

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUDMILA MOREIRA

**O TRATAMENTO PENAL DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ESTUDO DE CASO**

VOLTA REDONDA

2019

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**O TRATAMENTO PENAL DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ESTUDO DE CASO**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Ludmila Moreira

Professor Orientador:

Ricardo Fernandes Maia

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

O tratamento penal da Extorsão mediante sequestro e o princípio da proporcionalidade:
estudo de caso

Elaborado por Lucimila Moreira apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 28 de Outubro de 2019

Banca Avaliadora:

.....

Professor Orientador - Unifoa

.....

Professor Avaliador - Unifoa

.....

Professor Avaliador - Unifoa

Á Deus por ter me permitido chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ser o meu refúgio e por me sustentar nos momentos difíceis da minha vida, dentre eles, a internação médica do meu pai. Agradeço a Deus também, por conceder a família Ota, com toda a sua benevolência, a graça incondicional que é o perdão aos condenados pelo crime. À minha família, em especial minha mãe, a pessoa mais presente em minha vida. Ao meu orientador Ricardo Maia, pela atenção, instrução e incentivo nesta caminhada.

Devemos amar todas as pessoas, sem distinção de cor ou raça. Todos precisam de amor, carinho e respeito. Só dando amor, carinho e respeito é que podemos exigir o mesmo para nós. Devemos amar os homens, os animais e a natureza (IVES OTA).

RESUMO

A Extorsão mediante Sequestro integra o rol dos tipos penais mais graves no ordenamento jurídico-penal brasileiro. A presente pesquisa funda-se na apresentação do tipo penal previsto no artigo 159 do Código Penal e por toda sua extensão pela legislação pátria, vinculando-o ainda ao princípio da Proporcionalidade, caracterizado como indispensável no Direito Penal e assimilado como fator de ponderação e equilíbrio entre a conduta cometida e a sanção estatal. Deste modo, abordar-se-á o caso Ives Ota, de eminente repercussão nos anos 90, engendrando uma análise sob a conduta dos agentes e da intervenção estatal, que aplicou a sanção penal de forma adequada e em justa medida, assegurando direitos fundamentais instituídos na legislação vigente.

Palavras-chave: extorsão mediante sequestro; princípio da proporcionalidade pena; privativa de liberdade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O TRATAMENTO PENAL DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO.....	11
2.1 O tratamento da extorsão mediante sequestro no código penal brasileiro.....	11
2.2 O tratamento da extorsão mediante sequestro na lei de crimes hediondos n° 8.072/90.....	14
2.3 O instituto da delação premiada e o seu aperfeiçoamento com a lei da organização criminosa n° 12.850/13.....	17
2.4 A extorsão mediante sequestro e suas qualificadoras.....	19
3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA DIMENSÃO NA SEARA PENAL	22
3.1 Breve contexto histórico.....	22
3.2 Aplicabilidades e ponderações.....	23
3.3 O desvalor da conduta.....	28
3.4 O desvalor do resultado.....	32
4 CASO CONCRETO.....	35
4.1 Ives ota: desenvolvimento (modus operandi).....	35
4.1.1 A aplicabilidade da pena privativa de liberdade aos condenados concomitante ao princípio da proporcionalidade.....	38
5 CONCLUSÃO.....	43
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte da discussão de um tipo penal em sua mais ampla extensão, estruturada em fundamentos articulados pelos mais respeitados penalistas do ordenamento jurídico brasileiro, utilizando a legislação penal vigente do país e a aplicação de princípios constitucionais implícitos, com o emprego de materiais como: livros jurídicos, legislação penal e constitucional, jurisprudências, artigos científicos e teses de mestrado.

O presente estudo tem por objetivo delimitar em seu segundo capítulo o Tratamento Penal da Extorsão mediante Sequestro no Código Penal Brasileiro, usando como base seu texto legal, com previsão no artigo 159, da legislação penal vigente.

Não obstante, inserir posteriormente suas qualificadoras como elementares do tipo, causa de diminuição de pena como o Instituto da Delação Premiada, tipificada na Lei 9.269/96, que posteriormente foi aperfeiçoada com a Lei de Organização Criminosa nº 12.850/13, e a influência da Lei de Crimes Hediondos nº 8.072/90, causadora de grande impacto e mudanças no referido delito.

O terceiro capítulo tem como escopo a conexão entre a esfera Penal e o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, que é juridicamente introduzido na relação de aplicabilidade da sanção penal e gravidade do crime, todavia respeitando direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal ante a pessoa do agente, não obstante balanceado à repressão da conduta.

Busca-se um breve contexto histórico para compreender a origem e utilização da sanção penal como punição e instrumento de repressão de comportamentos que ameaçavam a vida em sociedade.

As aplicabilidades e ponderações constitucionais são feitas adentrando ao tipo penal, podendo ser identificada desde a tipicidade, sendo ela uma definição abstrata de uma conduta, perpassando pela antijuridicidade, entre a conduta e o Direito, e a sua consequência jurídica.

O subcapítulo que trata a respeito do desvalor da conduta, ainda no capítulo três, busca o conceito penalmente relevante do termo, a princípio, para então

definirmos de forma substancial o que é o seu desvalor, para em seguida adentrar a sua reprovabilidade que concerne a elementos constantes na ação ou omissão do agente (dolo e culpa).

O desvalor do resultado, descrito no subcapítulo posterior ao desvalor da conduta, é fundamentado como pressuposto lógico desta, uma vez que sem a conduta não há resultado, tampouco seu grau de reprovação, que incide diretamente na desaprovação de lesão ao bem jurídico tutelado.

É imperioso ressaltar, que foi feita uma narrativa do caso concreto, que integra o último capítulo desta pesquisa, desenvolvendo a conduta dos agentes que cometeram esse tipo penal (modus operandi). Não obstante, realizou-se uma análise da aplicabilidade da pena restritiva de direito aos autores do delito que, neste estudo, verticalizada ao princípio da proporcionalidade, exprime o encaixe perfeito da norma penal incriminadora ante a ação, não ultrapassando a responsabilidade da pessoa do agente.

2 O TRATAMENTO PENAL DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

O Direito Penal se insere na relação indivíduo e sociedade, em que a figura do Estado como estrutura própria e politicamente organizada introduz sanções aos indivíduos que praticam delitos, violando direitos e ameaçando bens jurídicos pertinentes a vida em sociedade. Por conseguinte, objetivamente, depreende-se o tratamento penal de condutas que o Estado busca repelir, dentre elas, a Extorsão mediante Sequestro e todas as particularidades que a envolvem.

2.1 O tratamento penal da extorsão mediante sequestro no código penal brasileiro

O crime de Extorsão mediante Sequestro, com previsão no dispositivo legal artigo 159 do Código Penal brasileiro, compõe o rol de tipos penais mais graves, possuindo a maior pena de reclusão prevista em nosso ordenamento jurídico, qual seja de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

Na percepção de Cleber Masson, “A extorsão mediante sequestro é crime complexo, pois resulta da fusão de outros dois delitos: extorsão (CP, art. 158) e sequestro (CP, art. 148). Desta forma, a lei penal tutela bens jurídicos, a saber, o patrimônio e a liberdade individual” (MASSON, 2014, p. 467).

Sob a luz do Código Penal, é possível verificar os elementos indispensáveis ao reconhecimento do tipo penal, por meio do artigo 159: “Sequestrar pessoa com o fim de obter para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate” (BRASIL, 1940).

Isto posto, identifica-se os elementos que caracterizam o tipo penal em tela, diante da: privação da liberdade de alguém e o especial fim de agir, que determina especificamente o desígnio do agente, em obter para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate.

Os respectivos parágrafos inferem:

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

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

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

Pena – reclusão, de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3º. Se resulta a morte: Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

§ 4º. Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Impreterivelmente, há de se falar que, embora o caput do dispositivo legal não mencione de forma expressa que a “vantagem” seja indevida, deve-se assimilar de forma intrínseca ao tipo penal, sendo esta de caráter econômico.

Para Cleber Masson o “qualquer vantagem”, está ligado intrinsecamente a vocábulo “econômico”, todavia a doutrina diverge acerca do fato, por exemplo, referenciando Damásio E. De Jesus:

[...] “a expressão ‘qualquer vantagem’ diz respeito a ‘qualquer vantagem mesmo’, sendo irrelevante que seja devida ou indevida, econômica ou não econômica. Se exigirmos que a vantagem seja econômica e indevida, como ocorre na extorsão, não estaremos diante da tipicidade do fato, uma vez que o CP fala em ‘qualquer vantagem’, não a especificando” (JESUS *apud* MASSON, 2014, p. 470).

Ademais, Carlos Maximiliano contextualiza a relação e interpretação sistemática da lei, de forma precisa e indulgente quanto à conclusão de que a vantagem econômica está intrínseca ao tipo penal:

Consiste o *processo sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sistema. Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrastado* pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese, do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral. (...) Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço (MAXIMILIANO *apud* MASSON, 2014, p. 470 - 471).

Isto posto, pormenoriza que não é toda e qualquer vantagem indevida, eis que o objeto que incide na infração analisada, tem por obrigação ter relevante valor econômico, tendo em vista estar incluso no Título Dos Crimes contra o Patrimônio.

Neste sentido Cleber Masson cita Luiz Regis Prado, da seguinte maneira:

No que tange à vantagem descrita no tipo, simples interpretação do dispositivo induziria à conclusão de que não deva ser necessariamente econômica. Contudo, outro deve ser o entendimento. De fato, a extorsão está encartada entre os delitos contra o patrimônio, sendo o delito-fim, e, no sequestro, apesar de o próprio tipo não especificar a natureza da vantagem, parece indefensável entendimento diverso [...] (PRADO *apud* MASSON, 2014, p. 471).

Desta forma, há que se estabelecer uma diferença entre o que se pretende sequestrar, logo esmiuçamos o artigo 159, que trata somente do sequestro de pessoas, não atribuindo a figura do animal nesta circunstância.

Victor Eduardo Rios, analisando o dispositivo legal o exemplifica:

[...] Por isso, a captura de animal de estimação seguida de pedido de resgate para não matar o animal, constitui o crime de Extorsão (*in genere*) do art 158 do Código Penal. Da mesma forma, a subtração de cadáver para exigir resgate da família não constitui Extorsão mediante Sequestro, e sim crime de subtração de cadáver do art 211 do Código Penal (GONÇALVES, 2018, p.380).

Destarte, trata-se de um crime comum, pois pode ser cometido por qualquer pessoa, não exigindo qualquer tipo de qualidade ou atribuição específica por parte do agente; formal, pois se consuma com o próprio independente do resultado; comissivo, pois é derivado de uma ação do agente; permanente, eis que se consuma com uma única conduta, porém sua ilicitude se estende porquanto tempo queira o agente; de dano, pois se consuma de fato com a lesão ao bem jurídico pretendido; plurissubsistente, pois demanda uma série de atos com o fim de compor o delito; unissubjetivo, pois uma única pessoa é capaz de exercer todo o iter criminis que demanda o tipo penal (GRECO, 2009).

Neste sentido, afirma Edgard Magalhães Noronha citado por Cleber Masson:

Para a consecução desse estado de submissão à vontade do agente, não distingue a lei os meios de que este se pode valer. Pode agir por violência física, ameaça, fraude, ou com o emprego de qualquer meio (álcool, narcóticos, hipnose). O que se requer é a idoneidade do meio empregado para segregar a pessoa (MAGALHÃES *apud* MASSON, 2014, p. 469).

Insta salientar, que possui como elemento subjetivo do crime, o dolo e por oportuno se divide em espécies que se apresentam na forma simples, conforme o caput, qualificada pelo resultado (§§2º. e 3º) e como causa de diminuição de pena (§4º), que serão objeto do presente estudo dos próximos subcapítulos.

Portanto, constata-se que o crime de Extorsão mediante Sequestro incumbe somente à vantagem patrimonial, ou seja, de caráter econômico, todavia, pode-se atribuir outras vantagens em outros tipos penais, entretanto não no caso em tela.

2.2 O tratamento penal da extorsão mediante sequestro na lei de crimes hediondos nº 8.072/90

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988 foi possível inferir o termo “hediondo” ao nosso ordenamento jurídico, que expressa:

Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

Após a promulgação desta, o Congresso Nacional foi submetido a inúmeros projetos de lei que intencionavam regulamentar a matéria, arrolando diversos tipos penais que se enquadravam no referido termo, tendo em vista, que o inciso aludia possibilidades para lei complementar que considerasse o referido teor. Isto posto, a Lei nº 8.072/90 de 25 de julho de 1990, intitulada a reprimir a ocorrência de crimes considerados abomináveis, foi dado então o nome de “Lei de Crimes Hediondos”.

Logo, é de notório saber que o Poder Legislativo não inferiu novos tipos penais, mas tratou dos que já existiam, selecionando aqueles em que a sociedade civil avista com ojeriza, e que automaticamente remete ao agente uma escala maior de periculosidade.

Inquestionavelmente, como resultado, incluiu-se o artigo 159 do Código Penal no rol de Crimes Hediondos.

Conforme o texto da supracitada lei, a seguir:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

IV. Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) (BRASIL, 1990).

O propósito em caracterizá-lo dessa forma, era minorar a onda de delitos desta espécie que afligia a população brasileira no final da década de 80, contudo, não foi o que ocorreu.

Sob a autoria de Damásio de Jesus, referenciado Diana Paula de Souza, foram proferidas as seguintes razões:

A criminalidade, principalmente a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: a justiça morosa e a legislação liberal, criando a certeza da impunidade. [...] Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro, etc. vêm [sic] intranqüilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade (JESUS *apud* SOUZA, 2005).

Ante a cobrança da sociedade atrelada a penas mais rigorosas em consonância ao entendimento de renomados doutrinadores, o referido tipo penal estava se tornando uma prática habitual, ainda que denominado como hediondo.

Com base na Teoria Mista, Unificadora ou Eclética, admitida em nosso ordenamento jurídico, originada do conceito de Teoria da Pena, tangenciou ao Estado o dever de se revestir de caráter retributivo, em conformidade com o seu poder limitador de punir, o que culminou na majoração de pena para o crime de Extorsão mediante Sequestro em toda sua extensão. (JUSBRASIL, 2014).

Nesta logicidade, o Código Penal de 1940 importava ao artigo 159, sanções penais aparentemente consideradas brandas, tanto na duração da pena privativa de liberdade, quanto na inserção de pena de multa, que eram cumulativamente impostas ao agente.

Desta forma, contextualizou-se o tipo penal na referida lei, objetivando um rigor ao delito e principalmente transmitir segurança ao povo brasileiro, que naquele instante indiscutivelmente se exigia.

Ocasionalmente, haveria um crime hediondo, quando toda vez que uma conduta delituosa estivesse repleta de gravidade, durante a execução ou que revelasse desprezo pela vítima, no que tange ao sofrimento físico e moral, a que a

submete, quanto pela natureza do bem jurídico ofendido ou ainda pela especial condição da vítima (MONTEIRO, 2008).

Verificou-se então uma modificação ante a égide da lei sob o artigo, que objetivou a princípio, exterminar a aplicação de multa, que na visão de Cleber Masson, é considerado um erro, fazendo vigorar apenas a aplicação de sanções privativas de liberdade em grau mais elevado:

[...] a Lei 8.072/90, com o propósito, até mesmo desesperado, de tratar com maior rigor o responsável pela extorsão mediante sequestro, incidiu em um grande equívoco, ao deixar de cominar ao crime, em todas as suas variantes, a pena de multa. Este erro, datado de 1990 e ainda não corrigido, é imperdoável. Em um crime motivado por uma especial forma de motivo torpe, a cupidez, consubstanciada na busca desenfreada pelo locupletamento ilícito, a sanção pecuniária é de fundamental importância. O Estado deve, mediante a imposição de pena, atacar o patrimônio do condenado que revelou desprezo relativamente aos bens alheios (MASSON, 2014, p. 467).

Dado o exposto, anteriormente a vigência da lei, o caput do artigo 159, em sua forma simples, apresentava sua pena, com o tempo de reclusão de 06 (seis) a 15 (quinze) anos, e multa em réis (moeda da época), por conseguinte, com a vigência da lei, excluiu-se a inserção de multa, elevando a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão (BRASIL, 1940).

No código penal de 1940, o parágrafo §1º decorreu-se da mesma forma, anteriormente apresentava uma pena com o tempo de reclusão de 08 (oito) a 20 (vinte) anos, com a aplicação de multa, que posteriormente se tornou de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão, isento de multa.

No parágrafo §2º, anteriormente de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, com inserção de multa, posteriormente iniciando em 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, isento de multa (BRASIL, 1940).

No parágrafo §3º, o Código Penal de 1940, anteriormente de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, com inserção de multa, posteriormente alterado iniciando em 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos de reclusão, isento de multa (BRASIL, 1940).

O §4º, do Código Penal de 1940, posteriormente inserido ao tipo penal do artigo 159, apresenta o texto: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente

que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”, com a vigência da Lei nº 9.269/96.

Tal parágrafo será objeto de estudo do subcapítulo sequente, eis que aborda o Instituto da Delação Premiada, que posteriormente foi aperfeiçoada com a Lei de Organização Criminosa nº 12.850/13.

Conclui-se, portanto, que a presente abordagem do tipo penal em tela, na Lei de Crimes Hediondos nº 8.072/90, foi em caráter de urgência, diante do clamor da sociedade que se encontrava suportando uma avassaladora onda de violência e criminalidade consonantes a esse delito, na época.

2.3 O instituto da delação premiada e o seu aperfeiçoamento com a lei da organização criminosa nº 12.850/13

Com a vigência da Lei nº 9.807/99, de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores, consolidou nos artigos 13 e 14, hipóteses de Delação Premiada e perdão judicial no ordenamento jurídico brasileiro, que ao desenvolver do estudo será aperfeiçoada como Colaboração premiada:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1999).

Não obstante, sua aplicação ao tipo penal da Extorsão mediante Sequestro, se deu com o advento da Lei 9.269/96, artigo 1º, que passou a vigorar o §4º do

artigo 159 e inseriu o instituto da “Delação Premiada e perdão judicial”, que nas palavras de Guilherme Nucci significa:

[...] É o delatamento oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade (NUCCI, 2012, p. 753).

Desta forma, elucida-se que o benefício trata-se de um “acordo” feito entre o Estado e o agente, no qual este colabora com aquele, fornecendo informações cruciais para a elucidação da investigação, em troca da redução de pena.

Assim, de acordo com a redação legal do artigo 159, §4º no Código Penal expressa: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Isto posto, expressa que o benefício no artigo 159 é considerado uma causa de diminuição de pena, exigindo rigorosamente, a existência de três premissas para que seja de fato levada a efeito, sendo elas: a) Que o crime tenha sido cometido em concurso de pessoas; b) que um dos agentes o denuncie à autoridade; c) facilitação da libertação do sequestrado (GRECO, 2009).

Por conseguinte, a vertente da Delação premiada foi aperfeiçoada posteriormente com o advento da Lei nº 12.850/13 que engendra a Organização Criminosa, mais precisamente em seu artigo 4º, que trata da Colaboração Premiada com o referido texto de lei:

Art. 4º: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V- a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

Em contrapartida, faz-se mister dizer que a Lei de Organização Criminosa em que trata o referido instituto, é a mais atual em nosso ordenamento jurídico. Não obstante, cumpre ressaltar que os casos em que incidirá o benefício da referida lei são aqueles que atenderem os requisitos previstos no artigo 4º, qual seja, o de organização criminosa e não somente os de qualquer concurso de pessoas (GLATT, 2015).

Ademais, Rachel Glat cita Guilherme Nucci:

[...] prevalecem os ditames da Lei de Organizações Criminosas, por ser mais benéfica ao réu, já que oferece as possibilidades de perdão judicial e de não oferecimento de denúncia, bastando, para tal, que estejam presentes os requisitos legais do artigo 4º (NUCCI *apud* GLATT, 2015, p.29).

Conforme o exposto a concomitância das demais leis mencionadas anteriormente com a nº 12.850/13, busca viabilizar a aplicação da lei mais benéfica. Na lição de Vincenzo Manzini: “Quanto aos benefícios de que pode gozar o réu, a lei mais favorável é a que permite a concessão deles, ainda que a outra, que a não permite, comine pena inferior à da primeira” (MANZINI *apud* JESUS, 2012, p.133).

Apesar da divergência quanto ao vocábulo Delação e Colaboração premiada, não pode ser preterido o entendimento, que busca se estruturar tal subcapítulo, que nas palavras de Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues, expressam: “[...] a Lei 12.850/13 adotou a locução “colaboração premiada” como gênero, por ser mais amplo. Em razão dessa amplitude, trata-se de nomenclatura mais adequada que delação premiada, portanto” (JUSBRASIL, 2015).

Logo, pode-se inferir que a colaboração premiada, tem por objetivo não somente beneficiar o réu, quando o mesmo contribuir de forma a solucionar o crime, mas também como instrumento utilizado pelo Estado para combater, ainda que dependente de mecanismos como este, a criminalidade.

2.4 A extorsão mediante sequestro e suas qualificadoras

As qualificadoras que compõem o crime de Extorsão mediante Sequestro, estão previstas nos §1º, 2º e 3º do artigo 159 do Código Penal, conforme a seguir:

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

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

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

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

§ 3º. Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Ante ao §1º do artigo 159, a primeira parte, “se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas”, configura-se uma demora em manifestar o paradeiro da vítima, que em decorrência do cerceamento de sua liberdade, tanto o sequestrado quanto sua família ficam instáveis, a mercê de qualquer conduta dos sequestradores quanto a integridade física e até a vida em questão do sequestrado, ocasionando maior tempo de sofrimento ao “círculo” afetado pelo sequestro.

É cabível ressaltar, que conforme a doutrina começa a contar o prazo do sequestro, a partir do momento em que a vítima percebe, efetivamente, que sua liberdade foi restringida (GRECO, 2009).

Subsidiariamente, ainda na segunda parte do §1º, “se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos”, admite-se a forma qualificada, pois a lei tem o objetivo de proteger aqueles que em razão da idade, tem reduzida a capacidade de resistir ou suportar a privação de sua liberdade.

No que diz respeito ao “maior de 60 (sessenta) anos”, é inquestionável que pessoas enquadradas nesta faixa etária tenham suas chances de defesa reduzidas, diante de suas condições físicas ocasionalmente já debilitadas. Diante disso foi inserido ao §1º do artigo 159, a hipótese em que trata os maiores de 60 anos, com base na Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

Por fim, na terceira parte do §1º, aduz se “o crime é cometido por bando ou quadrilha”, que atualmente é configurado no Código Penal como Associação Criminosa.

Por oportuno, conforme o Código Penal brasileiro, “admite-se esta modalidade qualificada, quando criminosos se associam em 2 (duas) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer este delito, que neste caso é a restrição da liberdade de alguém, objetivando a vantagem indevida, de cunho econômico, como condição ou preço de resgate.”

Em síntese, o §2º do artigo 159, “se do fato resulta em lesão corporal de natureza grave”, atinge o conceito de que as lesões corporais podem resultar tanto dos maus tratos decorrentes das condições submetidas ao sequestrado durante o cárcere, quanto intentados à vítima provenientes do dolo específico (GRECO, 2009).

Não obstante, a qualificadora de lesão corporal de natureza grave, só deverá ser reconhecida se a vítima for a sofredora das lesões, conforme exprime Rogério Greco:

[...] Somente qualificará o delito se o próprio sequestrado for a vítima das lesões corporais graves, e não outras pessoas, a exemplo do que ocorre com o latrocínio, em que o roubo como vimos, será qualificado desde que haja a morte de qualquer pessoa que não alguém do próprio grupo (GRECO, 2009, p.125).

Em seguida, a qualificadora descrita no § 3º do artigo 159 do CP, que prevê o resultado morte, é considerada a de maior pena na legislação penal brasileira, visto que a reclusão mínima varia entre 24 (vinte e quatro) anos a 30 (trinta) anos.

Conclui-se, portanto que as qualificadoras são circunstâncias legais específicas, inseridas diretamente ao tipo penal incriminador, produtoras da elevação de aplicação da pena, aumentada de forma concomitante ao mínimo e o máximo previsto para o crime, além de trazer novas elementares para o tipo.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA DIMENSÃO NA SEARA PENAL

O referido princípio ainda que implícito em nossa Constituição Federal tem por objetivo na seara penal, garantir que a aplicabilidade da sanção não ultrapasse o grau de responsabilidade do agente, ante a sua conduta.

3.1 Breve contexto histórico

Na origem da criação das sanções penais, não se assimilava aplicar preceito semelhante ao princípio da proporcionalidade e suas nuances, não havia conformidade com a pena imposta e o delito cometido (ÂMBITO JURÍDICO, 2007).

Traçando uma linha temporal, no que concerne a Proporcionalidade e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, deve se estabelecer um parâmetro entre o presente e o passado.

Dito isto, contextualiza que a Sociedade Babilônica em destaque, desempenhou papel notório criando uma das legislações punitivas mais antigas que se tem conhecimento, sendo sua aplicabilidade destinada aos que cometiam delitos durante o século XVIII a.c, conhecida como Código de Hamurabi, um compilado de 282 leis da antiga Babilônia, atual Iraque, sendo visto como o código que mais se aproximou do Direito desde o início dos tempos, todavia convergindo de forma crucial e significativa com o formato das leis contemporâneas (INFOESCOLA, 2019).

A Lei de Talião é apontada por como uma das primeiras formas encontradas pela civilização para estabelecer as penas para seus respectivos delitos, Flávia Lages aponta um dos motivos que tangenciam a proporção da Pena de Talião:

Este princípio, que é exemplificado na bíblia com a seguinte frase “olho por olho, dente por dente”, não é uma lei, mas uma ideia que indica que a pena para o delito é equivalente ao dano causado neste. Assim sendo, ninguém sofre “pena de talião”, mas, baseado neste princípio, sofre como pena o mesmo sofrimento que impôs ao cometer o crime (CASTRO, 2007, p.17).

A finalidade do Código era precipuamente trazer de forma aparente a percepção de justiça, independente de qualquer circunstância, em nome da

necessidade de punir para se realizar um bem aparentemente maior (ÂMBITO JURÍDICO, 2007).

A partir de então, pode-se inferir que a premissa do bem maior era compensar um delito penalizando-o com a mutilação, o que gerava uma nítida desproporcionalidade, entre o mal empregado ante ao indivíduo que o causou.

Portanto, criou-se o caráter de que aplicabilidade da sanção ao crime sempre superava a conduta propriamente dita, em específico quanto ao critério qualitativo, que, por exemplo, o crime de furto, penalizava-se com a mutilação do corpo, o que não era equivalente à conduta que incidia sobre o patrimônio, gerando a percepção de total ausência de Proporcionalidade (MARQUES, 2009).

Desta forma, é imprescindível uma evolução histórica acerca da Proporcionalidade nesta seara, para delinear e apresentarmos o princípio que hoje, desempenha função de extrema importância dentro do Direito penal, criando a proporção entre o mal causado e o indivíduo que o causou.

3.2 Aplicabilidades e ponderações

Com o intuito de expressar, a nossa garantia enquanto cidadãos sob direitos considerados fundamentais, exterioriza Ingo Sarlet:

O processo de reconhecimento histórico dos direitos fundamentais é dinâmico e dialético, pois é marcado por avanços, retrocessos e contradições; os direitos fundamentais são decorrentes de situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais do ser humano (SARLET, 2010, p. 53).

Deve-se compreender que o Princípio da Proporcionalidade ocupa função valorosa e inabalável em todo o ordenamento jurídico brasileiro, e notavelmente no Direito Penal.

Pode-se compreender que o Princípio da Proporcionalidade, é um instituto contemporâneo, cujo principal campo de atuação versa sobre os direitos fundamentais, motivo pelo qual fixa a proteção ao cidadão e atribui ao Estado um caráter limitador no direito de punir, intervindo em condutas estatais arbitrárias que possam lesionar bem jurídico relevante, como a vida, liberdade e a honra.

Para assimilar o princípio objeto do presente estudo como preceito implícito em nossa legislação pátria, Daniela Fernandes a seguir exemplifica:

[...] nos julgados penais o princípio da proporcionalidade é invocado com maior frequência em decisões de *habeas corpus* que discutem a aplicação do princípio da insignificância em certas condutas criminosas. Pode-se citar o exemplo o *Habeas Corpus* n 111017 do Rio Grande do Sul, julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

No relatório do Min. Ayres Brito, afirma-se que a norma estatal que descreve o delito e comina atua de modo binário, uma vez que, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual e, por outro lado, traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de razoabilidade e desproporcionalidade se exponham ao controle jurisdicional. Afirma ainda o Ministro Relator que a justiça como valor se concretiza mediante certa dosagem de razoabilidade e de proporcionalidade na concretização dos valores da igualdade, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e outros (BRITTO apud OLIVEIRA, 2013, p. 154).

Não obstante, a Proporcionalidade em Karl Larenz, referenciada por Pedro Lenza pontua:

[...] utilizado, de ordinário para aferir a legitimidade das restrições de direitos — muito embora possa aplicar-se também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios —, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (LARENZ apud LENZA, 2012, p.159).

Em que pese, a natureza axiológica que emana todas as ideias acima citadas, é necessário destacar a Tríplice Dimensão do Princípio da Proporcionalidade, quais sejam: Necessidade por alguma denominada Exigibilidade, Adequação, também chamada de Pertinência ou Idoneidade e a Proporcionalidade em sentido estrito (LENZA, 2017).

Restringir o gozo de liberdade garantida constitucionalmente firmada em direitos fundamentais torna imprescindível a presença dos requisitos supramencionados, pois se trata de instituto que gera colisão entre valores constitucionalizados.

Para a completa elucidação de tais elementos em caráter constitucional, deve-se iniciar uma análise que perpassasse primeiramente sobre a Necessidade, também denominada como Exigibilidade, que só é preenchida quando a adoção de

medida que possa restringir direitos não puder ser substituída, ou seja, quando não houver a possibilidade de aplicação de outra medida menos gravosa, sendo vedado o excesso ante a conduta do agente.

Isto posto, será observado a Adequação que também pode ser chamada de Pertinência ou Idoneidade, que é preenchida quando houver adoção de medida para melhor atender os imperativos do Estado Democrático de Direito, como um meio para se atingir o chamado objetivo perquirido. Por fim, a Proporcionalidade em sentido estrito – *stricto sensu*, trata-se de uma ponderação propriamente dita, ou seja, a intromissão do Estado ante a conduta em atuações da liberdade humana com a máxima prudência em que possa sopesar sua razoável justificativa (LENZA, 2012).

Pelo exame dos aspectos analisados, pode se inferir a observação de Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. (ÁVILA, 2007. p.158).

Não obstante, há de se destacar dois relevantes dispositivos legais que adotam de forma expressa o referido princípio, quais sejam o artigo 2º, VI, da Lei Nº 9.874/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e o artigo 156, I, do Código de processo penal:

Art 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI- Adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (BRASIL, 1999).

Art 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I- Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (BRASIL, 1941).

Desta forma, pode se concluir que mesmo não sendo expressamente descrito na Constituição Federal, a Proporcionalidade está ali e deve ter observância obrigatória. Sendo obedecida pelo conjunto de teorias, doutrinas e os demais princípios constitucionais que a sustentam.

O princípio em tela opera não somente como limite à interpretação ou aplicação de normas penais, como também na conformação dos tipos penais legais incriminadores, que acabam por abranger o exercício da fiscalização, partida da jurisdição constitucional em sede de legislação penal (JUSBASIL, 2016).

Consoante a isso, o princípio jurídico possui caráter constitucional, porém apto a orientar matéria legislativa penal, cujo desenvolvimento teve início em obras iluministas do século XVIII, sendo uma delas elas, a obra *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, que trata da repressão penal correlacionada a Proporcionalidade ante aos crimes e suas respectivas penas (BOLLMANN, 2006).

A exigência da Proporcionalidade tangenciada a esfera penal deve ser estabelecida por constância entre a criminalização da conduta e o que se pretende proteger. Desta forma, a intervenção só restará legitimada quando a punição for adequada ante a conduta do Estado em não sobrepor seu poder em excesso.

Nas palavras de Damásio de Jesus, o referido princípio é reputado da seguinte forma:

Chamado também “princípio da proibição do excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena (JESUS, 2012, p. 53).

Desta forma, podemos inferir que o estudo da dimensão do Princípio da Proporcionalidade na seara penal, pressupõe um vínculo intrínseco entre a seara constitucional concomitante a elaboração de normas, sendo critérios indispensáveis a: adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da pena.

Para fornecer a completa elucidação em caráter penal dos vetores fundamentais do referido princípio observa-se da seguinte maneira: o primeiro critério, qual seja a Adequação da Pena, trata-se do meio adequado em matéria

criminal, que impõe uma breve análise no que tange o fim visado com a sanção penal e os resultados efetivamente obtidos. O segundo critério, da Necessidade, elenca o direito penal como ultima ratio, ou seja, somente pode intervir quando todos os outros ramos do direito forem ineficazes ou se revelarem inadequados. O terceiro critério, é o da Proporcionalidade em sentido estrito, impõe uma ponderação entre garantias fundamentais como a vida e liberdade, constatando se a medida adotada não sacrificou além, do que se buscou preservar (NUCCI, 2012).

Ademais a Proporcionalidade em stricto sensu, impõe a tarefa de afastar a tipicidade de condutas que embora formalmente típicas, sua punição revele uma predisposição em causar maiores danos sociais, como por exemplo, de forma a ilustrar a presente explicação, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, STF, no que tange a criminalização da prática do aborto até 12 semanas analisando descritivamente a Proporcionalidade entre a conduta e a pena:

[...] A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (BARROSO, 2017, p. 2).

Conforme o exposto, a aplicabilidade da dimensão Proporcionalidade incumbe ao aplicador uma tarefa crucial ao impor uma sanção penal, exercer uma minuciosa ponderação entre os vetores objeto de estudo.

Dessa maneira, em um Estado Democrático de Direito, o direito penal deve atuar como protetor de direitos fundamentais contidos na Constituição, de forma que não sejam minimizados frente a outros direitos fundamentais que sopesados entre eles, se sobreponham, como por exemplo, patrimônio versus vida.

Não obstante, a presente pesquisa reverbera o conceito adotado por Damásio de Jesus, qual seja a bipartição do crime, retirando a culpabilidade de seu conceito e a inserindo como pressuposto da pena, respeitando a proporcionalidade a qual sanção cominada deve ser submetida: “[...] Significa dizer que a pena deve ser

medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena” (JESUS, 2012, p. 53).

Por fim, a Proporcionalidade no direito penal relaciona que no Estado Democrático de Direito, a liberdade é um bem fundamental e imprescindível tutelado juridicamente, o que implica dizer que qualquer restrição ou limitação a este bem deve ser obrigatoriamente analisado e balanceado, a fim de que ocorra apenas quando for necessário, adequado e proporcional à proteção de outro bem jurídico igualmente relevante. De maneira que esse parâmetro seja sempre utilizado em que pese à possibilidade de limitar a liberdade individual.

3.3 O desvalor da conduta

Deve-se buscar um conceito de conduta penalmente relevante para posteriormente introduzir a concepção do seu desvalor. Por oportuno inferimos o teor do referido vocábulo nas palavras de Jose Bleger:

Etimologicamente, a palavra conduta é latina e significa conduzida ou guiada; quer dizer, que todas as manifestações compreendidas no termo de conduta são ações conduzidas ou guiadas por algo que está fora das mesmas: pela mente. Dessa maneira, o estudo da conduta, considerada assim, assenta sobre um dualismo ou uma dicotomia corpo-mente, sobre a tradição do mais puro idealismo, no qual a mente tem existência própria e é o ponto de origem de todas as manifestações corporais; segundo essa perspectiva, o corpo é somente um instrumento ou um veículo do qual se vale a mente (alma) para se manifestar (BLEGER *apud* NUCCI, 2012, p. 206).

A conduta é conceito angular estabelecido por meio da ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a um propósito. Fazendo com que os seres humanos sejam dotados de razão e vontade, sendo o pensamento, enquanto permanente na consciência, não faz ilustrar ou representar absolutamente nada ao Direito Penal, todavia quando essa vontade se liberta do psíquico é que a conduta penalmente relevante se exterioriza no mundo concreto e de forma perceptível, através de um comportamento positivo, determinado ação e um negativo, determinado omissão (CAPEZ, 2011).

A ação e Omissão acima mencionada, tem como significado, segundo Cezar Roberto Bitencourt: “Ação e omissão em sentido estrito constituem as duas formas básicas do fato punível, cada uma com sua estrutura específica, distinta: a primeira

viola uma proibição (crime comissivo), a segunda descumpra uma ordem (crime omissivo)” (BITENCOURT, 2009, p. 228).

Isto é, os crimes comissivos praticados mediante uma ação violam preceito jurídico limitador, enquanto crimes omissivos considerados como inação violam ao que a norma determina que seja feito.

Faz saber:

Por essa razão, refazendo, agora o conceito de conduta, chega-se a seguinte conclusão: conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime (CAPEZ, 2011, p.138).

Não obstante, existem teorias que abraçam o conceito de conduta, quais sejam a Teoria Causalista ou Naturalista, Teoria Social e a adotada em nosso ordenamento jurídico, a Teoria Finalista da Ação que possui como seu criador e precursor, Hanz Welzel (JESUS, 2012).

Ao determinar a exteriorização de uma conduta em ação ou omissão, como fator relevante para a incidência do Direito Penal, ainda que apontadas como pressupostos primordiais tem-se por obrigatoriedade a minuciosa análise dos elementos constitutivos destas, e não somente de seus resultados.

Desta circunstância traçamos o desvalor da conduta, em que expressa que matar alguém, em sua inclinação objetiva, caracteriza sempre a mesma ação, todavia matar alguém para vingar o estupro de sua filha é subjetivamente dissemelhante do que matar alguém por dinheiro. A distinção está localizada no desvalor da ação, eis que o resultado, fator dominante de outras teorias ser sempre o mesmo, a morte (CAPEZ, 2011).

Outro exemplo em similitude:

[...] contemplando a cena objetiva de um médico tateando uma mulher despida, seria impossível dizer, só com base nesse acontecimento, se este homem cometeu o crime do art. 213 do Código Penal, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, ou exame clínico regular. Para a existência do fato típico, é imprescindível identificar o elemento subjetivo do autor, consistente na finalidade de satisfazer a própria lascívia ou concupiscência. Do ponto de vista exterior, a ação objetiva é sempre a mesma, mas, levando em conta a intenção e a finalidade do autor (aspectos

subjetivos), a ação pode tanto constituir um exame médico necessário quanto uma ação punível desonesta (CAPEZ, 2011, p.145-146).

Sendo assim, podemos conceber que dependendo do elemento subjetivo do agente, destinado à produção de um tipo penal objetivo muda-se a finalidade e conseqüentemente a qualificação jurídica daquele crime, se fragmentando em dolo ou culpa.

Conforme expressa o Código Penal:

Art.18. Diz-se o crime:

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II- Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940).

Nas palavras de Fernando Capez:

Descobriu-se, assim, a finalidade, como elemento inseparável da conduta. Sem o exame da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não. Partindo desse pressuposto, distinguiu-se a finalidade da causalidade, para, em seguida, concluir-se que não existe conduta típica sem vontade e finalidade, e que não é possível separar o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem fenômenos distintos (CAPEZ, 2011, p.146).

Isto posto, entende-se que o desvalor da conduta deriva-se da ação e sucede a um juízo de reprovabilidade consoante ao comportamento do agente, e não somente atrelado ao seu resultado. De maneira precisa, Damásio induz:

[...] é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposo, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos, Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam só pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico (JESUS, 2012, p.274).

Portanto, o nexa finalista da ação, no qual traz ao estudo o desvalor da conduta, preenche o fato de que não interessa ao Direito penal se a natureza jurídica do delito for proveniente de caso fortuito ou força maior, ou seja, produzidos sem a presença de dolo ou culpa.

O Princípio da proporcionalidade, em relação ao desvalor da conduta é apreciado conforme a exigência de uma concordância entre ação e reação, causa e consequência, delito e retorno jurídico-penal, é um princípio que elencado a este elemento traz o caráter de justiça, medidor da resposta do Estado. Neste contexto,

ninguém poderá ser lesionado ou importunado em seus direitos através de medidas juridicamente desproporcionais (GOMES, 2003).

Deve-se determinar que a Proporcionalidade perante o desvalor da conduta conduz o magistrado a se atentar ao grau de reprovabilidade daquela ação ou omissão, na medida em que já indica os diferentes desvalores das condutas culposas e condutas dolosas.

Logo Mariângela Gama expressa:

Assim, na determinação legal da margem entre as penas mínima e máxima, deve o legislador considerar, além do bem jurídico e da gravidade da ofensa, a este relacionada, o grau de culpabilidade da conduta descrita. Deve, portanto, existir uma evidente diferença na quantidade de pena cominada se o delito for previsto como culposos, doloso ou preterdoloso. Como salienta Corbetta, seria deseducativa, além de considerada injusta pela sociedade, uma pena por homicídio culposos, por exemplo, que fosse mais grave, igual ou pouco inferior àquela ameaçada a quem pratique homicídio doloso (CORBETTA apud GOMES).

Não obstante o Código de Processo Penal, em seu artigo 395, inciso II e III, é sucinto quanto à rejeição de denúncia ou queixa, ante a ausência de elementos essenciais, que em relação ao fato narrado evidentemente não for objeto de conduta delituosa:

Art. 395 A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

II- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III- faltar justa causa para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

A saber, o tipo penal da Extorsão mediante Sequestro, não admite a modalidade de fato típico culposos, desta forma, infere-se a vontade do agente desde o início em cometer tal delito, ou seja, o autor agiu de forma voluntária, todavia não dando causa ao resultado por imprudência negligência ou imperícia, e sim com plena consciência e vontade.

Ademais, Cleber Masson expressa que o dolo no artigo 159, é específico:

É suficiente ficar demonstrado que o propósito do criminoso era utilizar a privação da liberdade do ofendido como moeda de troca para conseguir alguma vantagem como condição ou preço de resgate, ainda que os sequestradores sequer consigam exigir o pagamento deste (desde, é claro, que se prove a intenção de fazê-lo). A prova desta intenção pode ser efetuada por diversos meios, da qual é exemplo a negociação entre o

sequestrador e os parentes da vítima, por telefone ou qualquer outro meio de comunicação (MASSON, 2014, p. 472).

Portanto, em relação ao desvalor, ou seja, sua reprovação pode ser estabelecida tanto no momento da conduta, como em seu resultado, segundo WELZEL, sendo este, consequência daquele motivo pelo qual será objeto de estudo do próximo subcapítulo (CAPEZ, 2011).

3.4 O desvalor do resultado

É determinado, que sem a verificação de desaprovação de uma conduta, conseqüentemente não haverá desaprovação de um resultado eis que este é presunção lógica daquele (GOMES, 2011).

Segundo Guilherme Nucci, existem dois critérios a serem analisados quanto ao resultado, são eles:

[...] naturalístico: é a modificação sensível do mundo exterior. O evento está situado no mundo físico, de modo que somente pode-se falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos. Exemplo: a morte de uma pessoa é um resultado naturalisticamente comprovável;

[...] jurídico ou normativo: é a modificação gerada no mundo jurídico, seja de forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado. Exemplo: a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa (NUCCI, 2012, p.212).

A princípio, deve-se estabelecer que o resultado jurídico será o enfoque do subcapítulo, eis que é dele que parte a sua desvalorização, fundamento primordial do delito concreto e, não abstrato, ilegítimo para o Direito penal.

Ademais, o critério jurídico foi o adotado pelo legislador, em relação ao Código Penal de 1940, e que a Reforma Penal de 1984 manteve, mencionando que “não há crime sem resultado”, (NUCCI, 2015).

Outrossim, de acordo com Luiz Flavio Gomes referenciando Huerta Tocildo:

[...] A meu juízo, o desvalor do resultado não deve identificar-se com desaprovação do resultado externo, senão com desaprovação da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, derivada da conduta típica. Desde este ponto de vista, pode-se dizer que dito desvalor está presente em todas e cada uma das modalidades delitivas, pois todas supõem a lesão

ou colocação em perigo de um bem jurídico. A questão, então, não é tanto que não se dê um desvalor de resultado em alguns delitos, senão se referido desvalor tem ou não um 'papel' fundamental no injusto (TOCILDO *apud* GOMES, 2011).

A diferença entre o resultado jurídico e o naturalístico, está localizada na desvalorização ou desaprovação do fato resultante, Luiz Flavio Gomes é inquestionavelmente assertivo quando expressa:

[...] Qual é a diferença entre o policial que está legalmente armado e o particular que porta arma ilegal? Do ponto de vista naturalístico a conduta é a mesma. O perigo (que é o resultado no caso e que emana da conduta) é – em tese – o mesmo. Só que a conduta do policial que porta sua arma permitida não é desaprovada pelo ordenamento jurídico, enquanto a segunda o é (GOMES, 2011).

A distinção se encontra na valoração do fato (aprovação ou desaprovação), neste caso, sendo relevante à última. O resultado jurídico, pertence desta forma, ao mundo dos valores, por isso que é axiológico (não fático) e presume-se da desaprovação da conduta (GOMES, 2011).

Consoante ao tipo penal da Extorsão mediante Sequestro, caracterizado como crime formal, de consumação antecipada e de resultado cortado, independentemente da obtenção de vantagem pelo agente, como expressa o texto legal, o agente consome o crime no exato momento em que priva a liberdade da vítima, todavia devendo ficar razoavelmente comprovado o propósito do criminoso em utilizar a privação da mesma como moeda de troca (MASSON, 2014).

Pode-se dizer que o resultado cortado, é uma das demais espécies que a doutrina também classifica como crimes e as ampara (POPAZOGLO, 2018).

Expressa:

[...] espécie de crime de intenção, o resultado (dispensável para consumação), não depende do agente, não está na sua esfera de decisão. Ex.: na extorsão mediante sequestro, a obtenção da vantagem-pagamento do resgate-, dispensável para a consumação do crime, não depende do agente, mas de terceiros ligados à vítima (CUNHA *apud* POPAZOGLO, 2015, p.168).

Deste modo, a consumação está localizada no momento em que o agente passivo é privado de liberdade, independentemente se resultará dessa privação a obtenção que pretende o sujeito ativo.

A ideia de resultado cortado é ter como satisfatório, o resultado, no ato de sequestrar e, o outro, no mero exaurimento, ou seja, no ato de obter o que se pretende, a vantagem econômica. Por isso se identifica como resultados em recortes (POPAZOGLO, 2018).

Popazoglo exemplifica:

[...] o agente espera que o resultado externo, querido e perseguido (que se situa fora do tipo) se produza sem a sua intervenção direta. Ex: extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), cuja vantagem desejada – o pagamento do resgate – não precisa concretizar-se (pois o delito já se consumou com a privação da liberdade da vítima), mas, se vier a concretizar-se, o será por fato de outrem – no caso, dos familiares, ao pagarem o resgate (POPAZOGLO, 2018).

Para a ocorrência de um crime, em primeiro lugar, se dará a tipicidade penal objetiva, entretanto, não é suficiente admitir a existência de um resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico), é imprescindível que esse resultado seja desvalioso. Ademais, o conceito de resultado jurídico só atinge sua função material dentro da tipicidade quando enfocado “desvaliosamente” (GOMES, 2011).

Existem características a serem preenchidas quando o resultado for desvalioso, sendo elas:

[...] a) concreto ou real (perigo abstrato ou presunção de perigo não encontra espaço no Direito penal da ofensividade); (b) transcendental (dirigido a bens jurídicos de terceiros, posto que nunca o sacrifício de bens jurídicos próprios pode justificar a imposição de um castigo penal), (c) grave ou significativo (relevante), (d) intolerável, (e) objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado e (f) que esteja no âmbito de proteção da norma penal (GOMES, 2011).

Em síntese, o desvalor do resultado consiste na desaprovação de uma modificação nas relações humanas que são capazes de gerar circunstância prejudicial à bem jurídico tutelado.

Logo, a Proporcionalidade em matéria penal consoante ao desvalor do resultado, tem por objetivo fazer com que a sanção penal cumpra sua função de forma ajustada ao bem jurídico, consubstanciando seu equilíbrio.

4. ESTUDO DE CASO

Os anos 90 foram marcados por um alto índice de cometimento do tipo penal da Extorsão mediante Sequestro. Gerou-se notória instabilidade para a sociedade e um grande desafio para o poder público, no que tange a inserir políticas públicas de segurança e ação policial. Possuindo como objetivo o endurecimento das sanções penais em caráter de urgência e de forma contundente para que lograsse êxito, na aplicabilidade da repressão máxima, como forma de retribuição a alta taxa de sequestros extorsivos (CALDEIRA, 1997).

O objeto de estudo, neste capítulo, é a narrativa do caso Ives Ota. Um crime praticado no ano de 1997, no estado de São Paulo e que esgotou o texto legal do artigo 159, caput, do Código Penal incorrendo na incidência de qualificadoras do tipo, mediante também a acusação do tipo penal artigo 211, caput do Código Penal e como resultante a comoção pública e grande repercussão na mídia nacional. Não obstante, será observado o modus operandi, a aplicabilidade da pena restritiva de direito aos sujeitos ativos do delito, e a análise ao princípio da proporcionalidade.

4.1 Ives ota: desenvolvimento (modus operandi)

Ives Yoshiaki Ota nasceu em São Paulo, no dia 02 de junho de 1989, a época dos fatos possuindo apenas 08 anos de idade.

O pai da vítima foi o pioneiro no ramo de lojas preço único conhecido popularmente como lojas de R\$1,99 em São Paulo, tipo de estabelecimento que fez grande sucesso nos anos 90. A sociedade em massa consumia produtos dessas lojas, pois o custo era ínfimo comparado às demais, o que proporcionava muito movimento e necessitava de vigilância, motivo este, que o fez contratar seguranças, que também eram policiais militares para garantir a proteção da loja e dos produtos. Naquele momento, acreditava-se que a família Ota estava se tornando uma das mais abastadas em São Paulo, motivo que impulsionou o sequestro do filho (IG NOTÍCIAS, 2012).

No dia 29 de Agosto de 1997, Vila Carrão, situada à zona leste do município de São Paulo, um motoboy inicialmente identificado como Silvio da Costa Batista, se dirigiu até a casa da vítima com um buquê de flores, simulando ser entregador

de uma floricultura e que entregaria flores para a prima de Ives, que já havia deixado a residência.

A vítima se encontrava na sala da casa, estudando com o primo quando a babá foi até o motoboy, o agente com o argumento de que a caixa não passaria pelo portão, induziu a babá a abri-lo, e com isso adentra a residência (IG NOTÍCIAS, 2012).

Em seguida, saca a arma, rende a babá e as duas crianças, informa que é um assalto e a questiona acerca do cofre da família, que negada à existência, a tranca em um cômodo juntamente com o primo da vítima, e leva a criança no momento da fuga. Aproximadamente por volta de 19h15, os pais da vítima chegaram ao bairro e diante do tumulto próximo a residência, obtiveram conhecimento do acontecido que, suportando com grande sofrimento e angústia, se dirigiram até a delegacia do distrito que teve a iniciativa de acionar a Divisão de Antissequestro (DAS), sob o comando do delegado Marcos Carneiro, que deu início aos procedimentos padrões (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 2018).

Deslocou-se então uma equipe especializada a residência para desenvolver a negociação e aguardar o pedido de resgate, que teve início no dia seguinte, 30 de agosto de 1997 com a primeira ligação revelando que era sequestro e em seguida encerraram a ligação. Um novo contato sucedeu somente três dias depois, exigindo o pagamento de U\$ 1.000.000,00 de dólares (O CRIME NÃO COMPENSA, 2019).

Durante o período de sequestro, a equipe designada conseguiu detectar alguns números que foram utilizados pelos sequestradores em alguns telefonemas. Com essa informação foi possível identificar o endereço de um dos orelhões (telefone público), localizados na região. Aliado ao específico trabalho do DAS (Divisão de Antissequestro), aguardaram o momento oportuno, em que um dos agentes viria a cometer novamente o mesmo erro, que seria ligar outra vez, daquela proximidade.

No dia 05 de setembro de 1997, com as equipes posicionadas na rua, houve um telefonema, que partia de um orelhão próximo e com a agilidade da polícia foi

possível render o agente, que já havia terminado a ligação e tentou reagir, porém foi dominado.

O interrogatório teve início com a negação do indivíduo, todavia com o reconhecimento pessoal pela babá, houve a confirmação de que era ele, a pessoa que adentrou a residência e sequestrou a vítima. Da mesma forma, foi constatado inicialmente, que utilizava nome falso, Silvio da Costa Batista, que na verdade era, Adelino Donizete Esteves (IG NOTÍCIAS, 2012).

A princípio, foi dito que realmente sequestrou, mas não sabia o paradeiro da criança, pois tinha a levado para o “Macói”, que posteriormente foi reconhecido como Paulo de Tarso, e o outro agente, Sergio Eduardo Pereira, ambos policiais e trabalhavam nas lojas do pai da vítima. Nesse contexto, Marcos Carneiro diz: “[...] a dinâmica, ela é numa velocidade incrível. Quando se deflagra uma prisão de um sequestrado o relógio que antes passava lentamente, passa a girar com uma velocidade incrível” (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 2018).

Conquanto, havia uma equipe na busca dos policiais que evidentemente poderiam estar envolvidos no crime, a outra equipe foi para casa de Adelino, que se dispôs a leva-los até lá e comprovar que o sequestrado não estava. A casa foi examinada e posteriormente foram à casa de Paulo de Tarso, que também não localizaram o menor. Deste modo, o delegado suspendeu uma posterior operação, que ocorreria final de semana, eis que ainda havia a possibilidade remota da criança estar com vida e qualquer ação mal conduzida poderia acarretar um mal maior a ela. Feito isso, retornaram na segunda-feira, para vistoriar novamente a casa de Adelino, de forma ainda mais meticulosa, desta vez, vistoriaram embaixo do berço da filha do acusado, e notaram uma espécie de remendo ao chão que após a remoção, constataram uma cova e deram início as escavações, o que possibilitou localizarem o cotovelo da vítima.

Não havia odor, o que chamou atenção da equipe eis que o corpo estava ali em média de sete a dez dias. O corpo de bombeiros foi acionado, e possibilitou a remoção da vítima da cova e constatou-se tratar de uma criança oriental. Havia lesões na região nasal e *occipital* (região dianteira da cabeça), típica de disparo de arma de fogo com região de entrada e saída. Pequeno esfumaçamento no rosto, o

que inferia o entendimento aos peritos de que a realização do disparo se deu a curta distância. (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 2018).

Posteriormente, houve a constatação mediante exame médico nas vísceras da criança, a presença de substância que possibilitou que Ives dormisse e não viesse a reagir, no momento dos disparos. Havia também uma mistura de cal na terra, o que tecnicamente propicia a putrefação do corpo, motivo pelo qual não foi sentido o odor nas outras diligências, tampouco nesta. A terra na cova, após remoção do corpo peneirada, o que facilitou o encontro do projétil, que posterior ao aferimento da balística, constatou tratar-se de uma arma 9mm, proibida por lei e de uso exclusivo das forças armadas, utilizada no crime (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 2018).

De acordo com o documentário Investigação Criminal, no dia do sequestro, Adelino levou Ives após a fuga ao encontro de Paulo de Tarso, que foi reconhecido pela criança, então o policial chegou a conclusão de que a criança não poderia continuar viva, pois poderia informar após o resgate, que ele agiu no crime, de forma abjeta concluíram que a morte de Ives seria o caminho ideal. Por conseguinte, enterrariam o corpo e com mais calma, posteriormente dariam fim ao mesmo.

Deste modo, Ives foi assassinado exatamente no dia do sequestro, perpetuando o sofrimento, angústia e consternação a família durante dez dias com o preço de resgate, ora inexequível, eis que a criança já havia sido assassinada (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 2018).

4.1.1 A aplicabilidade da pena privativa de liberdade aos condenados concomitante ao princípio da proporcionalidade

No dia 02 de junho de 1998, Ives completaria 09 anos de idade, quando o juiz da 17ª Vara Criminal de São Paulo, José Luiz de Carvalho, condenou todos os sujeitos ativos do delito (FOLHA DE SÃO PAULO, 1998).

O policial, Paulo de Tarso (macói), ao entender do magistrado foi considerado o mentor da ação. Foi condenado pelo crime de Extorsão mediante Sequestro, com previsão legal no artigo 159 do Código Penal, inserindo na pena, o

fato de a vítima ser menor de idade §1º e por ter o resultado morte §3º, a sanção foi acrescida da metade. Não obstante, também foi condenado pelo crime de Ocultação de Cadáver, com previsão legal no artigo 211 do Código Penal, imputando-lhe uma pena de 43 anos e 2 meses de prisão (FOLHA DE SÃO PAULO,1998).

O policial, Sérgio Eduardo Pereira De Souza, também foi condenado em pena semelhante pelo mesmo crime de Extorsão mediante Sequestro, previsto no artigo 159 do Código Penal, com a inserção do §1º e §4º, e também pelo crime de Ocultação de Cadáver, previsto no artigo 211 do Código Penal, imputando-lhe uma pena de 43 anos e 2 meses de prisão (FOLHA DE SÃO PAULO,1998).

Posteriormente, obteve o deferimento de um recurso interposto pela defesa, no qual teve sua pena reduzida para 35 anos e 1 mês de prisão, por decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entenderam que a participação do ex policial foi menos grave que a dos demais, pois ainda que soubesse do plano de sequestro, não atuou diretamente (FOLHA DE LONDRINA, 1999).

O motoboy, Adelino Donizete Estevez, além de ser condenado pelo crime de Extorsão mediante Sequestro, previsto no artigo 159 o Código Penal, com a inserção do §1º e §4º, foi também pelo de Ocultação de Cadáver, artigo 211 do Código Penal, Falsidade Ideológica, artigo 299 do Código Penal e também por Falsa Identidade, artigo 307 do Código Penal, imputando-lhe uma pena de 45 anos e 6 meses de prisão (FOLHA DE SÃO PAULO,1998).

No presente tópico será objeto de estudo a pena privativa de liberdade, dentre as outras espécies, a de reclusão, eis que é a única admitida na legislação penal para crimes como a Extorsão mediante Sequestro.

Os agentes foram condenados por mais de um crime como supramencionado, desta forma, o cumprimento deve ser realizado na respectiva ordem do artigo 69 do Código Penal:

Art. 69: Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação

cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (BRASIL, 1940).

A determinação do regime fechado deve sempre ser fundamentada pelo magistrado. Quando o condenado é inserido a este regime, será submetido a uma espécie de exame criminológico conforme o artigo 34 do Código Penal:

Art. 34: O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§1º: O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno;

§2º: O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§3º: O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Esse exame criminológico possibilita a individualização executória da pena, vista como a fase de aplicação das sanções em etapas. De maneira, a viabilizar a progressão do regime prisional fechado — semiaberto — aberto, como fomento e ressocialização do sentenciado, devendo ser vista como uma proposta estatal de recuperação do agente (NUCCI, 2016).

Ademais, o artigo 112 da LEP expressa:

Art. 112: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser denominada pelo juiz, quando o preso estiver cumprindo ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitada as normas que vedam a progressão (BRASIL, 1984).

Não é admitida a progressão por salto, no que tange a passagem direta do regime fechado inicial para o aberto, eis que afetaria a ressocialização do condenado. Isto posto, o agente deve cumprir ao menos um sexto da pena conforme preconiza a LEP em regime fechado e posteriormente obter deferimento judicial, para sua devida inserção no regime semiaberto (NUCCI, 2016).

Vide súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”.

Não obstante, Guilherme Nucci tece críticas no que concerne a progressão do regime fechado ao semiaberto, ante a sua ineficiência:

[...] Na medida da impossibilidade de se obter vaga no semiaberto, deve-se transferir o condenado ao aberto. Essa inserção no regime aberto não pode ser condicionada ao surgimento de vaga no semiaberto, mas, sim, à avaliação do comportamento do sentenciado no regime mais favorável. Se o juiz da execução verificar a inadequação do reeducando no regime aberto pode regredi-lo ao semiaberto, havendo vaga. Do contrário, deve-se manter o condenado no aberto até o final cumprimento de sua pena. A progressão por salto, se existente, deve-se unicamente ao desleixo do Executivo em cuidar, propriamente, do sistema carcerário. Os direitos e garantias individuais não podem sofrer lesão à custa da incompetência estatal. [...] E cabe ao Judiciário defender o justo, dentro do cenário do possível. Assim sendo, modifico meu entendimento em face da triste realidade, causada pelo caos carcerário encenado pelas autoridades competentes, passando a admitir a progressão por salto, quando absolutamente indispensável, para compensar a falta de vagas no regime legalmente fixado para o sentenciado. Transferido, por ordem judicial, do fechado ao semiaberto, passado prazo mínimo razoável para a efetivação da mudança, deve o magistrado tomar providências para deferir, ao sentenciado, o regime aberto, com a ressalva de que somente voltará ao semiaberto se descumprir as condições vigentes para o regime mais favorável (NUCCI, 2016, p.392).

O regime fechado consiste no cumprimento dentro da penitenciária a qual o condenado foi encaminhado, devendo ser preenchidos os requisitos básicos, quais sejam: cela individual com dormitório, sanitário, salubridade e área mínima de 6m² conforme artigo 87 e 88, da Lei de Execução Penal nº 7.210/84 (NUCCI 2016).

Não obstante, por lei, transfere-se ao semiaberto com o cumprimento a ser realizado em colônias penais agrícolas ou industriais e ainda em estabelecimento similar. O condenado fica sujeito a trabalhar no período diurno, sendo possível a realização de cursos profissionalizantes, de instrução colegial ou superior. É admitido trabalho externo, desde que tenha bom comportamento (NUCCI, 2016).

No regime semiaberto conforme dispõe o artigo 122 da LEP, é possível ser concedido o benefício da saída temporária, concedida no ano de 2005 a todos os condenados do crime, conforme decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (ESTADÃO, 2006).

Por fim, transfere-se ao regime aberto com base no artigo 36 do Código Penal, em que estabelece: “O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (BRASIL, 1940).

O condenado não mais permanece na penitenciária, tampouco retorna para dormir, neste regime: “deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga” (BRASIL, 1940).

Por fim, reportar-se ao Princípio da Proporcionalidade ante as penas cominadas aos agentes, deve-se admitir que foram preenchidos os requisitos exigidos na seara penal, preponderando o equilíbrio entre a gravidade da conduta e a pena aplicada.

O requisito da Adequação foi preenchido com a intenção de atingir o desígnio do Direito penal, que é a repressão de condutas desprezadas pela sociedade, houve o encaixe perfeito da norma na ação dos agentes.

A Necessidade, como requisito foi preenchido diante da imprescindibilidade que o Direito penal demanda em intervir quando todas as outras searas do ordenamento jurídico são incapazes ou inadequadas para reprimir a lesão ao bem jurídico. Ante ao delito de Extorsão mediante Sequestro, somente a legislação penal é capaz de tutelar.

Não obstante, a Proporcionalidade em sentido estrito foi preenchida na afetação direta do Estado, em direito constitucional dos agentes. O objetivo pretendido, que é a punição ante a conduta violenta, supera a restrição de direito constitucionalizados. Houve um juízo de ponderação entre um direito fundamental prevalecer sobre o outro, neste caso havendo a restrição da liberdade.

5 CONCLUSÃO

A datar da necessidade do ser humano em conviver em grupos organizados, o Estado, enquanto agente garantidor, desde o início das civilizações vem buscando meios para perpetrar sua prerrogativa de punir os autores de delitos que atentem contra os anseios da vida em comum e violem regras e valores que norteiam o corpo social. A presente pesquisa apresentou o tipo penal da Extorsão mediante Sequestro por toda sua extensão no contexto penal, as significativas mudanças pelas quais passou ao longo dos anos e a indubitável influência advinda do Direito Constitucional, em contraste ao caso concreto.

Partiu-se do pressuposto de que a Extorsão mediante Sequestro integra o Código Penal Brasileiro, tutelando os crimes contra Patrimônio e está no rol dos tipos penais mais graves e que mais causam, diretamente, danos à vítima e a sua família. A ótica da hediondez, elemento caracterizador desse rigor trazido para o tipo penal, foi perquirida como forma de resposta do Estado a população ante a onda avassaladora de cometimento do referido tipo.

Os mecanismos de intensidade na pena, que a princípio eram utilizados não estavam surtindo o efeito que se objetivava, deste modo, foi implementado como último recurso, uma forma de atuação entre o agente e o Estado, e este se viu na obrigação de criar circunstâncias redutoras da pena, que vigoram até hoje de forma aperfeiçoada como a Colaboração Premiada, eis que a participação de um dos sujeitos ativos do delito é indispensável na solução do fato criminoso.

Conjuntamente, o estudo das qualificadoras do delito, foi imprescindível para a elaboração do trabalho, pois através de suas apenações é possível constatar o posicionamento estatal na repressão deste crime.

Buscou-se uma breve apresentação do contexto histórico que envolve a aplicação de sanções penais desde o início das civilizações, como marco, o Código de Hamurabi. Não se almejava aplicar a proporcionalidade entre a pena e o delito, a finalidade era retribuir o mal causado ao agente da conduta, todavia isso ocorria de forma desmedida, não havia ponderação, apenas a pretensão de coibir comportamentos que violavam as regras do código vigente.

Tal busca pela Proporcionalidade se deu na contemporaneidade, mais especificamente em nossa legislação pátria, com o advento da Constituição Federal de 1988. O princípio constitucional implícito, que expressa excepcional influência na seara penal, foi adotado concomitante ao tipo penal no presente trabalho eis que as apenações do referido tipo são notavelmente acentuadas. Desta forma, objetivou analisar a legislação penal, ainda que fielmente rigorosa quanto a pena da Extorsão mediante Sequestro, a ponderação na aplicação da sanção perdura, constatando não haver excesso por parte do poder estatal.

Embora o desvalor da conduta e do resultado consoante ao tipo penal nos remeta a uma análise de reprovabilidade intensa, ante a esses dois fatores, ocorre também uma análise da Proporcionalidade, que nos viabiliza a enxergar uma colisão. Esse choque não ocorre somente entre direitos fundamentais como a liberdade do autor do delito e a proteção ao bem jurídico lesionado da vítima, mas também esbarra no exercício do dever fundamental do Estado, que consiste no poder de punir. Isto posto, decorre um ajuste jurídico, que faz sopesar as circunstâncias em questão, aplicando privações no campo de direitos fundamentais do autor, sempre primando pela constante da Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

O estudo de caso aborda um crime que gerou notável repercussão nos anos 90, ficando conhecido como Caso Ives Ota. Foi proposta uma narrativa do caso, desenvolvendo o passo a passo a conduta dos agentes, o sofrimento e consternação da família, o objetivo do sequestro e o fim da vítima. Posteriormente buscou-se, expor as penas privativas de liberdade aplicadas aos agentes, bem como a progressão do regime prisional, imposto a eles.

Conclui-se, portanto, que o presente trabalho não somente buscou a missão de manifestar o encaixe perfeito que o tipo penal incriminador incorpora em condutas que preenchem o seu texto legal, como a dos condenados no crime brutal do menino Ives Ota, mas também possibilitou comprovar que apesar de se tratar de um crime altamente reprovável, a todo o momento se respeitou e ainda respeita a Proporcionalidade no Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos** 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

BARROSO, Luís Roberto, Voto no Habeas Corpus, nº 124.306, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 05 de agosto de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOLLMANN, Vilian. Controle Penal Na Obra De Montesquieu. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, n.1º, Itajaí: São Paulo, 2006. Disponível em <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 07 de setembro de 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 08 de agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848. (1940). Código Penal, de 07 de dezembro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 08 de agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.072 de 25 de julho. (1990)**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm> Acesso em 08 de agosto de 2019.

BRASIL, **Decreto Lei nº 9.269 de 02 de abril. (1996)**. Dá nova redação ao §4º do artigo 159 do código penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm> Acesso em 08 de Agosto de 2019.

BRASIL, **Decreto Lei nº 9.807 de 13 de julho. (1999)**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm> Acesso em 08 de agosto de 2019.

BRASIL, **Decreto Lei nº 12.850 de 02 de agosto. (2013)**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em 08 de agosto de 2019.

CALDEIRA, Cesar. Segurança Pública e Sequestro no Rio de Janeiro 1995-1996. In: **SciELO – Estratégias de Intervenção Policial No Estado do Rio de Janeiro**. Tempo Social. Universidade Federal Fluminense. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701997000100007> Acesso em 02 de outubro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Flavia Lages De. **História Do Direito Geral e do Brasil**, 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ESTADÃO. Portal do Estado de S. Paulo. **Seqüestradores de Ives Ota obtêm saída temporária no Natal**. Agência Estado, 19 de dezembro de 2006. Disponível

em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,sequestradores-de-ives-ota-obtem-saida-temporaria-no-natal,20061219p32648>> Acesso em 13 de julho de 2019.

FRANCO, Elaine. **Código de Hamurabi. A mais fiel origem do Direito.** Disponível em< <https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/315800194/codigo-de-hamurabi-a-mais-fiel-origem-do-direito>> Acesso em 15 de setembro de 2019.

GLATT, Rachel. A Efetividade Do Instituto Da Colaboração Premiada No Combate Às Organizações Criminosas. 2015. 93 f. Monografia (Direito Penal). Departamento de Direito - PUC RIO. Disponível em< <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25949/25949.PDF>> Acesso em 08 de Agosto de 2019.

GOMES, Luiz Flavio. **Desvalor da Ação e Desvalor do resultado.** JUSBRASIL, 2011, JUSBRASIL. Disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>> Acesso em 12 de setembro de 2019.

GOMES, Mariângela Gama De Magalhães. **O Princípio Da Proporcionalidade No Direito Penal.** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079585/mod_resource/content/1/Mariange-la%20-%20Proporcionalidade%20em%20sentido%20estrito.pdf> Acesso em 27 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado, Parte Especial.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 380, 2011.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** vol 3, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

INFOESCOLA. **Código de Hamurabi.** 2009. Disponível em <<https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>> Acesso em 08 de setembro de 2019.

JESUS, Damasio De. **Direito Penal Parte Geral,** 33.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

JUSBRASIL. **Das Teorias da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2014. Disponível em <

<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em 15 de setembro de 2019.

_____. **Colaboração Premiada ou Delação Premiada? Afinal, há diferença?** 2015. Disponível em <<https://filipemaiabroetonunes16.jusbrasil.com.br/artigos/258937847/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada-afinal-ha-diferenca>> Acesso em 07 de Agosto de 2019.

KERSTEN, Vinicius Mendez. **O Código de Hamurabi através de uma visão humanitária.** Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-codigo-de-hamurabi-atraves-de-uma-visao-humanitaria/>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOZANO, André. Motoboy e PM's são condenados a penas entre 43 e 45 anos de prisão pelo sequestro e morte de garoto de 8 anos. Juiz condena 3 pela morte de Ives Ota. Folha de São Paulo, jun. 1998, Folha de São Paulo. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff03069801.htm>> Acesso em 09 de agosto de 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, Parte Especial.** 6.ed. Rio de Janeiro: Método, p. 467, 2014.

_____. **Direito Penal Esquematizado, Parte Especial.** 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

_____. **Direito Penal Esquematizado, Parte Especial.** 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos. Texto, Comentários e Aspectos Polêmicos.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal, Parte Geral e Especial**. 10.ed. São Paulo: Forense, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de Direito Penal, Parte Geral e Especial**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Daniela Fernandes de. **O Princípio da Proporcionalidade No Direito Penal Brasileiro: Controle de Legitimidade e Limitação da Intervenção Estatal Excessiva**. 2013. 181 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, 2000.

POPAZOGLO, Danilo. **Crime de tendência interna transcendente (ou crime de intenção) e Crime de atitude pessoal (ou crime de tendência)**. JUSBRASIL. 2018. Disponível em <<https://dpopazoglo.jusbrasil.com.br/artigos/646405139/crime-de-tendencia-interna-transcendente-ou-crime-de-intencao-e-crime-de-atitude-pessoal-ou-crime-de-tendencia?ref=serp>> Acesso em 08 de setembro de 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense.

RIBEIRO, BETO. Investigação Criminal: Caso Ives Ota. Estreia em 19 de novembro de 2018. In: NETFLIZ plataforma de streaming. Disponível em <<https://www.netflix.com/title/70294895>> Acesso em 20 de dezembro de 2018.

RIBEIRO, Tiago. **Direito Penal De Emergência: Lei Dos Crimes Hediondos**. 2019. Disponível em <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/direito_penal_de_emergencia.pdf> Acesso em 08 de agosto de 2019.

SBT. O Crime Não Compensa: Caso Ives Ota. Estreia 13 de janeiro de 2019. Disponível em <<https://www.sbt.com.br/series/o-crime-nao-compensa>> Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Código de Hamurabi**; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/codigo-hamurabi.htm>> Acesso em 15 de setembro de 2019.

SOUZA, Diana Paula de. Jornalismo e Criminalidade: a produção midiática da violência e suas implicações nas leis penais brasileiras. In: **INTERCOM** – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. UERJ, 2005. Disponível em< <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/R0846-1.pdf>> Acesso em 09 de setembro de 2019.