

(DES) PROPORCIONALIDADE DO CÓDIGO PENAL EM FACE DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Cleiton Lucas Andrade dos Santos Magalhães¹

. Érica Rios de Carvalho²

Resumo: A presente pesquisa parte da pergunta: o Código Penal de 1940 contempla a vida ou o patrimônio como bem jurídico mais relevante ao ser humano? Assim, tem como objetivo geral, à luz dos direitos humanos e constitucionais, identificar a existência de um bem jurídico mais relevante à referida lei. Os objetivos específicos consistem em analisar a diferença de tratamento dado aos bens jurídicos no direito penal e nos direitos humanos; e debater a efetiva proteção jurídica dos crimes contra a pessoa em comparação à proteção ao patrimônio no Código Penal. Para tanto, adota-se como metodologia a revisão bibliográfica, a análise de documentos e a análise de conteúdo do Código Penal brasileiro para discutir a desproporcionalidade na aplicação da pena e na defesa dos bens jurídicos. Como resultados, a percepção que o ordenamento penal vigente não se encontra em conformidade com as normas internacionais e constitucionais, bem como a existência de erro pelo legislador quando a proporcionalidade das penas impostas aos crimes patrimoniais.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Código penal; Constituição; Proteção aos Direitos Humanos.

ABSTRACT: The present research starts from the question: Does the 1940 penal code contemplate life or heritage as the most relevant legal asset for human beings? Thus, its general objective in the light of human and constitutional rights is to identify the existence of a legal asset more relevant to the penal code. The specific objectives are to analyze the difference in the treatment of legal assets in criminal law and human rights and to debate the effective legal protection of crimes against the person compared to the protection of property in the Penal Code. To this end, the literature review, document analysis and content analysis of the Brazilian Penal Code are adopted as a methodology to discuss the disproportionality in the application of the penalty and in the defense of legal assets, leading to the question of which should be more protected by the State.

KEYWORDS: Proportionality; Penal Code; Constitution; Protection of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A ARTICULAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO PENAL BRASILEIRO. 3. PROTEÇÃO JURÍDICA DE CRIMES CONTRA A PESSOA x DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO CÓDIGO PENAL. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Email: cleitonandrade00@hotmail.com

² Orientadora. Professora de Direito da UCSal. Especialista em Direito Privado (CEJUS). Mestra e Doutora em Políticas Sociais e Cidadania (UCSal). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos (NP CEDH). Email: erica.carvalho@pro.ucs.br

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro de 1940 nasceu para responder ao clamor social da necessidade de punir alguém que cometa uma ação que a coletividade e o Estado julguem danosa para a sociedade. Porém, essa punição necessita atender os princípios constitucionais presentes no ordenamento jurídico, tal como o da proporcionalidade, que prevê que a pena deve ser condizente com o crime cometido.

A partir do entendimento da necessidade da proporcionalidade na aplicação da norma, surge a presente problemática. Há que se investigar se o Código Penal é ou não patrimonialista, dando maior valor e punição aos crimes contra o patrimônio. Se assim for, o Direito Penal estaria considerando o patrimônio mais relevante em detrimento da integridade física e psicológica do ser humano.

Assim, a pergunta de pesquisa a partir da qual esse trabalho se constrói é: o Código Penal de 1940 contempla a vida ou o patrimônio como bem jurídico mais relevante ao ser humano? Portanto, o objetivo geral, à luz dos direitos humanos e constitucionais, é identificar a existência de um bem jurídico mais relevante à referida lei.

Para atender ao objetivo geral, tem-se como objetivos específicos verificar a existência ou não de um bem jurídico mais relevante ao Código Penal, bem como ponderar sobre a diferença de tratamento dado aos bens jurídicos no Direito Penal e nos Direitos Humanos, visando debater a efetiva proteção do direito à vida em comparação à proteção ao patrimônio na referida norma.

Negligenciar o reconhecimento do desprestígio de alguns bens jurídicos em relação a outros seria ferir todos os avanços históricos em matéria de direitos humanos. Lutas e resistências por séculos ao redor do mundo, nas mais variadas circunstâncias de injustiça, levaram a sociedade internacional a construir e criar instrumentos para proteger os direitos humanos, que devem ser respeitados e aplicados na sua forma máxima, inclusive com ratificação de tratados internacionais que versam sobre eles.

A intenção deste trabalho, em última instância, é debater a aplicação da proporcionalidade nas penas do direito penal. Isso é de suma importância social, acadêmica e legislativa. Social em virtude do destinatário da pena, toda pessoa que venha a descumprir o diploma legal; acadêmica em razão da necessidade de

verificar a adequação do ordenamento jurídico pátrio aos seus próprios princípios, em especial o da proporcionalidade para melhor salvaguardar os bens jurídicos à luz dos direitos humanos; por fim, legislativa, pela necessidade de o Direito acompanhar a história, já que a forma como sociedade de 1940 pensava não é a mesma como pensa hoje. Assim, é fundamental a adequação do Código Penal aos avanços dos direitos fundamentais e respeito aos tratados dos quais o Brasil é parte.

Analisar o Direito Penal é analisar a última esfera do Direito em si, em razão do princípio da intervenção mínima, que consiste na legitimidade do Estado em aplicar a lei penal apenas em último caso, em situações em que bens jurídicos relevantes estão sendo colocados em risco e a figura do Estado precisa agir. Desta forma, as demandas a serem atendidas por essa área são essenciais para manutenção da ordem social.

Por fim, para alcançar tais objetivos, a metodologia triangula revisão bibliográfica, análise de documentos e análise de conteúdo, especificamente do Código Penal. (BRASIL, 1940).

2. A ARTICULAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO PENAL BRASILEIRO.

A estrutura normativa vigente no Brasil demanda harmonização e aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como a influência dos direitos humanos, para a devida aplicação do Direito, inclusive na esfera penal. Sendo o Brasil membro de cerca de 300 tratados internacionais de direitos humanos nomeadamente seu defensor, nos termos da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cumpre compreender a fundação dessa articulação.

A participação do Brasil em tratados internacionais de direitos humanos e o reconhecimento constitucional da prevalência desses direitos como princípios (BRASIL, 1988, artigo 3º, II) vinculam o país à necessidade de sua efetivação.

Os direitos humanos podem ser visualizados como uma reunião de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, protegidos pela ordem internacional, contra violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer contra a população sujeita ao seu poder, bem como contra violências perpetradas horizontalmente entre indivíduos e grupos da sociedade civil.

Este conjunto normativo exprime algo necessário para a preservação da pessoa humana. Nesse sentido Bobbio (2004), relata que os direitos humanos são essenciais e que se deve sempre buscar sua efetivação no ordenamento jurídico.

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que não devem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, 2004 p.12)

Tais direitos têm o caráter indispensável à concretização de uma vida plenamente digna. Por isso, os Estados se comprometem a respeitar estas prerrogativas, e, em caso de descumprimento, ficam sujeitos a reprimenda internacional.

Essa gama de direitos trata da proteção dos seres humanos, independentemente da nacionalidade, cor de pele, origem ou etnia do indivíduo ou grupo.

Afinal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) estabeleceu no artigo 1º que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

O sistema internacional de direitos humanos se firma sobre três princípios basilares: a inviolabilidade, a autonomia e a dignidade da pessoa humana. Eles lastreiam toda a construção desses direitos, atrelando a ideia de impossibilidade de sua violação.

Os Direitos Humanos possuem diversas características próprias, capazes de diferenciá-los das demais espécies de direitos. São elas: Historicidade; Universalidade; Essencialidade; Irrenunciabilidade, Inalienabilidade, Inexauribilidade, Imprescritibilidade, indivisibilidade e vedação do retrocesso.

A historicidade é a compreensão que os Direitos Humanos, são frutos de uma construção histórica, que foi se moldando com o tempo. Um momento marcante na evolução histórica destes direitos foi em 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU), com a criação de normas de caráter internacional e que deveriam ser aplicadas de forma coletiva pelos Estados.

Já a universalidade diz respeito à concepção de que todas as pessoas humanas são titulares destes direitos, pela condição de serem pessoa. Dentro dessa condição podem gozar das prerrogativas levantadas pelos Direitos Humanos, tanto no seu Estado, de origem/residência, quanto fora dela. Essa característica visa ressaltar que independentemente do sexo, credo, convicção religiosa e política, condição financeira e social, ou qualquer outra característica, esses direitos são para todas e todos.

A essencialidade é a visualização de que os Direitos Humanos são necessários a todos e todas, pois se o conteúdo é relevante a qualquer ser humano. Outro aspecto da essencialidade é a percepção da superioridade normativa desses direitos em relação ao ordenamento jurídico todo.

Mais uma característica é a irrenunciabilidade, que consiste na compreensão que o sujeito titular dos direitos, mesmo que assim deseje, não poderá deles abrir mão. Na mesma linha, esses direitos não podem ser alienados, transferidos para outrem, mesmo que forma gratuita. São direitos indisponíveis.³

Os direitos humanos são inexauríveis, isto significa afirmar que eles podem se estender a qualquer momento, ou seja, sempre será possível o nascimento de novos direitos, a todo o momento, conforme ainda os ditames do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros [...]” (BRASIL, 1988)

Outra importante característica é a imprescritibilidade, pois os direitos humanos não prescrevem, ou seja, não se esgotam com o passar do tempo e podem ser exercidos a qualquer tempo. Podemos compreender com essa peculiaridade que os direitos podem ser requeridos em qualquer momento, pois sua efetividade é plena, e não possui marco de termino.

A indivisibilidade é uma importante marca dos direitos humanos, posto que os direitos devem existir em conjunto, direitos individuais, coletivos, sociais – de todas as dimensões – e que eles se relacionam entre si, necessitando do complemento um do outro para serem plenamente efetivados.

Por fim, outra característica dos direitos humanos é a vedação ao retrocesso, que seria a ideia de que eles devem sempre ser ampliados, agregando melhores

^{3 3} A indisponibilidade comporta exceção sempre que o sujeito expressamente demonstrar vontade em renunciar a parcela de algum direito, desde que com uma limitação temporal pré-determinada. Exemplo: indivíduo assina contrato com emissora de televisão, aceitando renunciar parcial e temporariamente a seu direito à privacidade para participar de programa de *reality show*.

condições de vida ao ser humano. Isso quer dizer que não há a possibilidade jurídica de o Estado restringir, ou extinguir direitos já reconhecidos⁴. Por ser um conjunto de conquistas históricas, como já visto, busca-se a proibição do retrocesso. Uma vez que a gama de prerrogativas alcançadas pela sociedade internacional foi garantida a duras penas, não cabendo que estes ganhos sejam perdidos, ou, ainda, massacrados por interesses e/ou convicções pessoais daqueles que compõem o poder dentro da estrutura dos Estado.

Alinhando-se a esse sistema internacional de direitos humanos, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) incluiu seu conteúdo desde os primeiros artigos. Em âmbito interno, é comum referir-se a tais direitos como direitos fundamentais. São salvaguardados pelo texto legislativo supremo do Brasil os direitos a privacidade; vida; igualdade; liberdades individuais como locomoção, segurança pessoal, religião presunção de inocência e garantia do devido processo legal; cultura; saúde; meio ambiente equilibrado, entre vários outros expressos e não expressos no corpo constitucional.

A Carta Magna reconhece e reproduz todas as características dos direitos humanos, dando-lhes tal relevância que os elevou a cláusulas pétreas (BRASIL, 1988, artigo 60, §4º).

Os direitos humanos devem ser compreendidos como direitos que se encontram acima dos demais, inclusive na organização do Estado, posto que se encontram tutelados na forma de tratados internacionais, aos quais o Brasil se vincula, e na constituição (BRASIL, 1988). Assim, o país possui o dever/poder de cumprir com as determinações ali impostas a fim de efetivar os referidos direitos.

A hierarquia superior da constituição em relação às demais normas do ordenamento brasileiro é evidenciada por ser a norma suprema do Estado brasileiro, pois nela se localiza a forma de estruturação, organização, separação de poderes do Estado, contendo ainda suas normas fundamentais, Nesse sentido:

É a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou

⁴ Salvo em situações temporárias e excepcionais, de forma proporcional e conforme limites legais, como ocorre nas hipóteses que ativam o sistema constitucional de crises (intervenção, estado de defesa e estado de sítio). (BRASIL, 1988).

implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. (SILVA,2005 p.46)

Evidencia-se a inquestionável superioridade das normas constitucionais em relação às demais normas internas. Por sua vez, os tratados internacionais gozam de hierarquia superior em relação ao direito interno, conforme expressa previsão do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), da qual o Brasil é membro.

Os tratados, quando integram o ordenamento jurídico interno de um Estado, ganham a capacidade de revogar legislação que não esteja em conformidade com as disposições do texto internacional. Os tratados não são leis propriamente ditas, mas sim disposições internacionais que se aplicam internamente nos Estados que se encontram a eles vinculados.

Quando regularmente concluídos, os tratados ingressam no ordenamento jurídico interno com vida própria e com sua roupagem original de tratado, e nessa qualidade revogam a legislação anterior incompatível, tal como faria uma lei superveniente. E além de revogarem a legislação interna incompatível, tal como faria a norma posterior relativamente à anterior, devem também os tratados serem observados pelas demais leis que sobrevenham. (MAZZUOLI, 2011 p. 200)

Denota-se que a regulamentação internacional por meio de tratado possui status superior a leis ordinárias/complementares que existem internamente. Assim sendo, as disposições internas dos Estados devem obediência às regras e princípios internacionais de direitos humanos, na medida em que cada país ratifique os respectivos tratados.

Destarte, como o Direito Penal é fruto de uma regulamentação interna estatal, encontra-se hierarquicamente abaixo da Constituição Federal e dos tratados internacionais (inclusive os de direitos humanos), devendo, portanto, estar em total conformidade com as disposições dos referidos diplomas legais.

Diante disso, a relação dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional com o Direito penal é inegável. Ademais, a normas constitucionais exercem influência sobre todos os ramos do Direito e, em especial, sobre o Direito Penal, em razão de os bens jurídicos relevantes encontrarem sustentação na Carta Magna e de seus princípios se irradiarem por todo o ordenamento jurídico. A partir dessa construção protetiva, é dever do Direito Penal tutelar os direitos fundamentais extraídos do corpo normativo constitucional.

Considera-se o Direito Penal, como uma ferramenta de controle social, da qual a máquina estatal se vale para garantir a função constitucional de não violação de direitos humanos como liberdade, vida, segurança, igualdade e dignidade.

Porém no Brasil essa hierarquia não parece vir sendo cumprida integralmente, posto que as formas de compreensão e interpretação do Código Penal e dos direitos humanos são diversas. Isso porque o diploma penal brasileiro traz na sua construção organizacional um elenco de bens jurídicos superiores a outros, enquanto a teoria geral dos direitos humanos afirma como uma das suas características principais a indivisibilidade.

Para a teoria geral dos direitos humanos, não existe bem jurídico superior, não há direito maior que outro, posto que o primeiro direito do ser humano é a ter direitos, afastando qualquer grau de hierarquia entre eles.

Nesse contexto de teoria geral, cabe ainda esclarecer que regras e princípios são duas espécies do gênero norma, e que os direitos humanos funcionam como regras e princípios ao mesmo tempo.

As regras são mais objetivas e taxativas, servindo para enquadrar as condutas humanas e não humanas em uma lógica binária simples (subsunção direta do fato à norma vai responder se há aplicação ou não ao caso concreto). Por outro lado, os princípios são mais abrangentes, não buscam efetivamente definir condutas, mas em verdade criar um norte, interpretativo sob o qual as regras sejam aplicadas. Essa operacionalização serve para que as normas se encontrem em conformidade com o sistema hierárquico e organizacional do Estado.

É possível classificar os princípios em três espécies, segundo Canotilho (2003 P.243). Primeiro os princípios políticos, que representam as decisões políticas que estruturam e fundamentam o Estado, como a separação dos poderes, a impossibilidade de ruptura do vínculo federativo, a presença do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Na Constituição Federal esses princípios encontram-se nos artigos 1º e 2º (BRASIL, 1998).

A segunda espécie inclui os princípios constitucionais impositivos, que regulam a disposição, imposições aos órgãos que integrem o Estado, delimitando atribuições e competências. Essa classe consegue ser visualizada na constituição brasileira nos artigos. 21º a 24º, onde são elencadas as atribuições dos entes federativos.

Já a terceira espécie comporta os denominados princípios de garantia, que visam efetivar a proteção da pessoa humana. É sobre eles que esse trabalho trata especialmente, pois possuem o escopo de criar garantia para os cidadãos e estão ligados a os direitos humanos.

O princípio da proporcionalidade, que será objeto de maior escrutínio a seguir, está incluído nesse rol.

Esse princípio da é um dos instrumentos para a manutenção da ordem prevista pela Constituição Federal, (BRASIL, 1988) e para proteção dos direitos fundamentais.

Ele se lastreia na proporção e na razoabilidade, que se vinculam à própria noção de equidade e justiça.

Segundo Robert Alexy (2006, P 106), deve-se buscar a máxima proporcionalidade:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesa mento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2006)

O princípio da proporcionalidade é um dos pilares da estrutura estatal, devendo ser aplicado na sua forma máxima, para alcançar o melhor equilíbrio na atuação da Administração Pública. Para Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 50) 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 valendo-se de atos inúteis desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.”.

Não existe um conceito único acerca da proporcionalidade, entretanto a ideia central é compartilhada na doutrina, bem como a sua necessidade no ordenamento jurídico é clara. Tal necessidade se reveste de maior urgência em matéria penal, pois, o Direito Penal é o direito de punir do Estado, que se materializa através de um conjunto de normas que vincula a todos, gerando um padrão de comportamento a ser adotado e atribuindo sanção às ações/omissões que sejam consideradas incorretas no plano jurídico.

Nesse âmbito, a proporcionalidade deve estar alinhada à norma criada pelo legislador, onde deve-se levar em conta ação cometida e sua respectiva sanção, de forma a ser justa, adequada e razoável a penalidade prevista. Deve ainda haver observância quanto à aplicação do tipo penal pelos magistrados⁵, que possuem o dever legal de fundamentar suas decisões, a fim de garantir uma boa dosagem da pena no caso em concreto.

O Direito Penal é o ramo do Direito que lida com direitos individuais indisponíveis, ou seja, são irrenunciáveis, tais como a liberdade, a vida, a integridade física. Deste modo, a matéria penal é considerada como a última instância do Direito, devendo ser acionada apenas em último caso, em situações que de fato envolvam bens jurídicos relevantes, Nesse sentido “A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.”. (GRECO, 2017, p.34)

O Direito Penal brasileiro se fundamenta na prevenção do cometimento de delitos, porém, se eles forem cometidos por alguém, prevê que deve haver uma punição.

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)

A construção do Direito Penal espera que o Estado aplique a proporcionalidade, a fim de que sejam mais intensamente punidos os crimes mais gravosos. Para decidir sobre a gravidade, a lógica nessa área jurídica estabelece hierarquia entre os bens jurídicos, delimitando como mais relevantes aqueles conexos com a manutenção da vida e da dignidade humana. A contrário *sensu*, devem ser mais brandas as penas que versem sobre ações que gerem danos a bens jurídicos menos relevantes, como, por exemplo, o patrimônio. Desta forma,

⁵ Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios; IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

estaria garantido a proporcionalidade entre a ação cometida e a pena imposta pelo Estado. Reforça nesse sentido 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)

A aplicação do princípio da proporcionalidade está diretamente atrelada ao Estado de Direito e à segurança jurídica. Sua vigência protege direitos humanos de vítimas e criminosos, na medida em que não deixa a conduta impune, mas também não pratica excessos. A punição em excesso materializa uma espécie de violência do Estado para com seus cidadãos, maculando sua legitimidade para aplicação da sanção penal.

A proporcionalidade entre sanção e ato ilícito necessita ser vislumbrada no Código Penal, para que ele se alinhe, portanto, à Constituição (BRASIL, 1998) e aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é membro. Porém, em razão do momento do seu surgimento, em um regime ditatorial da era Vargas, onde houve uma modificação total do regime político do Estado, momento em que o regime militar internalizou de forma substancial as ideias de um direito penalizador. A consequência é a inversão dos valores que parece se materializar no espoco do diploma legal, conforme se verificará no capítulo 3 deste trabalho.

Este diploma legal sofreu diversas modificações no decorrer dos anos, em razão das modificações que ocorreram na sociedade, tornando-se ultrapassado, e carente de adequação social do fato a norma, sendo considerado um código retalhado pelas modificações legislativas no decorrer dos anos.⁶

⁶ A forma ultrapassada do código verifica-se nos seus dispositivos que foram tidos como inconstitucionais, bem como naqueles que perderam sua tipicidade material. Exemplo desse segundo caso é a casa de prostituição, presente no artigo 229 do Código Penal, que é formalmente válido, porém materialmente vazio, posto que não exista ofensa a bem jurídico de terceiro. Assim, não é mais penalizado pelo Direito Penal, embora exista uma previsão legal em vigor. Urge, ainda, salientar que tramita no congresso nacional a proposta de um novo diploma legislativo para tratar dos ilícitos

Nesta senda, parece que as áreas do Direito Penal e dos Direitos Humanos, no Brasil, estão incoerentes entre si, posto que um defende teoricamente a proteção maior a certos bens jurídicos, enquanto o outro busca a equiparação de direitos em uma lógica de isonomia e proporcionalidade. Uma vez que o Direito é uno, ou seja, não composto de conjuntos isolados e independentes, há se que verificar em que medida está presente a incoerência ou desencaixe normativo e principiológico. Esse diagnóstico pode contribuir para futuras alterações no ordenamento jurídico, de modo a trazer a harmonia da qual se fala nesta pesquisa.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA DE CRIMES CONTRA A PESSOA x DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO CÓDIGO PENAL.

Quando se trata de matéria penal, a presença da proporcionalidade determina o equilíbrio que deve haver entre o ilícito penal praticado e sua respectiva pena, ou seja, entre a gravidade da ação delituosa e a pena imposta. Tendo por premissa a relação necessária entre a Constituição e o direito penal, para a materialização do direito de punir do Estado, *jus puniendi*.

Nesta senda, o princípio da proporcionalidade funciona como um freio à atividade judicial na interpretação e aplicação das normas penais, bem como na atividade legislativa, na criação e confecção dos tipos penais incriminadores. Segundo o Ministro do Superior Tribunal Federal Barroso, a proporcionalidade possui três dimensões:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito) (BARROSO, 2018, p. 168).

Observe-se que, em todas as dimensões apresentadas, almeja-se evitar uma resposta excessiva à conduta penalizada. Assim, a utilização do princípio da proporcionalidade envolve a apreciação da norma e penal e a devida resposta penal, bem como a proteção dos bens jurídicos.

Segundo Roxin (2013, p. 18-19), os bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”.

Os bens jurídicos penais encontram grande correspondência com os direitos fundamentais. Os direitos à liberdade (sexual, individual e de trabalho) são bens essenciais e que se materializam de forma central no atual *jus puniendi* estatal. A propriedade, embora peça central do ordenamento jurídico, merece especial atenção, dada a questionada fundamentalidade desse direito.

Os crimes patrimoniais possuem uma menor essencialidade à proteção penal, visto que “os direitos patrimoniais, como o civil, são disponíveis. Contrariamente aos direitos fundamentais, eles são sujeitos a acontecimentos, ou seja, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos.” (FERRAJOLI, 2011, p. 23) Para Ferrajoli, portanto, o direito de propriedade não se encontra no rol dos direitos fundamentais.

A ponderação entres os bens jurídicos e sua relevância ao sistema processual penal encontra-se diretamente relacionado à Constituição, que possui como principal fundamento a dignidade da pessoa humana. Logo, seguindo o raciocínio, os delitos que maculem essa dignidade deverão ser mais severamente punidos. Eles se materializam, na legislação penal vigente, nos crimes contra a pessoa.

No sistema processual brasileiro, foram adotadas, via de regra, as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, além dos efeitos da condenação. Alguns deles, a título de exemplo, são: (i) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (ii) perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; e (iii) inabilitação para dirigir veículos, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Entretanto, da análise de conteúdo do Código Penal (BRASIL, 1940), majoritariamente, se aplica a pena privativa de liberdade aos ilícitos praticados, em

razão do critério quantitativo da pena, e a respectiva modalidade de pena imposta, parâmetro trazido pelo artigo 33 e seguintes do referido Código⁷.

Observe-se que a relação majoritária da aplicação da modalidade de regime privativo de liberdade encontra-se atrelada à natureza dos ilícitos penais praticados e suas respectivas sanções.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Departamento Penitenciário Nacional, registra na base de dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), a cada semestre, a quantidade de indivíduos acometidos ao cárcere no Brasil. O objetivo dos dados é informar a real situação dos universos penitenciários no país.

No ano de 2019, em dezembro, foram registradas 989.263 pessoas acusadas de variados crimes no território nacional. (DEPEN, 2019). Dentre elas, 504.108 pessoas (50,96% da população total) foram encarceradas devido a crimes contra o patrimônio; enquanto apenas 171.715 (17,36% da população total) foram presas por crimes contra a pessoa. As informações foram coletadas por formulários on-line preenchidos pelos responsáveis de cada núcleo prisional, sob orientação o Departamento Penitenciário Nacional, sendo validados e/ou corrigidos pelos gestores do estado. Esses são os números mais atuais que refletem a identidade do sistema prisional brasileiro.

Destarte, observe-se que em junho de 2017 foi publicado o último relatório sintético (DEPEN, 2017), o qual destrincha quais os tipos penais cometidos de cada espécie e quantas ações penais foram associadas a cada um. Dele se extrai que a maioria das demandas processadas no sistema processual penal gira em torno dos crimes contra o patrimônio. Dentre eles, destacam-se os delitos contra o patrimônio, divididos conforme tabela a seguir:

⁷ Artigo 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (BRASIL, 1940)

TABELA 1 – Divisão das ações penais contra o patrimônio associadas a pessoas encarceradas no Brasil, conforme tipo penal imputado.

TIPO PENAL	PREVISÃO NO CÓDIGO PENAL (BRASIL, 1940)	Nº DE AÇÕES PENAIS CONTRA O PATRIMÔNIO ASSOCIADAS A PESSOAS ENCARCERADAS	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO TOTAL
Roubo qualificado	Artigo 157, § 2º	93.461	40,1%
Roubo simples	Artigo 157	42.987	18,8%
Furto qualificado	Artigo 155, § 4º e 5º	31.378	13,8%
Furto simples	Artigo 155	29.736	13%
Receptação	Artigo 180	14.658	6,4%
Latrocínio	Artigo 157 § 3º	12.746	5,6%
Estelionato	Artigo 171	3.206	1,4%
TOTAL DAS AÇÕES PENAIS CONTRA O PATRIMÔNIO		228.172	100%

Fonte: elaboração própria a partir dos dados do RELATÓRIO (DEPEN, 2017).

Quando analisam-se as sanções impostas aos delitos que ofendem o patrimônio em comparação com as que tutelam a integridade física (vida, dignidade sexual), a desproporcionalidade ganha maior destaque, especialmente no que se refere aos delitos mais praticados (furto simples, furto qualificado, roubo simples, roubo qualificado, extorsão, estelionato,). Tais delitos com maior repercussão no sistema carcerário necessitam de observação quanto a sua proporcionalidade com o sistema processual penal e constitucional .

Os crimes contra o patrimônio são mais frequentemente registrados no fluxo do sistema de justiça criminal, conforme dados expostos. Um exemplo é o furto, delito que se materializa com a subtração de um bem de terceiro, praticado sem violência ou grave ameaça (artigo 155 do Código Penal). A sanção seria pela ofensa ao patrimônio da vítima, podendo se satisfazer via devolução da coisa subtraída, ou ainda, penhora de bens e valores. Todavia, se no caso do agente não for cabível a substituição da pena para uma restritiva de direitos, ele irá para o cárcere.

Observe-se, então, que há desproporcionalidade na pena aplicada nesse tipo de caso, pois haveria o encarceramento por um delito praticado sem violência nem

grave ameaça, em defesa de um patrimônio que poderia ser devolvido ou indenizado.

Além do exemplo anterior, averiguando as sanções impostas pelo Código Penal, encontram-se penas desproporcionais ao delito no viés quantitativo, seja pela análise destacada do tipo penal, seja pela equiparação com outros tipos penais semelhantes ou não.

Analisando as penas dos crimes de lesão corporal dolosa simples (previsto no artigo 129 do Código Penal) e a lesão corporal culposa (artigo 129, §6º, do Código Penal), verifica-se uma desproporção peculiar. Enquanto no delito em que o agente pratica o ilícito penal de forma dolosa a pena é no patamar de três meses a um ano de detenção, a reprimenda prevista para a lesão culposa é de dois meses a um ano de detenção. São interstícios de pena muito próximos, possuindo a mesma reprimenda máxima.

Opera-se, nesse caso, uma desproporcionalidade em não sopresar, na penalização a vontade do agente, ou seja, o dolo e a culpa.

Observando o delito da lesão corporal, quando praticada de forma dolosa na sua modalidade simples, possui a mesma pena mínima de três meses de detenção quando praticada em violência doméstica. Entretanto, a pena máxima da violência em âmbito doméstico possui uma reprimenda máxima três vezes superior. Há, assim, um desequilíbrio dentro do mesmo tipo penal, com o mesmo bem jurídico sendo tutelado. Muito embora, denote-se que a violência praticada em âmbito doméstico, merece uma reprimenda maior do legislador, um espaço de pena três vezes superior, não respeita a proporcionalidade.

Observando ainda o delito de lesão corporal praticada em situação de violência doméstica (artigo 129, §9º, do Código Penal), ele possui pena no interstício de três meses a três anos. Por outro lado, o furto simples, que encontra-se taxado nos crimes contra o patrimônio, prevê pena de um a quatro anos de reclusão, isto é, a pena mínima é quatro vezes superior à da lesão corporal praticada em violência doméstica, além de possuir uma pena máxima de um ano a mais.

Como um delito praticado contra o patrimônio, realizado sem violência ou grave ameaça, na sua modalidade simples, possui penas tão superiores a um delito com violência contra a pessoa?

As discrepâncias continuam. Analisando-se o delito de furto na sua modalidade qualificada e a lesão corporal gravíssima, ambas possuem o mesmo

interstício de pena de dois a oito anos de reclusão. Para que se apresente a lesão corporal gravíssima, é necessário que a vítima sofra por incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente e aborto. Enquanto no furto qualificado o agente pratica a ação delituosa com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa; mediante concurso de duas ou mais pessoas.

A lesão corporal gravíssima, que gera uma consequência irreparável a um ser humano, possui a mesma pena, de um furto, caso praticado por duas pessoas. Significa dizer que o Direito Penal brasileiro atribui o mesmo valor a arrancar um membro de uma pessoa, e a quebrar uma porta para furtar um objeto.

A desproporção na sanção é nítida, na aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido estrito, visto que as ações possuem resultados diversos e as consequências para a vítima são distintas. Todavia, a reprimenda penal é a mesma. Em um delito praticado com violência, que pode gerar a incapacidade permanente de uma pessoa, ou em um delito cometido por duas pessoas.

Urge ainda salientar a comparação do furto simples com o delito de sequestro e cárcere privado, onde o agente delituoso segrega a liberdade da vítima e possui uma pena de um a três anos de reclusão, uma pena mínima igual, e a pena máxima de um ano, a mesma do furto.

Outro parâmetro é o ilícito de apropriação indébita, cuja reprimenda é de um a quatro anos de reclusão, observe ainda que neste tipo penal, o legislador prevê a reclusão, ou seja, pode ser decretada a prisão em qualquer regime de cumprimento de pena. Em contrapartida o delito de Perigo de contágio venéreo possui uma sanção de três meses a um ano de detenção ou multa, como um delito praticado com dolo direto, visando propagar uma doença venérea pode ser penalizado com multa pelo Direito Penal.

O crime de abandono de incapaz, que consiste no abandono de pessoa que se encontra sob o cuidado do acusado, tem uma reprimenda de seis meses a um ano, enquanto que para o abuso de incapazes para garantir proveito econômico a penalização é de dois a seis anos, cumulada com a multa. Destaque-se que ambos os tipos penais vitimam o incapaz, porém o primeiro visando a sua guarda e o segundo a questão econômica. A discrepância das penas é nítida, pois quando o

crime envolve patrimônio a penalização é alta, e quando trata-se de delitos em relação a pessoa e a sua segurança a reprimenda é menor.

O delito de estelionato possui uma pena de um a cinco anos. Observe-se que o delito de estelionato consiste em obter vantagem indevida, sem violência ou grave ameaça enganando a vítima, já o delito de maus tratos possui uma pena de dois meses a um ano, ou alternativamente a aplicação da multa.

Por vezes a pena imposta pelo legislador gera consequências mais gravosas que o próprio ilícito penal. O furto e o estelionato são delitos praticados sem violência ou grave ameaça que afetam patrimônio alheio, mas que podem implicar em perda da liberdade do acusado.

A apropriação indébita, é mais um ilícito penal desproporcional em relação à ação praticada, posto que a subtração ou a não devolução do bem jurídico causa apenas danos patrimoniais, enquanto a sanção envolve a perda da liberdade.

Ademais, a vontade da vítima em visualizar seu algoz penalizado não possui importância alguma, visto que esses crimes são sujeitos a ação penal pública incondicionada, tendo o Ministério Público autonomia para denunciar o agente delituoso⁸.

Assim, a partir da análise documental e de conteúdo conduzida nesta pesquisa, evidencia-se que o sistema processual penal dá muita prioridade aos crimes praticados contra o patrimônio. Faz isso não só ao perseguir-los mais em seus registros e punições, como ao instituir sanções mais severas aos atos praticados contra esse bem jurídico.

Embora a teoria geral dos Direitos Humanos não preveja a relevância maior de algum bem jurídico, deve-se preservar a vida humana como paradigma de toda a construção de direitos humanos, o que decorre da leitura do preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948).

Não obstante, diversas são as desproporções quando se analisa os tipos penais de forma isolada e comparada com outros tipos, deixando claro o interesse do Estado pela penalização maior dos crimes que envolvem o patrimônio em detrimento dos demais bens jurídicos tutelados.

⁸ Artigo 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

Consegue-se observar, ainda, dentro dessas desproporções existentes na legislação penal, uma seletividade na punição em relação a tipos penais próprios. É “Crime próprio, a seu turno, é aquele cujo tipo penal exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos ou passivos” (GRECO, 2017, p. 243). Um exemplo que pode expor isso é o peculato culposo, que é um crime próprio, posto somente poder ser praticado por pessoas específicas, que são funcionários públicos. No comparativo com o furto (crime simples, que pode ser praticado por qualquer pessoa), há uma desigualdade de tratamento. No peculato culposo, se o agente reparar o dano causado, sua punibilidade é extinta, enquanto no furto, se o agente devolver a coisa ou reparar o dano até o recebimento da denúncia ou queixa, fará jus apenas a uma redução da pena.

Ambos os delitos afetam o patrimônio, porém, no peculato culposo, o agente possui toda a instrução criminal para reparar o dano, se quiser, e, quando o faz, sua punibilidade é extinta. Já no furto, o agente possui um tempo muito inferior e somente terá sua pena reduzida de acordo com os critérios aplicados pelo magistrado no caso em concreto.

As desproporções encontradas através das técnicas de análise de documentos e de conteúdo do Código Penal e dos dados do sistema de justiça criminal despertam o olhar para uma possível conexão com a seletividade penal brasileira. De acordo com Zaffaroni(2013) “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”

Ela se reproduz na sociedade e se dissemina pela mídia, através, por exemplo de telejornais que colocam diuturnamente a imagem de pessoas que cometeram crimes de baixo potencial ofensivo, como o roubo de um celular, gerando a falsa sensação de que esses são os únicos crimes praticados, e que são essas pessoas que afetam diretamente a segurança da sociedade. Esse cenário cria uma espécie de perfil das pessoas, atrelando características sociais e físicas ao cometimento de certos ilícitos penais. Esse etiquetamento, no Brasil, atinge a juventude negra e pobre, que é vista como marginal, considerada como a ser evitada, afastando mais ainda essa parcela da sociedade do acesso a seus direitos fundamentais.

Embora não seja objeto desta pesquisa discutir a seletividade penal brasileira, os resultados encontrados abrem caminho para ao menos se questionar se não existira essa conexão, demandando futuros estudos para melhor compreensão e aprofundamento do tema.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente artigo teve como principal intuito ponderar a existência de um bem jurídico mais relevante ao direito penal, à luz dos direitos humanos e da Constituição Federal, em especial do princípio da proporcionalidade.

Tendo por objetivos específico ponderar sobre a diferença de tratamento dado ao bem jurídico no Direito penal e nos Direitos humanos, alcançando a verificação no capítulo dois, evidenciando a diferença de tratamento dados aos bens jurídicos.

Buscou-se também debater a efetiva proteção do direito a vida em comparação a proteção ao patrimônio no Código Penal no capítulo três, evidenciando uma desproporcionalidade na aplicação da reprimenda penal nos delitos que afetam o patrimônio. Os bens jurídicos que recebem a tutela estatal, entendidos como direitos do cidadão a serem protegidos, devem ter o sistema de garantias adequado ao ordenamento jurídico pátrio. É necessário, portanto, que sua aplicação seja proporcional à agressão sofrida, ou seja, na proteção dos bens jurídicos, deve incidir o princípio da proporcionalidade desde a criação dos tipos penais incriminadores, até a penalização dos criminosos.

No entanto, verificou-se a desproporcionalidade das penas previstas no Código Penal quando se compara os crimes contra o patrimônio e os contra a vida. Em geral, as ofensas ao patrimônio recebem sanções maiores que as violações da integridade física, ocorrendo erros na penalização de tipos dolosos e culposos, com pouca distinção quanto à pena aplicada.

Observou-se, ainda, que essa desproporcionalidade reflete diretamente no sistema carcerário brasileiro, onde mais de 50% das pessoas presas respondem por crimes patrimoniais. Em razão de critério quantitativo de pena, previsto no artigo 33 do Código Penal, aplica-se a sanção da restrição da liberdade, quando se possui no ordenamento jurídico, as penas restritivas de direitos, ainda pouco exploradas.

Desta forma, o Direito Penal vem se materializando em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade e prestando um desserviço ao se desalinhar à hierarquia normativa vigente. Por conseguinte, urge a necessidade da adequação das normas penais aos princípios norteadores do sistema processual vigente.

RELATÓRIO ANTIPLÁGIO

Arquivo de entrada: TCC- Cleiton Lucas Andrade dos Santos Magalhães.docx (7648 termos)

Arquivo encontrado		Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)	
researchgate.net/pub...	Visualizar	8100	96	0,61	
escavador.com/sobre/...	Visualizar	4245	66	0,55	
noosfero.ucsal.br/er...	Visualizar	905	20	0,23	
noosfero.ucsal.br/er...	Visualizar	512	7	0,08	
gov.br/planalto/pt-b...	Visualizar	619	6	0,07	
planalto.gov.br/cciv...	Visualizar	66	0	0	
letras.mus.br/milion...	Visualizar	468	0	0	
jusbrasil.com.br/top...	-	-	-	-	Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403
planalto.gov.br/cciv...	Visualizar	60	0	0	
jenifferbossak6.jusb...	-	-	-	-	Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Robert. **Teoria os Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores 2008

BARATTA, A.. **Defesa dos direitos humanos e política criminal**. Instituto Carioca de Criminologia: Discursos sediciosos crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, Ano 2, n. 3. p. 66, 1º semestre, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

BOBBIO, N. A Era dos Direitos. In: **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro-RJ: Giulio Einaudi Editore, 2004.

Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Relatório Sintético 2017.1. Brasília, DF: o autor.

Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Painel interativo dezembro 2019. Brasília, DF: o autor.

BRASIL. PLANALTO. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Planalto. **DECRETO LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Código penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 maio. 2020.

CUNHA, J.ÚNIOR, D. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. v. 147^a ed Salvador: Juspodivm 2015

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal, Parte geral.**, 19ª ed Niteroi: Editora Impetus 2017.

ROXIN, C. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal.** Trad.ução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.. **Direito Penal Brasileiro I.** 4. ed. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.