DISPARIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Olivie Samuel Paião, Thamires Oliveira Feitosa, Aline Feitosa Azevedo

Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente, SP. E-mail: olivie-samuel@hotmail.com.

RESUMO

O ditador de penas e punições no Brasil é, principalmente, o Código Penal Brasileiro, dado pelo decreto-lei nº 2.848, de 1940. Logo, o atual código foi feito há 76 anos, em uma época onde os direitos humanos não eram tão valorizados, mas sim, o patrimônio. Desta forma, muitas incongruências foram deixadas na lei, com penas extremamente rígidas aos crimes cuja proteção é patrimonial, e pena menor aos crimes que defendem a vida e a integridade física dos seres humanos, surgindo, então, disparidade na aplicação das penas. Portanto, precisamos de uma análise em nosso código, elevando e sobrepondo a vida sobre quaisquer outros direitos.

Palavras-chave: Penas, Código Penal, Desproporcionalidade, Direito Patrimonial, Integridade Física.

DISPARITY IN THE APPLICATION OF PENALTIES

ABSTRACT

The dictator of penalties and punishments in Brazil is, mainly, the Brazilian Penal Code, given by Decree- Law nº 2848 of 1940. Thus, the current code was made 76 years ago, at a time where human rights were not as valued, but the heritage. Thus, many incongruities were left in the law, with extremely stiff penalties for crimes whose protection is asset, and less penalty to crimes that defend life and physical integrity of human beings. Therefore, we need a review in our code, raising and superimposing the life of any other rights.

Keywords: Penalty, Criminal Code, Disproportionality, Equite Law, Physical Integrity.

INTRODUÇÃO

Há diversas discussões a respeito da aplicação das penas com uso do nosso atual Código Penal, inclusive debates a respeito da construção de um novo código, sobre a argumentação de que o mesmo encontra-se ultrapassado, tendo em vista a época em que foi elaborado, com as diversas leis esparsas que são incoerentes com o momento em que estamos. Entre 1976 e 2016 houve diversas mudanças, tanto legais quanto sociais, caracterizadas por maior valorização da vida e certa banalização dos patrimônios, este não mais se superpondo, principalmente após a vigência da Constituição Federal de 1988.

O propósito do presente trabalho é demonstrar que há uma desproporcionalidade na aplicação das penas, sendo incompatível com o momento em que vivemos o que revela então, uma incongruência com o atual código. Faz-se necessária uma reformulação das normas penais que punem crimes contra a pessoa, sendo estas superiores ou, no mínimo, iguais a alguns crimes contra o patrimônio.

METODOLOGIA

A pesquisa pautou-se em um levantamento bibliográfico, mediante o qual se buscou fazer do tema uma análise a partir de obras já publicadas, com intuito de investigar mais a fundo a questão. Foram utilizados para a realização deste artigo livros doutrinários, artigos de revistas especializadas, legislações, jornais e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema.

DISCUSSÃO

O nosso ordenamento jurídico ficou hierarquizado com normas jurídicas que é composto por regras e princípios constitucionais, dando base ao direito de modo que sirva de parâmetro para a harmonização entre as penas e as normas penalizadoras.

O princípio da proporcionalidade está presente em todo o ordenamento jurídico, mas, principalmente, dentro do direito penal e, sem desprezo ou detrimento a nenhum outro princípio, tem suma importância. Afinal, é o responsável em fazer a aplicação exata e proporcional ao delito cometido, evitando que o princípio da igualdade seja afetado, o que, consequentemente, evita indignação e caos social.

Quando se fala em proporcionalidade, imagina-se logo uma questão de equilíbrio. Neste caso esse equilibra-se quando os direitos individuais estão de acordo com os anseios da sociedade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, a proporcionalidade:

“É um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 50.)

Em sua forma atual, o princípio da proporcionalidade é normalmente descrito pela doutrina alemã como um conjunto de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa dizer quais os meios utilizados para alcançar o fim desejado. Faz-se necessário averiguar qual o bem jurídico que a lei visa proteger, e, posteriormente, examinar se este bem está sendo realmente protegido para que esta alcance o seu determinado fim, que é protegê-lo. A aferição da necessidade envolve uma etapa de investigação para verificar a existência de meios alternativos para se alcançar o referido fim. Desta forma a proporcionalidade em sentido estrito visa procurar saber quais as vantagens e as desvantagens para a realização do propósito.

Assim Gilmar Ferreira Mendes descreve o princípio da proporcionalidade:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a

compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.” (MENDES, p. 475).

Apesar de ser fundamental no ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade não está explicitamente presente na Constituição Federal, alguns dispositivos extraídos da Carta Magna podem ser usados de paradigmas para o seu reconhecimento. Complementando, a professora Fernanda Marinela assevera alguns dispositivos, como, por exemplo, a combinação do artigo 37 com o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV, todas da Magna Carta. (MARINELA, 2010, p. 51).

Ainda ressalta o jurista alemão Jürgen Schwab:

“Esse princípio [da proporcionalidade] que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral da liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para a proteção de interesses públicos” (SCHWAB, 2006, p. 239.)

Este princípio visa proteger os cidadãos do poder arbitrário do Estado, limitando a sua atuação ao salvaguardar os seus direitos.

Conforme diz Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2003, p.104/105).

Para que ocorra a aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessário que haja uma conduta tipificada no ordenamento jurídico no qual algum bem jurídico tutelado, que tenha grande relevância para a sociedade, é ofendido. De acordo com a importância concedida a esse bem jurídico pela sociedade, a severidade da sanção penal deverá corresponder a menor ou maior gravidade da infração. A linha de pensamento é defendida por Beccaria em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, no qual o autor enfatiza que quanto mais grave o ilícito, mais severa deve ser a pena.

Assim Beccaria defende:

“O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre delitos e as penas.” (BECCARIA, 1999, p. 37).

É de se esperar que se apliquem sanções mais intensas e rigorosas aos crimes mais graves que infligam bens jurídicos, tais como a vida e a integridade física de outrem. E, logicamente, as penas mais brandas sejam dirigidas para crimes menos graves, assim ocorrendo a proporcionalidade entre a pena e o delito.

Ressalta Beccaria:

“Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que se temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer” (BECCARIA, 2000, p. 123)

Contudo, na prática, as coisas acontecem de forma diferente, há uma disparidade muito significativa no ordenamento jurídico penal, que traz uma desproporção cominada, no que diz respeito às penas aplicadas em crimes contra patrimônio e crimes contra a vida.

Pela leitura da norma do código penal brasileiro, o seu título II traz “dos crimes contra patrimônio”, no qual o crime de furto está tipificado no artigo 155 caput e §4º (simples e qualificado), e pelo título I, “dos crimes contra a vida”, o crime de lesão corporal encontra-se no artigo 129 §1º e 2º, diante disso já se poderá notar a desproporcionalidade em relação às penas cominadas nos dois crimes.

“Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

(...)

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 1º Se resulta:

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV- deformidade permanente;

V- aborto;

Pena – reclusão, de dois a oito anos.”

Pelo artigo 155 tem-se: se um agente furta um objeto móvel qualquer, sua conduta estará sujeita a uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa, e pelo artigo 129, se um agente comete lesão corporal grave contra outrem resultando a incapacidade para suas ocupações habituais, ou a debilidades permanente de membro, sentido ou função, sua pena será de reclusão de um a cinco anos, ou seja, as penas se equiparam em um mínimo legal de um ano. Mais adiante, no §4º do artigo 155, o furto será qualificado se houver destruição ou rompimento de obstáculos para a subtração da coisa, resultando em uma pena de reclusão de dois a oito anos, e multa. Já no §2º do artigo 129 a pena será de dois a oito anos se da lesão grave resultar a perda ou inutilização do membro ou enfermidade incurável. Mais uma vez ambas as penas se equiparam a um mínimo legal de dois anos. Outra equiparação se encontra no parágrafo 4º do artigo 155, inciso II, que diz que se o agente comete furto mediante abuso de confiança, fraude, escalada ou destreza a pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa. No artigo 129, que trata da integridade física, no parágrafo 2º, incisos IV e V, diz que se o agente cometer lesão corporal que resulte em deformidade permanente ou até mesmo um aborto, ou seja, retirar uma vida, a pena será de igual valor ao exemplo do furto, com mínimo legal de dois anos a oito anos, extirpando, entretanto, a multa.

A vida, a integridade física e a saúde do ser humano são bens de maior importância e por isso deveriam receber maior proteção do Estado, no sentido de dar maiores sanções a quem infligisse esse direito, do que se ocorrer com um mero patrimônio qualquer, de menor relevância para uma sociedade. Os artigos da lei geram dúvidas quanto à gravidade de um crime. Pois se ambos os crimes possuem pena mínima igual, trata-se com mesma importância um furto de um celular com uma agressão que resulta aborto- é espantoso.

A Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 5º, garantiu a todos os brasileiros direitos fundamentais, que significa dizer que são direitos atribuídos a todos os cidadãos com finalidade de dar condições mínimas a cada ser humano, de forma a conduzirem suas vidas de modo pleno e sadio. São exemplos de garantia dos direitos fundamentais; à inviolabilidade do direito a vida, à segurança, à propriedade e à igualdade, o que não significa dizer que estes direitos tem igual força de poder.

O patrimônio, diferentemente, é normalmente descrito:

“O patrimônio, em sentido amplo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é constituído pelo conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular: “Em sentido estrito, tal expressão abrange apenas as relações jurídicas ativas e passivas de que a pessoa é titular, aferíveis economicamente. Restringe-se, assim, aos bens avaliáveis em dinheiro”. Para Nélson Hungria, as coisas sem valor econômico ou de valor puramente *sentimental* (é furto a subtração, p. ex., de um amuleto sem valor de troca ou de um anel de cabelos que se guarda como lembrança da pessoa amada) também integram o patrimônio, de modo que podem ser objeto material dos crimes patrimoniais.” (GONÇALVES; HUNGRIA; *apud* CAPEZ, 2012, p. 430). Desta forma, é isto que o direito patrimonial procura tutelar, acima de tudo defendendo as coisas de valor econômico, e até mesmo sentimental.

Entretanto, a vida é o direito fundamental que principia todos os outros direitos. É um direito natural que dá a condição de ser humano. É a razão da existência dos demais direitos e garantias, pois, se não existisse a vida humana, tudo dentro do ordenamento jurídico, entre normas, regras, leis, princípios, etc., seriam inócuos. E, frisando tal importância, no artigo 5º da Carta Magna, é o direito inviolável à vida que precede todos os outros direitos nele elencados.

CONCLUSÃO

Através das pesquisas feitas e opiniões formadas, em se tratando da atual realidade em que estamos, ou seja, em que se valorizado o direito à vida com supremacia aos outros direitos, concluímos que por mais que a vida seja o bem de maior importância, ainda, em alguns pontos, é tratada como qualquer outro direito. Sobre a ótica de comparação entre crime contra o patrimônio e crime contra a vida, este último se elege “menos importante” do que um mero bem material. O “legislador”, ao equipar as duas penas do crime de furto e lesão corporal com um mínimo legal idêntico para as duas condutas, infringe o princípio da proporcionalidade, não aplicando a pena de acordo com a gravidade da conduta. Logo, necessitamos de uma reforma de tal forma que aumente a pena dos crimes que envolvem a vida e a saúde física das pessoas. Afinal, não se devem existir dúvidas quanto à valoração de normas nesse certame.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos(arts. 121 a 212) / Fernando Capez. — 12. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009.

JAKOBS, Michael, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Colônia,1985, p. 150.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª ed. Impetus, 2010, p. 51.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001.

SCWAB, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 239.