

# PONDERAÇÕES SOBRE A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Paulo José Freire Teotônio

Silvio Henrique Freire Teotônio.

**SUMÁRIO:** 1. Notas introdutórias; 2. A questão preliminar da adequação típica; 3. A prevenção como lógica de política criminal; 4. A proporcional adequação social das condutas; 5. A proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação da norma penal incriminadora.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS:

A questão de maior relevância para a eleição dos tipos penais é a importância do bem jurídico a ser tutelado, uma vez que a função do Direito é a de justamente proteger os bens jurídicos selecionados em razão de prioridades sociais, com o objetivo de assegurar a paz social, sendo o conjunto das normas que define os crimes, cominando penas e estabelecendo os princípios e normas gerais do Direito Penal. Dentre os bens jurídicos dignos de proteção da norma, podemos citar: a vida, a propriedade, a liberdade, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para sociedade.

Destarte, vale destacar que não são todos os bens da vida que são tutelados pelo Direito Penal, reservando-se a proteção apenas aos bens de maior relevo para a coletividade, haja vista que o Direito Penal deve ser a última *ratio*, só incidindo quando nenhum outro mecanismo jurídico funcionar como elemento de prevenção e de repressão para determinadas condutas.

Não se pode analisar a adequação típica, todavia, sem antes passar os olhos para os relevantes princípios ou fundamentos do Direito Penal.

A CF/88, denominada de Constituição Cidadã, adotou o conceito de "Estado Democrático de Direito", que está preconizado no artigo 1º, da Magna Carta, que preconiza: "A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direto".

O modelo adotado implica na obrigação do direito penal guardar obediência aos princípios constitucionais, respeitando o Estado Democrático de Direito, sendo ponto central a dignidade humana, que se encontra obtemperado no artigo 1º, III da CF.

Qualquer fato típico que contrariar a dignidade humana será declarada materialmente inconstitucional.

Por tal paradigma, crime não é só o que está transcrito na legislação, mas o que também colocar em risco os valores fundamentais da sociedade democrática.

Desta forma, o legislador deve orientar-se, quando da definição de condutas humanas típicas, pela relevância social do bem a ser protegido.

Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são a legalidade, ofensividade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, fragmentariedade, subsidiário e proporcionalidade. Será, desta forma, considerada inconstitucional a norma que desatender as regras contidas em tal enunciados principiológicos.

O princípio da legalidade está elencado no artigo 5º, XXXIX, da CF, que reza: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal", acatando a esse princípio, surgiu para o Direito Penal os princípios da anterioridade que reza "Não há crime sem lei anterior" e o da reserva legal que diz num breve brocardo jurídico *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

O princípio da lesividade e da ofensividade reza que não há crime se a conduta não oferecer dano ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, sendo, portanto, limitador da função de punir do Estado.

O princípio da bagatela é conhecido pelo brocardo jurídico *de minimis non curat praetor*.

O da alteridade ou transcendentalidade, por sua vez, diz que ninguém pode ser punido por ter feito mal a si mesmo, sendo exemplo a autolesão impunível, a menos que tenha por finalidade fraudar seguro ou isentar da prestação do serviço militar.

O princípio da adequação social diz que se o fato não ferir o sentimento social de justiça o agente não pode ser considerado criminoso.

O princípio da fragmentariedade propicia que o direito penal só pode intervir se o fato for relevante.

O princípio da subsidiariedade reza que o direito penal só pode intervir em *ultima ratio*, depois de passar por todos os outros ramos do direito.

O princípio da proporcionalidade, a seu tempo, preconiza que a norma incriminadora deve trazer proveito à sociedade.

Em razão dos princípios elencados, o tipo legal assume verdadeira função seletiva, devendo ser analisado formalmente por dois paradigmas: o fato típico e a antijuricidade ou ilicitude. O Fato típico é todo comportamento humano (ação ou omissão), podendo ser positivo ou negativo que, em regra, provoca um resultado juridicamente relevante, vez que previsto pela lei como infração penal. O fato típico possui quatro elementos, sendo eles a conduta, o nexos causal o resultado e a tipicidade.

Define-se crime, desta forma, como um fato jurídico que produz conseqüências no mundo do direito, estando inserido na espécie dos atos ilícitos, onde é uma categoria específica, em virtude de determinadas peculiaridades que apresenta.

Em apertada síntese, consoante se depreende da leitura dos artigos 1º e 18 do CP, crime seria a ação dolosa ou culposa proibida pela lei penal (descrita em preceito primário), passível de imposição de sanção (descrita no preceito secundário da norma penal incriminadora).

Para caracterização de um fato como típico, assim, necessária à prática de conduta por parte do ser humana, devendo esta conduta ser adequada a um tipo penal previamente descrito em lei, estando ligada a descrição típica por um nexos de causalidade entre a conduta e o resultado antijurídico.

A simples adequação do fato aos conceitos formais (mera descrição positivada), todavia, não leva à lógica conseqüência do fato específico constituir um crime, posto que deverão ser observados aspectos materiais e analíticos.

Materialmente, o delito é caracterizado na doutrina como um desvalor da vida social, um comportamento humano perigoso ou lesivo a bens juridicamente protegidos. Assim, dentro do conceito material, o crime seria a violação de um bem penalmente protegido. Desta forma, não serve um puro conceito material como critério de certeza para a aplicação da lei penal a uma conduta humana.

Do ponto de vista analítico, o delito seria consubstanciado pela conjugação da conduta humana típica com a ilicitude do ato, estando a denominada culpabilidade inserida como pressuposto da pena. Explica-se tal ponto de vista, em apertada síntese, pela própria disposição legal, posto que o menor de 18 anos, de fato, pratica o fato típico, sendo a conduta ilícita, não estando sujeito, contudo, as sanções previstas na legislação penal, mas naquelas descritas no ECA (Lei 8.069/90). A conduta é típica porquanto o infrator, menor de 18 anos, que ceifa a vida de alguém, por óbvio, responde a sindicância, mediante representação, como incurso no art.121, do CP, sendo, ademais, ilícita, em razão da legislação (Estatuto da Criança e Adolescente) prever o fato como ato infracional. Assim, embora típica e ilícita, a conduta do infrator não esta sujeita ao preceito secundário (sanção), prevista para a prática da infração descrita no art.121, porquanto não é o adolescente culpável, o que não deixa dúvida para a indagação de que a culpabilidade não se insere no conceito de crime.

O crime, sob o aspecto jurídico formal, apresenta-se com as características: fato típico e antijuricidade. O fato típico consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contido na lei penal. São elementos do fato típico: a conduta dolosa ou culposa; o resultado (salvo nos crimes de mera conduta); o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e nos formais) e a tipicidade. O fato típico se diferencia do fato material, que é o conjunto dos elementos de natureza objetiva descritos pela norma incriminadora. São elementos do fato material: A conduta, o nexos causal e o resultado.

Sempre é bom lembrar que fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra um resultado, sendo previsto pela lei como infração penal, uma vez que faltar qualquer um dos elementos do fato típico a conduta passa a constituir um indiferente penal, sendo considerado um fato atípico.

O tipo penal, modelo descrito em lei, tem dupla função: indiciária e de garantia. A função indiciária faz surgir o indício de que a conduta é ilícita. A função de garantia: É a decorrente do princípio da reserva legal, posto que o agente, antes de realizar um fato, tem a possibilidade de inteirar-se de ser sua ação é punível ou não.

Os elementos do fato típico são: conduta, nexos causal, resultado e tipicidade.

Conduta é toda ação humana ou omissão consciente e dirigida a uma finalidade; dolosa ou culposa. A princípio, pune-se apenas quando há vontade (dolo), porém, como exceção (desde que o legislador expressamente entenda relevante a punição a título culposos, consignando taxativamente nos Estatutos Repressivos, geral ou especiais), pune-se quando não há vontade, mas há negligência, imprudência ou imperícia (teoria da excepcionalidade do crime culposos).

Pondera-se a existência de casos de ausência de conduta, como é o caso da coação física absoluta ou força irresistível: quando uma mulher, por exemplo, obriga um homem, mediante força ou coação irresistível (mira de uma arma), a prática de conjunção carnal com outra mulher, atribui-se a conduta a mulher e não ao homem, razão pela qual se conclui que a mulher pode praticar estupro, ao contrário do que costuma profetizar, sem reflexão, parte da doutrina.

Nexo Causal, por sua vez, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Este seria a modificação do mundo exterior causada pela conduta.

A tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na norma penal incriminadora. Ela seria a conjugação do fato com a conduta e o resultado, desde que ilícito, ou seja, contrário às normas jurídicas.

Tipicidade, na lição do Professor ANÍBAL BRUNO, é a conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, é a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.

Para Roberto Lyra, "Para que se indague de como punir é indispensável ter o que punir pela justaposição entre a conduta e a definição legal".

A palavra tipo, em seu sentido etimológico, tem o significado de modelo ideal (exemplo ou parâmetro) que reúne determinadas características essenciais, servindo de referência ou padrão para outras.

A tipicidade penal é a decorrência da admissão, entre nós do princípio da legalidade como fundamental em nosso direito penal, o qual estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal".

Tal princípio exige que, para ser aplicada uma sanção, não seja suficiente a existência de uma lei incriminadora em sentido vago, devendo o legislador, de forma prévia, determinada, inconfundível, relevante, proporcional e adequada, na previsão de delitos, descrever as condutas hipotéticas por meio de tipos penais (preceitos primários).

Com efeito, os tipos referem-se sempre a condutas humanas, pois são elas que constituem o seu objeto. Trata-se de modelos abstratos de comportamentos, os quais, em virtude de sua desvalorização ou valorização social, recebem o tratamento legislativo adequado e necessário. O direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor, na medida das exigências e das práticas sociais.

A valorização de um bem jurídico protegido, considerando-se sempre um comportamento hipotético, faz com que o legislador, com a visão voltada para as causas e conseqüências sociais, descreva uma ação humana dirigida no sentido como típica, de modo a preservar ou realizar um bem jurídico. Assim, as ações que não encontram adequação a tipos delitivos são irrelevantes penais, são fatos ou condutas atípicas.

Tal explica a razão pela qual os tipos são descritivos, como "matar alguém" (art.121 do CP), e não proibitivos, como "não matarás" (das Escrituras), posto que só as condutas humanas que se adequem ao modelo legal descrito em lei é que serão passíveis de punição, o que, por certo, não seria possível no caso da descrição proibitiva.

Releva anotar, por sua pertinência, que o tipo não se confunde com a tipicidade penal, posto que o primeiro é estágio imprescindível, pelo princípio da legalidade, para o segundo, sendo o tipo abstrato, enquanto a tipicidade é concreta. Assim, somente poderemos ter a tipicidade quando a conduta humana estiver previamente prevista como infração em um determinado tipo penal. Em síntese, o tipo é a previsão, a tipicidade, por sua vez, realização do tipo por uma conduta humana.

A conduta, desta forma, só será considerada típica quando se verificar que todos os elementos do tipo se enquadram em determinado comportamento humano.

A tipicidade pode ser conceituada como a correspondência do comportamento humano ao tipo. Não ocorrendo a adequação do comportamento a todos os elementos do tipo, a conduta humana será considerada atípica.

Segundo MUÑOZ CONDE: "A tipicidade é a adequação de um fato cometido à descrição que desse fato tenha feito a lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, somente os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tais".

Por sua vez, Hans-Heinrich JESCHECK, assevera que "o conteúdo do injusto de toda classe de delito toma corpo no tipo, para que um fato seja antijurídico penalmente há de corresponder aos elementos de um tipo legal. Esta correspondência se chama tipicidade (Tatbestandsmäßigkeit)".

Imprescindível é que sejam postas em confronto e cotejo as características abstratas enunciativas no modelo legal com as características ocorrentes no plano concreto. Se o fato concreto sob exame reproduzir com exatidão e fidelidade a imagem abstrata contida no tipo, alcançada estará a adequação típica.

O tipo, para caracterização como fato tipicamente relevante, exige elementos objetivos, normativos e subjetivos.

Os elementos objetivos do tipo são aqueles destinados à pura descrição da conduta juridicamente relevante, compondo-se invariavelmente de um verbo (verbo núcleo do tipo, que será o centro de toda a descrição delitiva), em regra transitivo, incompleto em sua significação, que necessita de um complemento, um objeto direto ou indireto para a perfeita expressão de sua atividade. São exemplos, os verbos: matar no homicídio e subtrair no furto, que são complementados pelas circunstâncias de tempo, meio ou modo de execução, além de eventuais características especiais dos sujeitos.

Os elementos normativos são aqueles que atribuem um sentido, um valor à ação, aos sujeitos do delito, ou às circunstâncias de tempo, lugar, modo ou meio de execução. Eles não se confundem com os elementos objetivos por necessitarem de um profundo juízo de valoração jurídico-penal.

A culpa, em sentido estrito, é um elemento normativo, pois para a compreensão de um ato como negligente, imprudente ou imperito, o intérprete deve realizar um juízo de valoração, não sendo suficiente a simples verificação do fato.

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado, manifestada numa conduta produtora de um resultado indesejado, objetivamente previsível. No crime culposos, ao contrário do doloso, não há uma conduta dirigida a um fim ilícito, na culpa há uma conduta que, de fato, foi mal direcionada. É a falta de cuidado do agente, numa situação em que ele poderia prever o resultado, que ele não deseja, nem aceita como provável (dolo eventual), e às vezes nem prevê, mas que, com seu comportamento, produz o resultado que, com maior atenção e cautela, poderia ser evitado.

A omissão também é um elemento normativo do tipo, vez que, para a sua tipificação, há a necessidade de um juízo de valor, de subsunção do fato concreto às hipóteses abstratamente previstas em lei. A relevância penal da omissão depende de um substrato puramente normativo. A omissão pode ser de duas espécies: simples ou própria; qualificada ou imprópria. Simples é aquela expressamente prevista pelo tipo penal da parte especial do Código Penal, sendo o maior exemplo a omissão de socorro (art. 135 do CP).

A omissão dita imprópria (ou qualificada), é aquela prevista pela norma de adequação de subordinação mediata prevista pela parte geral do CP (art. 13, § 2º), podendo se adequar a vários dos tipos previstos na parte especial, como, v.g, o homicídio e as lesões corporais. Só será possível, nestes casos, falar em omissão relevante para configuração de um delito quando presentes dois requisitos: o dever e a possibilidade de agir para evitar o resultado. Nos crimes omissivos próprios, contrariamente, a própria descrição impõe ao sujeito a obrigação de uma ação positiva, posto que, se deixar de agir, estará configurada a infração penal.

Nos crimes omissivos impróprios, em regra, a simples omissão não constitui crime, sendo imprescindível a consideração da existência do dever de agir e da relevância da omissão do dever, considerando-se as hipóteses do art.13, § 2º, do Estatuto Repressivo.

A mera ação ou omissão do agente, em qualquer caso, por si só, não gera a tipicidade do fato, posto que a conduta deve estar acompanhada do dolo ou da culpa.

Assim, para a configuração dos tipos penais não basta a verificação dos elementos objetivos e normativos, sendo indispensável a observação da existência do elemento subjetivo (dolo ou culpa). No dolo (presumível do contexto das circunstâncias do caso concreto), necessária a verificação da intenção com que atuou o agente, o sentido empreendido ao comportamento.

A verificação do dolo se faz dá no momento de subsunção do comportamento ao modelo legal (tipo), sendo relevante para o juízo de tipicidade de dado comportamento humano. Dolo é a vontade consciente do agente de realização dos elementos objetivos do tipo. Nele se reúnem o elemento volitivo com o intelectual. É o querer a realização do evento, dirigindo-se o comportamento nesse sentido, que é contrário à função socialmente relevante protegida pela lei penal.

Não se pode conferir ao dolo, todavia, um puro sentido natural, desprovido de qualquer valoração, posto que nada mais é que a vontade consciente de realização da parte objetiva do tipo penal, que demonstra, valorativamente, desprezo pelo paradigma legal socialmente relevante.

Como ficou exposto, o dolo é composto por dois elementos: o intelectual e o volitivo. O primeiro seria o conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do tipo penal e, em consequência, do valor tutelado pela norma, enquanto que o volitivo significa a vontade de realizar o tipo, em função de um desvalor social.

## **2. A QUESTÃO PRELIMINAR DA ADEQUAÇÃO TÍPICA:**

A adequação típica, considerando-se o já acima exposto, consiste em subsumir a conduta no tipo penal. Não basta que o fato seja dotado de ilicitude, é necessário que ele se ajuste em uma norma penal incriminadora.

Há duas formas de adequação típica: a de subordinação imediata e a de subordinação mediata, por extensão ou ampliada. Na primeira, o fato se enquadra no modelo legal imediatamente, sem ter a necessidade de qualquer outra disposição. Na mediata a subsunção do fato com a norma penal incriminadora não ocorre, imediatamente, sendo, portanto, necessário o concurso de outra disposição, como, por exemplo, é o caso do "conatus" (tentativa), posto que a adequação da conduta ao tipo não se satisfaz com a previsão da norma penal incriminadora da parte especial, tornando imperiosa a integração de norma prevista na parte geral. No caso em comento, a norma do art,14, II, do CP.

Com a evolução dos conceitos, ao tipo penal foi agregado o conceito de imputação objetiva (dimensão normativa do tipo), posto que só é penalmente imputável a conduta que cria ou incrementa um risco proibido, ao mesmo tempo em que só é imputável ao agente o resultado que é decorrência direta desse risco.

Para que haja responsabilidade penal, por tal razão, não basta a simples provocação objetiva de um resultado. A tipicidade penal, de outro lado, não é tão-somente formal, mas também material e normativa. A provocação do resultado, assim, é distinta da imputação. A provocação é formal, objetiva, insere-se no mundo fático, enquanto que a imputação pertence ao mundo axiológico. A imputação é normativa, dependendo de juízo de valor.. São eles, por conclusão, conceitos complementares, posto que, depois de comprovada a provocação de um resultado, é que se vai avaliar axiologicamente a imputação. Nem tudo que foi provocado pode ser imputado ao agente.

### **3. A PREVENÇÃO COMO LÓGICA DE POLÍTICA CRIMINAL:**

No início do terceiro milênio, a lógica criminal prevenida deve superar e anteceder a esfera penal repressiva.

As atividades sociais emergentes, com efeito, criaram novas formas de criminalidade, trazendo a tona novos "delitos" (ou seriam delitos até então não apurados?), razão pela qual se evidencia que o sistema legal carece de uma política penal inclusiva e de uma política de prevenção crescente, que permita melhor campo de trabalho para a polícia e efetividade para a Justiça.

As estatísticas, ao contrário do que se poderia imaginar, apontam que os indivíduos ditos 'normais' são os que cada vez mais delinqüem. A criminalidade econômico-financeira, a de funcionários públicos e profissionais liberais, a juvenil, dentre outras, confirmam esta evidência.

Hoje, lamentavelmente, todos são passíveis de cometer crimes (ou será que ficou mais fácil evidenciar que as camadas mais abastadas também cometem crimes).

A lógica criminal, por tal razão, deve estar vinculada ao crescimento e ao desenvolvimento sociais, para que possa ter respostas institucionais a altura das infrações e dos seus prováveis autores, sejam ricos, pobres, governantes, desempregados, empresários etc.

O exaurimento da capacidade de investimentos e o péssimo gerenciamento das verbas públicas por parte do governo, têm feito com que o legislador, preocupado em dar satisfação demagógica à sociedade, venha a prever tipos penais e espécies de reprimenda de privação da liberdade não condizentes com a realidade e com a prevenção dos crimes, elaborando um conjunto de normas jurídicas que têm sido nomeadas como "terrorismo repressivo".

Dentre elas, podemos destacar a Lei dos Crimes Hediondos, [Lei 8072/90](#), a Lei de Combate ao Crime Organizado, [Lei 9034/95](#), que proíbe a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, sendo também o caso da [Lei 8137/90](#), artigo 2º, III, que pune com pena de detenção: "(aquele) que deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos."

Essas legislações, caracterizadas como absolutistas, se esquecem da finalidade da pena, não dando resposta a qualquer dos problemas da criminalidade, mormente o da prevenção. Assim, vivemos no Brasil um processo de técnica legislativa equivocada, com evidente viés demagógico, que não leva em consideração fenômeno penal de suprema importância, qual

seja, a da consideração da prevenção, em nome de uma pretensa segurança e de uma paz falaciosa.

Tal técnica equivocada leva a previsão de tipos anômalos, viciados em sua origem, difíceis de enquadramento, contrários a razão humana e ao sentimento social, o qual, apesar de clamar por Justiça, não clama por perversão, mas sim por efetividade, que diz respeito muito mais à justiça do que o conteúdo da norma, não sendo, pois, um defeito de tipificação, mas sim de impunidade pelas mazelas do sistema criminal.

#### **4. A PROPORCIONAL ADEQUAÇÃO SOCIAL DAS CONDUTAS:**

Desse contexto, surge a teoria da adequação social da ação ou da conduta, que veio a aprimorar o sistema da tipicidade, levando-se em consideração as bases e os parâmetros sociais estabelecidos.

Com efeito, a nossa cultura positivista, decorrente da idéia herdada dos portugueses de que tudo deveria estar descrito na lei, na esfera do Direito Criminal, trouxe a necessidade de adequar a tipificação dos crimes (modelo descrito em lei) com os costumes socialmente aceitos, de modo a não permitir o estabelecimento de paradigmas injustos.

A idéia é simples, posto que não se deve punir alguém por um fato, mesmo que descrito em lei, se a conduta praticada é aceita pela sociedade. Assim, mesmo que tipificada pela lei como conduta criminosa, o sujeito que a praticou não merece punição, vez que a sua conduta é tolerada no ambiente social em que convive. Se é aceita ou, no mínimo, tolerada, desta forma, a conduta não é vista como infração por parte da maioria da população, não sendo de nenhum proveito a imposição de sanção, tanto do ponto de vista da prevenção como da reprovação.

A posição doutrinária que defende a adequação social dos tipos descritos nos Códigos Penais derivou da posição de Hans Welzel, primeiro penalista a perceber a impossibilidade de se considerar delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, mesmo que se enquadre em uma descrição típica.

Preconizava o doutrinador que, se um comportamento, em determinadas circunstâncias, é aceitável para a sociedade, sendo prática comum à determinada coletividade, não caberia qualquer espécie de sentido de reprovação social, motivo pelo qual, mesmo que descrito como infração penal, tal comportamento não poderia constituir em crime que gerasse obrigação de punição.

A teoria da adequação social surgiu como um princípio geral de interpretação dos tipos penais. Através dele, não são consideradas típicas as condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social normal da vida, por serem consideradas socialmente toleráveis. O princípio da adequação social, então, exclui, desde logo, a conduta do sujeito como adequada ao modelo legal, retirando sua reprovação do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos atípicos, ou seja, como comportamentos normalmente tolerados, que não constituem crimes, apesar de descritos como tal.

Os exemplos mais corriqueiros e nítidos da aplicação deste princípio estão nos campeonatos de "vale tudo", no hábito de se furar as orelhas das meninas e da circuncisão dos meninos, em que o suposto crime de "lesão corporal" não se aplica, não sendo passível de punição. A tipicidade material destas ações é afastada por gozarem de uma aceitação da sociedade, ressalvados os limites da normalidade.



O princípio, desta forma, é de suma importância na atualização e reciclagem legislativa, posto permitir que as normas sejam adequadas à realidade econômico-social em constante transformação, de modo a afastar a aplicação de penas injustas, dando, ao mesmo tempo, resposta penal condizente com os anseios da sociedade.

## **5. PONDERAÇÕES SOBRE A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL:**

O homem é o começo e fim do ordenamento jurídico. É o centro do ordenamento jurídico constitucional. Da existência e razão humana derivam racionalmente todas as regras e normas, inclusive as de Direito Criminal.

Desta forma, a resposta penal pela violação de um preceito tipificado concretamente como ilícito pelo Direito Penal (preceito primário) deve (ou deveria) ser a mais humana entre as soluções possíveis, entre as hipóteses prováveis que se apresentam ao Estado-Juiz, mesmo porque, embora se pretenda atender também a fins de prevenção geral, da segurança social, verifica-se que a intervenção, como *ultima ratio*, se realiza, constantemente, em casos particulares, individualizados, com fins de prevenção especial.

A infração penal, com efeito, ainda que possa ser enquadrada no mesmo preceito ou espécie, do tipo: furto, estupro, tráfico, lesões etc, no caso concreto submetido a exame perante os hermeneutas, terá sempre distinção, com múltiplas variáveis e possibilidades, tais como as motivações, os antecedentes, as circunstâncias e conseqüências do crime, o modo de atuar do sujeito ativo, o comportamento da vítima, que poderá ser relevante ou não para majoração ou minoração da pena, as reações da sociedade, que podem repercutir na necessidade e/ou conveniência da decretação da custódia cautelar (prisão preventiva).

A assertiva mais apropriada para o que acima expusemos é a que reza que "o homem não possui direitos, ele é o próprio Direito", posto que em nenhuma hipótese se pode fracionar o conceito de dignidade humana, retirando-o do Direito. A dignidade da pessoa humana é conceito basilar, antecedente e fundamental, que precede, inclusive, os princípios esculpidos no art. 5º, da Magna Carta, sendo a qualificação que deve permear todas as formas de atuação do Estado-Administração, além de servir como adjetivo indispensável a qualquer forma de pensar do Direito Objetivo (normatividade).

De se consignar, assim, que os fatos sociais e as leis devam andar de braços entrelaçados, de mãos coladas, caminharem juntos na distribuição equânime da Justiça.

A Justiça, enquanto função indispensável do Estado, deve ter um papel social relevante de satisfação das aspirações da sociedade e pacificação social dos conflitos, vez que a sociedade reclama dos Magistrados, cada vez com maior ênfase, que estejam ao lado da lei, circundando-a em todos os aspectos da observação, mas sempre diante dos fatos, da verdade, da necessária ponderação do que é justo e correto, o que, por vezes, pode afastar a hipótese da incidência da lei ao caso concreto, fazendo com que, na concreção da norma, seja necessária a prévia invocação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais correlatos, hipótese que poderá levar ao afastamento da aplicação da norma positiva diante do caso concreto em análise.

Quando nossos olhos postam-se perante a Justiça, no momento em que a norma é aplicada em cada caso concreto em análise perante as Varas e Tribunais, devemos nos ater à idéia central e basilar de pacificação dos conflitos, no atendimento aos anseios da sociedade, cada vez mais sedenta e conclamando por justiça, mas não por qualquer justiça, mas aquela

acoimada e tão profundamente buscada, justiça social, com distribuição de oportunidades, afastamento das iniquidades e preconceitos seculares.

Para o positivismo jurídico, a questão da justiça está além do Direito, tratando-se de questão meta-jurídica. O Direito hodiernamente identifica-se com a ordem normativa dominante, produzida e reconhecida pelo Estado, já que traduz ou que deveria traduzir, segurança e estabilidade.

No período de pós-modernidade, com efeito, a liberdade do cidadão reside na certeza de que cada um tem a sua segurança, de forma a não temer seu semelhante e o próprio Estado, preconizada pelo brocardo que prega que "o seu direito vai até onde confronta com o direito alheio e com os anseios sociais". A propalada segurança somente reside onde efetivamente existir e prevalecer o princípio da legalidade, lembrando que ninguém seja constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue e a deixar de fazer aquelas que a lei permita.

Ao jurista, no positivismo, cabe exclusivamente aplicar a regra, ainda que ilegítima, inadequada, ultrapassada e às vezes até arbitrária. Nada traduz melhor o positivismo como a redução do Direito à ordem estabelecida, intitulada como positivismo legalista ou formalista, que se sustenta em um discurso lógico, perfeitamente articulado, tido como científico e construído através da reivindicação de um direito como objeto (apenas norma) e método (lógico-dedutivo) próprio, tornando o Estado impessoal, abstrato e universal já que pretende falar em nome de todos.

Com tais parâmetros, sustenta-se que o conceito de norma deva estar restrito ao propalado dogma de norma legítima, que é aquela elaborada de acordo com a sociedade, com as vontades legítimas da maioria do povo, a quem ela se dirige, posto que, as outras, não são verdadeiras normas, são meras imposições arbitrárias.

Necessário, desta forma, repensar o trabalho dos Magistrados, com uma postura crítica e autocrítica, para que se tenha maior preocupação com o resultado final, com a Justiça de suas decisões, para que se deixem contagiar necessariamente pelos problemas sociais, com plena consciência de que muitas vezes, o apego exagerado à norma, através de seu frio texto, o transformaria em mero instrumento de interesses arbitrários e mesquinhos, um mero robô, enfim, um corpo sem alma e cérebro.

Nesse contexto, devemos ponderar que as nossas leis são produzidas pela elite política e econômica, quase sempre dissociadas da vontade da maioria do agrupamento social, contagiadas pelo espírito do "levar vantagem", das conseqüências de caráter pessoal ou de grupo, dos enquadramentos preconceituosos e sem qualquer base na comunidade em que vivemos e labutamos. O caminho de humanização da justiça e do Direito, como outrora tem invocado os pensadores mais arejados, é árduo, sendo, contudo, hodiernamente, inevitável e urgente.

É certo que nos defrontamos com resistências naturais, de índole conservadora. Não é menos correto, de outro lado, que temos os questionamentos sociais tendentes a reclamar modificações, principalmente ante o fato de que o Direito não é estático, estando constantemente reclamando alterações, através de uma nova postura, sem que tal possa redundar em inflação legislativa e leis conflitantes e inúteis do ponto de vista social.

Necessário ter a compreensão, então, que a função do aplicador do Direito, o Estado-Juiz, desta forma, é ajustar a generalidade e abstração dos termos da lei as peculiaridades dos

casos concretos submetidos a exame, com as nuances acima referidas (circunstâncias, motivação, reação, repercussão etc, diferentes em cada caso).

A norma penal, desta forma, apenas destaca um paradigma (sempre genérico, abstrato) para servir de base ao início de apreciação pelo Poder Judiciário, o qual, para chegar a conclusões definitivas, deve percorrer um longo caminho analítico, desenvolvido de forma dialética, para o qual contribuem necessariamente acusação e defesa, dentro do primado *mater* do devido processo legal, regra basilar do procedimento penal pátrio.

Há, por assim dizer, um alto grau de descricionariedade, sempre tendo como parâmetro o perfil desenhado em lei, para aqueles que atuam perante a jurisdição criminal, posto que, entre a descrição abstrata e provisória da lei e a aplicação definitiva e concreta realizada pelos Magistrados, sempre são encontradas diversas nuances que dependerão da análise subjetiva do hermeneuta (processo de interpretação).

Conclui-se, sem qualquer esforço, que as condutas humanas submetidas a julgamento por violação de um preceito abstrato contido na legislação penal, estão sempre sujeitas a critérios amplos e com infinita variedade de soluções.

Da conclusão acima exposta, considerada a generalidade e abstração da norma penal, devemos extrair outra, ou seja, a necessidade de afastarmos mitos, preconceitos, pré-julgamentos, iniquidades arraigadas na tradição processual brasileira.

Na verdade, um ordenamento que visa regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva, nos dizeres de KARL ENGISH, *se ocupa da vida (Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.).

Em pertinente observação, MAXIMILIANO (*Formas e Aplicação do Direito Positivo*, p. 73) afirma que: **a vida sócio-jurídica não é composta de casos gerais, senão de casos concretos e os mais diversos, de onde a simples justiça que se supõe existir na lei nem sempre ser suficiente para atender equilibradamente a essa infinita casuística. Assim, é por vezes mister o suprimento do princípio da justiça contido na lei por intermédio de um outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, o princípio da Equidade.**

A missão da justiça criminal, desta forma, mais que "solucionar conflitos" é a de proferir a decisão mais razoável possível, dentro do critério do bom senso, na medida proporcional entre a infração, caso ocorrida, e a pena a ela cominada, dentre tantas hipóteses previamente descritas nos diplomas penais.

Emerge daí a preocupação de erigir o homem ao topo das preocupações do Julgador, o que torna imperioso o afastamento do caráter tecnocrata, acrítico e desumano desenhado na norma. O Magistrado, que antes de técnico deve ser um humanista, deve ir muito mais além da consideração meramente dogmática da norma, posto que ela deve atender concretamente a finalidade de servir ao ser humano enquanto integrante de determinada coletividade, o que obriga o julgador a dar primazia a análise social dos fatos submetidos ao seu exame, com muito mais profundidade do que a abstrata avaliação positivista.

A superação dos limites individuais da apreciação da responsabilização penal, com sua inserção no ambiente ou sistema social, são imprescindíveis a ponderação do justo, razoável e proporcional, posto que o homem não existe dissociado da sociedade em que vive integrado, sendo, conforme anotamos anteriormente, a razão, a essência e a finalidade da norma.

De se notar que a finalidade basilar do processo penal é, antes de tudo e fundamentalmente, a busca da verdade real, erigida como princípio do sistema, inserido dentro do postulado do *due process of law* (sobre o tema, consultar a nossa obra "As novas Fronteiras do Direito Processual", Editora RCS, 2007).

Desta forma, para obtenção da verdade, finalidade de qualquer procedimento penal, devemos considerar as circunstâncias do caso concreto, em atendimento ao bom senso e humanidade, como a motivação peculiar, as reações da vítima, o perfil social dos envolvidos, as conseqüências sociais da infração, a repercussão do crime em face dos valores morais existentes etc.

A jurisprudência justa, mais apropriada ao caso concreto em análise, assim, é aquela que visa impedir novos delitos, não apenas punir certa e determinada pessoa, posto que razoável considerar a missão do direito penal como a de possibilitar a convivência social harmônica, não podendo ficar restritivamente preso na idéia exclusiva de retribuição.

Se a resposta penal, por exemplo, não for necessária a finalidade de coibir a prática de novos delitos, por evidente, deve o Magistrado, naquele caso concreto submetido ao seu exame, reconhecer a injustiça de uma eventual condenação criminal, absolvendo ou deixando de aplicar pena a determinado comportamento específico, em atendimento da razoabilidade e proporcionalidade.

No âmbito penal, desta forma, em atendimento a razoabilidade, deve preponderar, acima do preceito positivado, os interesses dos envolvidos, ou seja, a vítima (direta), sociedade (vítima indireta) e acusado (autor do fato criminoso), com a adequação da sanção (adequação social da conduta ou comportamento humano), se constatada necessária, em face da proporcionalidade, aos fatos peculiares concretamente postos.

O direito penal, do modo como é hoje aplicado, de forma mecânica e desprovido de maiores considerações de ordem sociológica, longe de solucionar conflitos, atuando de modo meramente burocrático e positivista, acaba por agravar os problemas sociais, uma vez que, por vezes, chega a uma resposta que não interessa a ninguém, como, v.g. foi o caso da custódia cautelar e posterior condenação de uma mulher que subtraiu um pote de manteiga.

Contrariamente, para atendimento dos paradigmas constitucionais, inclusive o do fundamento basilar da dignidade da pessoa humana, antecedente adjetivo de qualquer paradigma hermenêutico, deve-se ter como referência o primado social, do caráter humano do Direito, devendo ser orientado não para retribuir, mas compor os conflitos, de modo a ser socialmente útil, levando a um resultado socialmente defensável e justo.

Assim, a intervenção penal não pode satisfazer-se com o mero castigo, devendo ser razoável a consecução do objetivo de pacificar socialmente, servindo a coibir novas infrações, caminhando ao largo do conceito de Justiça Distributiva, sinônimo de Justiça Social. Nesse sentido, salutar e digno de menção o trabalho do Magistrado Junio Cláudio Campos Furtado perante o Jecrim de Ribeirão Preto.

Cada caso submetido a exame perante o Estado-Juiz, por conclusão, deve ter uma solução particularizada, adequada aquela específica situação, partindo-se sempre do pressuposto de que o Estado é obrigado a garantir todas as condições sociais para que as pessoas vivam dignamente, o que importa no binômio da máxima distribuição de direitos sociais com o mínimo de intervenção do direito penal. A frustração das garantias sociais, à toda evidência, não pode levar ao socorro da mera aplicação das sanções penais, como costumeiramente é feito pelo

legislador brasileiro, hipótese em que, antes de mais nada, caberia intervenção do Estado Juiz, não para punição do cidadão, mas para cobrança, exigência e responsabilização do Estado Administração..

A interpretação, portanto, deve ser entendida como um complexo ato de criação, não como uma atividade de contemplação da norma positiva.

A intervenção penal merece ser rechaçada, assim, quando revelar ser inadequada, posto que muito superior ao entendimento do mero castigo, que apenas tem o condão de excluir e marginalizar pessoas, desumanizando o Direito (razoabilidade).

Quando presente condição para a intervenção, por fim, em nome do senso de justiça, a pena a ser imposta deve guardar correlação com as circunstâncias concretamente consideradas, afastando-se o hermeneuta da falácia de considerar apenas abstratamente o conteúdo da norma positivada, posto que, para prevenir, a reprimenda deve ser proporcional ao fato peculiar, não a letra fria da lei, considerada na sua generalidade (proporcionalidade).

Enfim, o que propomos e defendemos ao longo do presente trabalho é a humanização da aplicação do Direito Penal, sempre levando em consideração o que há de mais relevante para o Direito Pátrio, ou seja, a adjetivação da dignidade e a análise prévia dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inseridos em um grande número de outros princípios, mesmo que de forma indireta.

O homem e sua racionalidade são, por essência, a razão e a finalidade do Direito, só sendo justificável a intervenção, acoimada de justa, do Estado Juiz para aplicação e distribuição de Justiça Social, com a dignidade que lhe é peculiar.

Com tal paradigma, salta aos olhos, evita-se a mera utilização da máquina judiciária para manutenção de privilégios e aplicação de punições injustas e contrárias a lógica do que é razoável e dentro da medida do certo e do justo.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, DIREITO CONSTITUCIONAL, Almedina, 4ª ed

CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, vol. 3, Ed. Saraiva

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. SP: RT, 2001. v. 6.

HUNGRIA, Nélon. Direito Penal e Criminologia, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, vol. 1, Ano I (nova fase), abr/ jun, pág. 37/ 52, 1963.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, RJ: Forense, 1955, vol.I, tomo 1º.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol.I, Barcelona: Bosch, Ed. Comares, 1891.

MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, SP: Ed. Bookseller, 1998, vol. I.

PEREIRA E SOUZA - Primeiras linhas sobre o processo Criminal, apud Jornal da Associação Juizes para Democracia, nº 16, pág. 05

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, Editora Saraiva, 5ª ed., 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, São Paulo: Ed. RT, 2001.