tipo de censura, dentre elas as ideológicas (§ 2º art. 220 CF).

Não há que se confundir elementos do crime (imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de comportamento conforme o Direito) com culpabilidade limite da pena (maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado), sob pena de ocasionar *bis in idem*, dupla apreciação sobre circunstâncias similares.

É vedada a valoração de inquéritos policiais e ações penais que estejam em andamento para fins de recrudescimento da pena-base. É imprescindível a existência de decisão criminal com trânsito em julgado (Súm 444 STJ), para fins de garantir o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF)

Os efeitos negativos dos antecedentes não estão limitados pela lei, conforme a reincidência, no artigo 64 do Código Penal. No entanto, por similitude lógica, quando transcorrido o prazo de cinco anos, desde o cumprimento ou extinção da pena, recuperar-se-ia a primariedade e os bons antecedentes, do contrário configura extensão eterna dos efeitos das condenações anteriores.

Na **conduta social e personalidade do agente**, não se analisam as características pessoais do réu, posto que todos são iguais perante a lei e no tratamento ante os Tribunais (art. 5º I CF – princípio da isonomia). Não há que se fazer juízo de reprovação moral sobre a conduta do réu, para não configurar o malfadado direito penal do autor. A conduta social do agente não possui fundamento algum para aferição da periculosidade, trata-se de ideologia em base a teoria criminologia positivista, ultrapassada, do século XVIII-IX, lombrosiana e ferriana, há muito já revogada, pela legislação. A valoração da conduta social e da personalidade configura o direito de autor em detrimento da culpabilidade pelo fato cometido, direito penal de ato, adotado no sistema penal democrático.

Os **motivos, circunstâncias e conseqüências do crime**, são fatores precisos para a análise objetiva, do crime, que poderão ter íntima relação com o **comportamento da vítima**. Evitando-se a valoração de elementares ou de conseqüências naturais do ilícito praticado, já previstas no tipo penal, sob pena de dupla penalização, mais uma vez caracterizando *bis in idem*.

O **comportamento da vítima** diz respeito a sua forma de se conduzir socialmente, de demonstrar riqueza, facilitar ou provocar o crime, o que não justifica, mas esclarecem os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime.

Todos os itens expostos acima se relacionam com o dolo do agente como elementos objetivos e subjetivos da tipicidade, que integram o tipo penal (art. 18, inciso I, CP).

A doutrina e a jurisprudência nacional, e não a legislação vigente, criaram o chamado “**termo-médio**” para fins da dosimetria da pena-base, que resulta da soma entre o mínimo e o máximo cominado no tipo abstratamente, dividido por dois, onde o peso de cada circunstância judicial - positiva ou negativa - é calculado a partir do **termo-médio**, dividindo-se o resultado pelo número de circunstâncias.

À luz dos princípios de Direitos Humanos para a correta aplicação do cálculo da pena, o “**termo-médio**”, deve ser o limite legal para estabelecer o máximo da sanção em abstrato, ante as circunstâncias judiciais (art. 59 CP) negativas. A base da pena está na preponderância das circunstâncias favoráveis ao réu, para condicionar o seu *quantum*, sempre mais próximo do mínimo cominado, posto que logo a seguir vem a 2ª fase com adicionamento das circunstâncias legais (agravantes).

Nesta fase se deve dar prevalência as circunstâncias atenuantes frente as agravantes.

Na utilização do **termo-médio** o julgador parte da metade do *quantum* aplicável, o que faz estabelecer injustamente, o quantum da pena, desde o início, acima do mínimo legal. O melhor método seria efetivamente o calculo da pena mínima abstratamente prevista para o tipo, permitindo, desta forma, compensar as circunstâncias desfavoráveis.

As circunstâncias judiciais servem para a adequação do regime prisional inicial ou para a possibilidade de aplicação de medidas substitutivas da pena privativa de liberdade, como as restritivas de direito (arts. 43 e segts. CP).

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que aquele cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súm. 440 STJ).

## **2ª fase: Pena-Intermediária**

Circunstâncias legais (art. 67 CP). São as agravantes e atenuantes da pena.

As **circunstâncias agravantes** (art. 61 CP) elementos negativos que prejudicam o réu, na aplicação da pena.

Primeira circunstância agravante que deve ser levada em consideração de maneira objetiva, è a **reincidência**, que versa sobre o *princípio da presunção de inocência* (ou da não culpabilidade).

Para a fundamentação de aumento da pena se faz necessário a prova efetiva da culpabilidade através de condenações anteriores transitadas em julgado (inc. LVII art. 5º CF), a denominada reincidência de direito (art.63/64 CP), e não a reincidência de fato.

Não serve para efeito de reincidência, condenação anterior, que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos (art. 64 CP); para evitar a estigmatização eterna do indivíduo pela prática do mesmo crime.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, é defeso - é proibido ressaltar-se - ao magistrado considerar como maus antecedentes inquéritos policiais e ações penais, em andamento, para majorar a pena ou impor o regime prisional (Súm 444 STJ), mais gravoso, posto que na seqüência poderá ocorrer arquivamento ou absolvição.

Registros no Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95) não são passíveis de exasperação da pena, visto que não importa em reincidência (§ 4, art. 76).

**São também circunstâncias agravantes, o crime cometido:**

- a) por motivo fútil (leviano) ou torpe (repugnante, indecente)
- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, restando a circunstância demonstrada, o agente já estará respondendo pelo outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, pessoa maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida – vítimas indefesas;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade – a responsabilidade recai à autoridade negligente, participe ou co-autora;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada, com intuito de praticar ilícito doloso (§ único, art.18 e art. 19 do CP).

**No concurso de pessoas (art. 29, 30 e 31 CP), agrava a pena quando o agente:**

- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
- III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa

Na seqüência, devem ser aferidas com total espírito humanitário as **circunstâncias atenuantes** (art. 65 CP), que são elementos positivos que favorecem o réu, no instante da aplicação da pena (*cálculos de subtração ou diminuição do valor já determinado na 1ª e início da 2ª fase, são os descontos obrigatórios referente as circunstâncias judiciais e legais que agravaram a pena*).

A saber:

- agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, trata-se de dar maior oportunidade ao jovem-adulto primário.
- agente maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença, a fim de possibilitá-lo, inclusive de cumprir a pena em regime domiciliar.
- o desconhecimento da lei, é inescusável, refere-se ao conhecimento da ilicitude, onde o erro inevitável isenta de pena (art 21 CP).

- ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 15/16 e 91, I CP);
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, a confissão depende da declaração de arrependimento pela prática do ato;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou – circunstância alheia a vontade, carência de dolo.

Sempre predominam e prevalecem as circunstâncias atenuantes, para a definição da melhor dosimetria ou fixação do *quantum* da pena. Interpreta-se a lei no caso concreto, a favor e em benefício do réu, para a formação do convencimento, de acordo com as circunstâncias mais favoráveis ao acusado, assim determina o direito penal democrático.

Para não concretizar “*bis in idem*” ou dupla dosimetria indevida, pelos mesmos fatos, as circunstâncias idênticas ou semelhantes devem ser excluídas da dosimetria da pena.

Todas as circunstâncias que favorecem o réu são possíveis de consideração, assim trilha o direito constitucional-penal democrático brasileiro.

### **3ª fase Pena-Definitiva**

Na última fase do cálculo da pena, incidem as causas de aumento e de diminuição (art. 68, CP), prevalecendo a causa que mais beneficia o réu, aquela que diminui a pena, sem prejuízo da causa de aumento.

Quando da existência de concorrentemente entre **circunstâncias agravantes e qualificadoras**, desconsidera-se a agravante, permanecendo no cálculo apenas a qualificadora, porque neste caso a lei penal já aumentou a pena cominada referente ao tipo mais grave, ou seja, qualificado.

Na hipótese de **circunstâncias atenuantes e privilégios** na descrição típica, cabe perfeitamente o duplo crédito em favor do réu, objetivando a diminuição do cálculo para baixo ou mais próximo do mínimo possível; posto que as circunstâncias atenuantes somam-se ao tipo privilegiado, sempre em benefício legal ao réu.

E quando da continuidade delitiva (art. 71 CP) não se aplicam as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), porque aqui já estão sendo aferidas as condições de tempo, maneira de e execução, que seriam também, em outras palavras, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

É na terceira fase que o juiz definitivamente determina o *quantum* da pena privativa de liberdade e o regime inicial de execução (art. 33 a 42 CP) ou a sua substituição legal.

### **Danos e prejuízos resultantes do crime**

É preciso não olvidar os Direitos Humanos das vítimas de crime (Declaração de Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade - Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985).

A reprovação penal se procede ante os princípios de justiça dos Direitos Humanos e se fundamenta de forma objetiva e certa, não vaga e nem vazia.

O pagamento dos danos causados pela prática do crime (inc. IV art. 387 CPP - Lei nº 11.719/2008), para os fins de ressarcimento se dá independentemente de interposição de ação civil “*ex delicto*” (art. 63/68 CPP).

Sendo saldado, total ou parcialmente, os prejuízos do crime,, pelo réu, antes da sentença, se diminui diretamente o *quantum* da pena privativa de liberdade ou até se determina a sua substituição por outra espécie de sanção (**MAIA NETO**, Cândido Furtado, in “Direitos Humanos das Vítimas de Crime” Prática Penal, agraciada com Menção Honrosa do V Premio Innovare, 2008, governo federal).

### **Pena máxima ou unificação**

A pena definitiva não pode ultrapassar, em nenhuma hipótese fática, independentemente da gravidade ou do número de delitos cometidos pelo agente, o máximo de 30 anos de reclusão. Entendemos que este limite legal, deve ser interpretado para todos os casos e hipóteses, inclusive para o cálculo de livramento condicional, ainda que a Súmula 715 STF expresse ao contrário, porque na prática, em alguns casos pode configurar prisão perpétua. A Carta Magna (inc. XLVII “b” art. 5º CF) e os instrumentos internacionais de Direitos Humanos proíbem taxativamente, em nome dos princípios da humanidade e da ressocialização (art. 1º LEP).

Súmula 715 STF: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Súmula não é lei, não possui hierarquia com relação aos princípios gerais de direito e dos Direitos Humanos. Súmula representa e significa entendimento unificado de julgados ou jurisprudência, e esta se encontra como fonte secundário do sistema jurídico normativo, já os princípios como o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu encontram-se acima dos dispositivos legais.

O limite da pena se refere ao princípio da saturação, uma vez que o sistema constitucional-penal democrático proíbe sanção privativa de liberdade indefinida ou por vida, isto é a prisão perpétua. O legislador brasileiro condicionou em 30 anos, em outros países, este limite é até menor.

Se ao efetuar o cálculo o magistrado perceber que o *quantum* da pena está além do máximo estabelecido na lei (30 anos), deve parar e deixar de proceder qualquer soma aritmética, indicando na sentença o contido no artigo 75 e § 1º do Código Penal. Agindo desta maneira, o juízo de execução penal não precisará fazer reduções ou unificação de pena, visto que o juízo sentenciante em nome do princípio da lógica e da razão assim procedeu; e de pronto a execução da sanção inicia no limite máximo (art.105 e segts LEP).

*“Os juizes devem decidir todos os caso que lhes sejam submetidos com imparcialidade, baseando-se nos fatos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições e sem quaisquer outras influências...ou intromissões indevidas, ... diretas ou indiretas, de qualquer setor ou qualquer motivo”* (Princípio Básicos Relativos à Independência da Magistratura – ONU Res. 40/32, e 40/146/1985),

### **Pena abaixo do mínimo legal.**

Se no caso concreto o magistrado aplicar todas as circunstâncias favoráveis ao réu, ficando no mínimo cominado, e ainda, a pena-definitiva torne-se cruel ou injusta, poderá perfeitamente prescindir da sanção ou aplicá-la abaixo do mínimo cominado, por uma questão pura e obrigatória de Justiça com a letra “J” maiúscula.

Pena abaixo do mínimo é possível, nunca acima do máximo, este é o fator limitador absoluto, aquele é um critério relativo para o caso concreto, porque impera a interpretação normativa e principiológica mais amena ao réu. (Zaffaroni, E. Raúl: “*Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, trabalho referente ao Programa de Investigação do Instituto Interamericano de Direitos Humanos – OEA; e “*Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001; trad. ao português por Batista, Nilo; Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2003).

A redução da pena aquém do mínimo legal se justifica por dois motivos: a uma, em razão de que a lei não veda tal minoração; a duas, pelo fato de que a vedação fere o princípio da igualdade na fixação da pena.

O limite de atenuação da pena por circunstâncias legais é controvertido, ... primeiro, não existe nenhuma proibição legal contra atenuar a pena abaixo do mínimo legal, porque o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado – e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo; segundo, o critério dominante quebra o princípio da igualdade legal (no concurso de pessoas, onde correu com menor de 21 anos, este será prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais), porque os direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do princípio da legalidade. Aliás, a proibição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuante obrigatórias, constitui analogia in malam partem, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada – precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. Curitiba: Lúmen Juris, 2006, p. 588-589.) (sem negrito no original).

Aplicar pena abaixo do mínimo cominado, não se trata de ilegalidade alguma, é uma questão de Justiça, onde o magistrado possui o dever de realizá-la. O Código Eleitoral brasileiro (Lei nº 4.737/1965, artigo 289 e segts.) não comina pena mínima em abstrato, somente a máxima, como limite legal, havendo, portanto, a liberdade para aplicação do mínimo, onde prescreve detenção ou reclusão até 3 ou até 5 anos, por exemplo.

Note-se. A pena poderá, ainda, ser atenuada em razão de **circunstância relevante**, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66 CP).

### **Perdão judicial**

O que se imputa ao réu (ex. o crime), e o que se condiciona na pena, necessita de objetividade e certeza absoluta (**direito penal de ato**); por sua vez, tudo que beneficia ou favorece pode ser subjetivamente aplicado (ex. perdão judicial – art. 120 CP), pois trata-se da formação do livre convencimento do magistrado, em prol da realização da Justiça, porque esta sempre supera o Direito.

Na história da humanidade, (Evangelho segundo João - capítulo VIII - versículos 3 usque 11) tem-se a passagem do perdão àquela mulher que iria ser apedrejada até a morte, com aplicação da pena Capital, pela acusação da prática de adultério. Os escribas e fariseus trouxeram até a presença de Jesus Cristo uma mulher surpreendida em adultério, Jesus se levantou e lhes disse: aquele que dentre vós estiver sem pecado seja o primeiro que lhe atire pedra. *Jesus Cristo* mostrou e ensinou, com aquele exemplo, à todos, que até para os crimes mais graves (ex. o adultério naquela época) é possível aplicar perdão em nome e respeito, muitas vezes, da necessária compaixão, do amor, da consideração ao semelhante, da irmandade, da remissão, da comutação, do indulto, da indulgência, da graça, da clemência, da misericórdia, da fraternidade humana, acima de tudo em prol da Justiça.

No amor se baseia a Justiça de Verdade, como valor supremo onde residem os princípios reitores de Direitos Humanos.

É o amor que engloba a Justiça, e não ao contrário (Dom Paulo Evaristo Arns, Arcebispo, in “Uma nova ética para o juiz”, obra coletiva, Coordenador Nalini, José Renato, RT, SP, 1994)

O amor é um sentimento humano e pessoal, ao mesmo tempo único, coletivo e transferível; nos dizeres de Rui Barbosa, tudo se resume em 5 palavras: “**NÃO HÁ JUSTIÇA SEM DEUS**”, no coração e no espírito dos magistrados, como seres humanos.

O Estado é laico, mas o ser humano, profissional do direito não é um computador, possui convicção filosofia, crença religiosa, fé ou esperança na busca por dias melhores, para construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I, art. 3º CF).

Penalizar significa aplicar, interpretar e compreender com o uso da inteligência e da razão, a lei, para sempre recuperara os episódios lamentáveis, que pode acontecer a todos os seres humanos.

As lições de insígnies filósofos e juristas de renome internacional, demonstram categoricamente que:

**“As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública, são, por sua própria natureza, injustas...”** (BECCARIA, Cesare: Dos Delitos e das Penas, tradução de Antonio Carlos Campana, São Paulo, José Butshasky, 1978, p. 108);

Quanto aos males e efeitos negativos produzidos pela prisão, assevera o filósofo francês **“...entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução da qual não podemos abrir mão.”** (FOUCAULT, Michel: Vigiar e Punir, Ed. Vozes Petrópolis, p. 208).

### **Direitos Humanos**

Destacamos, as Diretrizes das Nações Unidas para os Representantes do Ministério Público (ONU/1990), de valor jurídico e moral, ante o princípio de permissão e adoção do direito comparado (art. 3º CPP), a saber:

*“De acordo com a sua legislação nacional, os representantes do Ministério Público examinam com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo aos processos de forma condicional ou incondicional ou de os transferir para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos do ou dos suspeitos e da ou das vítimas. Os Estados devem, para esse fim, examinar atentamente a possibilidade de adotar métodos de transferência dos casos presentes aos tribunais não só para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a formação da culpa e a condenação e os efeitos perniciosos que a detenção pode implicar”*(cláusula 18).

As Nações Unidas recomendam ao órgão acusador titular do “ius persecuendi”, o Ministério Público, que evite promover denúncias e a instauração de processos-criminais sem utilidade prática, que procure analisar com cautela todas as alternativas legais, para a solução da causa; bem como no instante de pleitear a condenação que utilize sempre o princípio da excepcionalidade da prisão, porque a detenção produz efeitos negativos estigmatizantes comprovados, assim na necessidade da ação penal, que para a prisão seja aplicada pena mais próximo do mínimo cominado.

Quanto maior for o tempo do encarceramento do apenado, mais difícil será sua readaptação social, tornando-se por conseqüência, o apenado, insolvente para os atos da vida civil futura.

A pena privativa de liberdade deve ser utilizada como *“ultima ratio”* das espécies de sanção previstas no direito constitucional-penal (art. 5º inc. xlvii CF cc arts. 32 e 43 CP); dando-se preferência as medidas substitutivas e/ou alternativas à prisão, (Regras Mínimas das Nações Unidas de Medidas Não Privativas de Liberdade - Regras de Tóquio Res. ONU 43/173/1990).

Neste diapasão, a novel legislação (Lei n.º 12.403/2011), a qual embora traga o já sabido por muito tempo – excepcionalidade da prisão preventiva – traz um rol de alternativas ao encarceramento provisório, na linha das alternativas da pena privativa de liberdade à luz das sanções restritivas de direito.

Incumbe ao Ministério Público a tutela dos interesses e Direitos Humanos fundamentais, indisponíveis e individuais da cidadania (art. 127 CF), especialmente a proteção e efetivação do respeito às garantias judiciais constantes na Constituição e nos instrumentos internacionais, em respeito a dignidade da pessoa humana, bem como, incumbe também e especialmente zelar pelo prestígio da Justiça (Lei nº 8.625/1993, artigo 43, II), pela correta interpretação e aplicação da lei (art. 257, II CPP), pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

**Publicado “APLICAÇÃO CORRETA DA PENA E OS DIREITOS HUMANOS:** Manual de Prática Penal Democrática”.

- Revista Prática Jurídica, nº 117, 31.12.2011, pg. 26/32, Ed. Consulex, Brasília-DF

**Autores:** Cândido Furtado Maia Neto. Professor. Pós Doutor em Direito. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Consultor internacional das Nações Unidas (MINUGUA 95/96), e Diego de Lima Soni. Advogado licenciado. Assessor Jurídico. Procuradoria Geral de Justiça. Ministério Público do Estado do Paraná.