**SINOPSE DE CASE:** HERMENÊUTICA E DIREITO PENAL: O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A (IN) EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.¹

Karoline Silva Costa ²

**1 Descrição do Caso**

Na comarca de Timon, o Ministério Público denunciou José Vargas da Rosa previsto no art.155,§4º,I.c.c o art.14,II ambos do CP, pois este tentou subtrair para si, arrombando cadeado do portão da residência, diversos objetos como: escova de dentes, toalhas de banho, chinelo, fio dental, shampoo, chuveiro elétrico, controle de alarmes, entre outros artigos que somados totalizavam o valor de R$63,00 (sessenta e três reais). Jose Vargas da Rosa só não consumou o fato delituoso porque os vizinhos perceberam o fato e denunciaram para o patrulhamento da policia militar que prendeu o denunciado em flagrante.

Feita a denuncia este recebeu como sentença: pena- base fixada em 01 ano e 4 meses de reclusão, pela reincidência aumentada em 6 meses, ante a confissão diminuída em 4 meses, pela tentativa, foi diminuída em 2/3, tornada definitiva em 6 meses de reclusão em regime semiaberto, mas pecuniária de 10 dias- multa, à razão mínima. A Defensoria Publica apelou buscando a aplicação do ‘‘ principio da bagatela’’ou pela insuficiência probatória, para que o denunciado tenha um regime menos gravoso.

**2 Analise do Caso**

Em analise inicial irá se fazer um apanhado de informações como a relação entre liberdade individual e a efetivação de direitos fundamentais, o Principio da Insignificancia, o direito penal como ‘‘ultima ratio’’da ingerência de controle estatal,direito penal mínimo, Principio da vulnerabilidade social e a co-culpabilidade da sociedade como atenuante genérica pautado no art.66 CP, para nortear a decisão da apelação deste caso.

**3 Possível Solução**

Jose Vargas da Rosa tentou furtar uma residência e vários eram os artigos que somados totalizavam o valor de R$63,00(sessenta e três reais) e que se for levar em conta os argumentos a seguir este não deveria ser preso.

A Constituição é uma carta onde todos os direitos sejam estes individuais ou coletivos, que estão presentes de forma expressa, e em um Estado Democrático como o Brasil é de grande importância a presença desses direitos .A Constituição Federal de 1988 está repleta de leis voltadas para enaltecer o valor da maior conquista da Constituição de 1988 que são os direitos fundamentais.

Assim nota-se que a Constituição é onde se encontra o ponto alto da hermenêutica do direito, afinal todas as leis infraconstitucionais derivam da interpretação das leis presentes na Constituição, assim violando-se, por exemplo, os direitos fundamentais seria assim violar os próprios princípios da Constituição ferindo a materialização do direito contido na Constituição. (STRECK, 1999).

De acordo com isso se formos analisar o caso a partir do momento em que o direito liberdade de Jose Vargas da Rosa é restringido pelo direito penal sob forma da pena restritiva de liberdade, esse direito a liberdade foi desrespeitado uma vez que se for olhar sob a óptica do principio da insignificância o valor de R$63,00 reais e totalmente irrelevante para o direito penal.

De acordo com o principio da insignificância todos os bens jurídicos são protegidos pelo direito penal, mas essa proteção se estende a bens que tenham grande importância e se houver lesão a este que reflita diretamente ao direito penal.

É sabido que o direito penal não outorga proteção absoluta aos bens jurídicos; que não constitui um sistema exaustivo de ilicitudes, e sim descontinuo.Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim os mais fundamentais, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão- só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer- se fragmentaria essa proteção(caráter fragmentário ), pois se concentra não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja imprescindível.(QUEIROZ, p.95, 2002).

O principio da insignificância tem o poder de limitar o poder estatal, pois este norteia o legislador sobre quais os bens deverá ser protegido pela lei penal e assim enquadra nesta lei as condutas que serão reprovadas levando em consideração se estas condutas são aprovadas socialmente, assim sendo estes bens tutelados escolhidos como fundamentais pelo caráter fragmentário do direito penal. (GRECO, 2014).

Assim observa-se que por mais que Jose Vargas da Rosa tenha tentado furtar e tenha feito um rompimento de obstáculo o valor não era alto e levando em conta que os valores de cada objeto era totalmente irrelevante para o direito penal.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (BITENCOURT, 2012, p. 109).

O poder legislativo é que determina os bens jurídicos que iram ser tutelados pelo direto penal não cabendo nem ao interprete, juiz ou qualquer outro individuo apontar qual será o bem a ser protegido uma vez que esses bens estarão de forma taxativa respeitando também o principio da legalidade (BITENCOURT, 2012).

O direito penal como ultima ratio ou principio da intervenção mínima do controle de ingerência estatal é responsável pela seleção de bens que merecem ser protegidos pelo direito penal e se esses merecem a atenção necessária e devida da lei penal. (GRECO, 2014).

O direito penal como ultima ratio é porque este só deverá ser acionado quando todos os outros ramos do direito se tornarem insuficientes para proteger determinado bem jurídico tutelado.(GRECO, 2014).

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo principio de intervenção mínima. Com isto quero dizer que o direito penal só deve intervim em casos de ataques muito graves a os bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves de ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito. É partir daí que se diz que o direito penal tem caráter subsidiário frente aos demais ramos do ordenamento jurídico.(CONDE; ARÁN,p.79, 2000).

O caráter subsidiário que o direito penal possui , que este só devera agir quando todos os demais ramos do direito penal falharem ,surge de acordo com CONDE e ARÁN(p.80, 2000) :

A afirmação do caráter subsidiário do direito penal tem sua origem na teoria das normas que formulo a princípios do século XX do penalista alemão Binding. O ponto de partida deste autor é sua distinção entre norma e lei penal; o delinqüente infringe com sua conduta a norma e cumpre a lei penal no que tem de mais que uma função sancionatória de ações proibidas pelas normas.(CONDE;ARÁN,p.80, 2000).

A subsidiaridade do direito penal resulta do fato que o direito penal é constituído de leis infraconstitucional que são elaboradas respeitando a constituição e o que esta defende como fundamental, pois o direito penal tem caráter de auxilio aos demais ramos do ordenamento jurídico. (QUEIROZ, 2002).

De fato, positivamente, esse nexo de subsidiaridade decorre, em primeiro lugar, da Constituição Federal, fundamento que é de validade da ordem jurídica constituída e que, como diz Hesse, estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, convertendo-se , assim, em elemento de unidade. Com efeito, o bem jurídico e o ilícito, como conseqüência da necessidade de lhe conferir (conferir ao bem jurídico) efetiva proteção jurídica, nascem originariamente na Constituição do país e só derivadamente na ordem infraconstitucional, como sistematização ou concretização do ilícito penal, por sua vez, conecta-se subsidiariamente nos demais ramos do direito, em razão de ser, como já consignado, o mais rigoroso e extremado modo de tutela jurídica. A constituição cria potencialmente o direito penal, fixando-lhe as bases e os limites. Assim ao prescrever, por exemplo, que o direito à vida é inviolável, a Constituição (art.5º) necessariamente cria um ilícito originária e genericamente,consistente na violação do bem jurídico ‘‘vida’’, bem jurídico cuja proteção infraconstitucional culminará com previsão do ‘‘crime de homicidio’’(CP,art.121).(QUEIROZ,p.59, 2002).

O direito penal também tem como explicação para seu caráter subsidiário este ter influencia do controle social formal uma vez que a sociedade inteira tem participação na formulação do direito penal não diretamente mais influenciando a a partir de seus juízos de valores entre o certo e o errado o tolerável e o não tolerável.

A intervenção penal, em conseqüência, somente se justifica para composição de conflitos- e um direito penal que se ocupa de relações não-conflitivas é manifestação do mais puro arbítrio- quando a superação dessa conflitividade já não se possa confiar, exclusiva ou alternativamente, às próprias pessoas diretamente envolvidas, à família ou à comunidade, a exigir uma interferência exterior e extremada; quando esse mesmo conflito, por sua transcendência, não possa ser suficientemente reprimido pela força da censura das convenções sociais, da opinião publica, da moral, da religião ou, conforme o caso, pelas normas disciplinadoras do esporte, do trabalho, da escola, dos grêmios, dos condomínios e etc.; ou que melhor possam ser prevenidos pela ciência, pela informação, pela assistência social ou, os casos mais graves, pela execução de sanções extrapenais, do direito civil, do direito comercial, do direito trabalhista, do direito tributário, do direito administrativo etc.[...] sendo subsidiário também diante da autonomia da vontade dos seus destinatários, segue-se que o direito penal não vai alem, dos limites da própria vontade destes, em que lhes competem exercer, por assim dizer, seu autopoliciamento, exercitar sua jurisdição intima, ditada por sua livre vontade e consciência. Pois ao Estado cabe, por meio da cirurgia penal, ater-se a só repressão de abusos nocivos a interesse alheio, não se tolerando intervenções arbitrarias, para só lhes ditar a submissão aos valores oficiais dominantes. (QUEIROZ, p.65-69, 2002).

Se for analisar também o direito penal mínimo em que é necessário que tenha havido uma lesão a um bem tipificado como crime e que sua punição seja necessária uma vez que se houver uma conduta que irá ferir a um terceiro. (CARVALHO, 2008).

O modelo teórico minimalista caracterizar-se-ia por dez restritições

ao arbítrio legislativo ou erro judicial. Segundo este modelo, não

se admite nenhuma irrogação depena sem que tenha sido cometido um

fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição,

gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade

e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e,

além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz

imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante

procedimentos pré-estabelecidos em lei. (CARVALHO,p.82, 2008).

O modelo garantista minimalista do direito penal visa dar ao legislador e ao interprete uma noção de interpretação principiológica de todos aqueles princípios que regem o direito penal para estes, em estados com uma constituição democrática como a do Brasil, sejam efetivados os laços formais e materiais das leis e de decisões. (CARVALHO, 2008).

Viabiliza ao intérprete uma principiologia adequada para (des)legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade);teoria da pena (princípio da prevenção dos delitos e castigos);e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).(CARVALHO,p.83, 2008).

Segundo Ferrajoli(2002) para que não haja um erro de tipo penal e uma segurança de aplicabilidade das normas penais é necessário que :

Não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e,além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.( FERRAJOLI, p.83, 2002).

O direito penal mínimo é equivalente ao maior grau de tutela das liberdades dos indivíduos diante do poder punitivo, a uma aspiração de racionalidade e certeza eliminando a responsabilidade penal. (FERRAJOLI, 2002).

Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão *é o* critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dúbio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.(FERRAJOLI, p.84, 2002).

A certeza que o direito penal mínimo garante é que nenhum individuo inocente seja punido, versada pelo principio do in dúbio pro reo em cima do sentido de que até que se prove a culpabilidade do individuo este não poderá ser punido. (FERRAJOLI, p.84, 2002).

De acordo com o principio da vulnerabilidade social todos os indivíduos devem ser tratados como igual na situação em que se encontram economicamente não aceitando assim uma desigualdade, o que não quer dizer que todos os indivíduos e uma sociedade precisam ser iguais e necessariamente terem as mesmas coisas. (CARVALHO, 2008).

Assim o principio da vulnerabilidade social irá explicar que o sujeito na hora que comete um fato delituoso é apenas observado a conduta reprovável do sujeito e sua culpabilidade, todavia não observa-se que fatores influenciaram para que o individuo cometesse tal conduta.

A explicação dada por esse principio é a que o individuo que tem menos oportunidades de crescer economicamente e socialmente ele tem uma menor capacidade de se determinar perante as necessidades enfrentadas por não ter tido uma maior oportunidade do que os outros indivíduos.(CARVALHO, 2002).

O entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar aos indivíduos mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.(CARVALHO, p.73, 2002).

Assim se a sociedade provê poucas oportunidades e recurso para aquele individuo, e este transgrida as regras impostas pela sociedade e cometa um fato delituoso essa mesma sociedade terá que arcar com a parcela de culpa que possui uma vez que não ofereceu iguais oportunidades aos indivíduos que compõe a sociedade, visto que teve indivíduos na sociedade que tiveram um leque de oportunidades e outros não tiveram nenhuma,assim havendo a co-culpabilidade da sociedade como atenuante do fato delituoso. (CARVALHO, 2002).

O Código Penal em seu art.66 diz que : ‘‘A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstancia relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei’’(BRASIL, 1940) .

Esse artigo por mais que não deixe explicito alguns doutrinadores acreditam que este dispositivo deixa uma margem para a interpretação mais ampla dos motivos relevantes que levaram o individuo a cometer o fato delituoso como a situação financeira decorrente da falta de oportunidades, e até mesmo a questão de uma qualidade de ensino que possa fazer com que o individuo tenha uma qualificação e conteúdo intelectual para poder se firmar diante das dificuldades ou dos motivos que possa fazer com que o influencie a cometer o fato delituoso.(CARVALHO, 2002).

Nota-se, antes de tudo, que tais circunstancias são constatáveis empiricamente no processo, isto é, são passiveis de refutação , objetivando a avaliação e diminuindo o arbítrio.Mais, não direcionam a culpabilidade a um juízo sobre o ser do autor . Representam, em realidade, dados fáticos(objetivos) na relação conduta-delito. Importante que se diga que não há, de forma alguma, revificação de um modelo penal de o autor, mas sim uma otimização do direito penal do fato, visto que a analise é centrada na real capacidade de o autor socialmente referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o direito. (CARVALHO,p.75, 2002).

Assim observa-se que a partir disso houve uma reformulação do entendimento da parte geral do código penal na hora de fixar a pena do individuo. (CARVALHO, 2002).

A reformulação dos critérios de aplicação da pena é concebida da seguinte forma:’’o juiz atendendo à culpabilidade, antecedentes,reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstancias e conseqüências do crime e ao comportamento da vitima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena” .(CARVALHO,p.79, 2002).

Portanto diante de todas as fundamentações expostas anteriormente observa-se que Jose Vargas da Rosa não pode ser preso e o regime de pena diante do fato cometido não tem cabimento assim devendo o réu, citado como culpado ser inocentado.

**REFERENCIAS**

BITENCOURT, Cesar Roberto**. Tratado de direito penal**: Parte geral, 1. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Parte Especial, 1984. In: **Código Penal**, 1940. Brasília, DF, Senado, 1984.

CARVALHO, Salo de., CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONDE,Francisco Munõz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte geral. 4ºedição.Valencia,2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2002.

GRECO, Rogério**. Curso de direito penal**: parte geral, volume 1. 16. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Carater Subsidiario do Direito Penal:** Lineamentos para um direito penal mínimo.2º edição.Belo Horizonte,2002.

STRECK,Lenio Luiz. **Hermenêutica Juridica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito.Porto Alegre, Livraria do Advogado,1999.