

# DISPARIDADES NORMATIVAS, NA APLICAÇÃO DE PENA, PRESENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Aparecida Caroline Vasque<sup>1</sup>

## Resumo

Este trabalho visa analisar alguns equívocos cometidos pelo legislador no momento de estabelecer uma sanção a determinados tipos penais. A lei deve ser razoável, havendo um mínimo de discernimento na sua elaboração, e para isso se faz necessária a utilização do princípio da proporcionalidade para que ao cumprir seu papel constitucional, o legislador determine abstratamente à pena. Encontram-se na legislação penal brasileira, previsão de vários tipos penais em que o legislador cominou penas totalmente desvirtuadas da relação de proporcionalidade. É impreterivelmente preciso que a pena seja proporcional ao delito e que a medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do fato delituoso. O legislador não deve impor penas graves a delitos de escassa gravidade e nem cominar penas iguais a delitos que ofendam desigualmente a sociedade.

**Palavras-Chaves:** Princípio da proporcionalidade, disparidades normativas, Código Penal.

## Sumario

Este trabajo tiene como objetivo analizar algunos errores cometidos por el legislador al establecer una sanción para ciertos delitos. La ley debe ser razonable, con un mínimo de discernimiento en su preparación, y es necesario el uso del principio de proporcionalidad de modo que para el cumplimiento de su función constitucional, el legislador determinar en abstracto pena. Ellos están en el derecho penal brasileño, la provisión por diversos delitos penales en los que las plumas cominou legislador falsifican totalmente la relación proporcional. Es imperiosamente necesario que la sanción sea proporcional al delito y que la proporcionalidad de la medida se establece en base a la importancia social del hecho criminal. El legislador no debe imponer sanciones graves escasa gravedad de los delitos y las penas cominar o igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad.

**Palabras clave:** principio de proporcionalidad, vacíos normativos del Código Penal.

## 1. Do Código Penal Vigente (de 1940)

Durante o Período do Estado Novo foi aprovado o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que cria o Código Penal vigente hoje no Brasil, pelo então presidente

---

<sup>1</sup> Natural de Avaré, Graduanda em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré/SP. Formada no curso Técnico de Serviço Jurídicos da ETEC Prof. Fausto Mazzola. Estagiária da Câmara Municipal de Avaré. Contato: caroline.vasque@hotmail.com

Getúlio Vargas, tendo como ministro da justiça Francisco Campos. O código de 1940 é o 3º código da história do Brasil e o mais longo em vigência, os anteriores foram os de 1830 e 1890. Apesar de sua criação em 1940, o atual Código só entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 de acordo com o artigo 361 do Código. Ele teve origem em projeto do Professor José de Alcântara Machado, e foi submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queirós e Roberto Lira, havendo referências históricas quanto a colaboração do ministro Antônio José da Costa e Silva e, na parte da revisão redacional, de Abgar Renault, mas estes não faziam parte diretamente da referida comissão. À luz da Constituição Federal, a interpretação do Código Penal revela princípios como a legalidade, o devido processo legal, a culpabilidade, a proporcionalidade, a individualização, a humanização e valor social da pena, a fragmentariedade. Embora elaborado durante um regime ditatorial, o Código Penal de 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal, sendo que seu único vestígio autoritário aparece na disciplina dos crimes contra a organização do trabalho (inspirado no direito italiano). A Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, só foram incorporadas posteriormente através do Decreto-Lei 3.914 de 09 de dezembro de 1941, e as modificações importantes ocorreram a partir da vigência da Lei 7.209 de 11 de julho de 1984. Assim como o Código Civil, o Código Penal é composto pela Parte Geral e Especial, na Parte Geral são descritos os conceitos e as compreensões gerais sobre os aspectos da Aplicação da Lei Penal, Do Crime, Da Imputabilidade Penal, Do Concurso de Pessoas, Das Penas, Das Medidas de Segurança, Da Ação Penal, Da Extinção de Punibilidade. Na Parte Especial ocorre a tipificação dos crimes e a pena relativa, isto porque, como a própria Constituição prevê no seu Artigo 5º inciso XXXIX, em consonância com o Código Penal não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, ou seja é necessário estar exatamente descrito o crime e a pena respectiva para eventual aplicação legal, não se pode inovar nesta área. O Código sofreu algumas mudanças notadamente pelo aprimoramento de novas tecnologias e outras condutas sociais aceitas ao longo do tempo, temos, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei que trata da violência doméstica (Lei Maria da Penha), a Lei que disciplina a proibição do uso de bebidas por condutores de veículos, a Lei sobre crimes na área de informática e comunicações “virtuais”, e tantas outras que também introduziram novos artigos e adequações dos existentes no Código Penal. Embora seja um Código democrático e humano, alguns equívocos foram cometidos pelo legislador no momento de estabelecer uma sanção a determinados tipos penais, observando-se assim total desrespeito ao princípio da proporcionalidade, pois é preciso que a pena seja proporcional ao delito e que a

medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do fato delituoso, o que em alguns tipos penais não acontece.

## **2. Do Princípio da Proporcionalidade**

O Princípio da Proporcionalidade tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, visando proteger os cidadãos do poder arbitrário do Estado, limitando a atuação do mesmo. Segundo Fernando Capez<sup>2</sup> a pena deve ser proporcional ao Crime praticado e Rodrigo Duque Estrada Roig define:

*“A visão hoje corrente no tocante a significação do princípio da proporcionalidade busca vincular intensidade da pena, sua eficácia e exigências de tutela de bens jurídicos. Segundo tal concepção, há proporcionalidade quando o grau de uma pena guarda relação com a proteção do bem jurídico por ela assegurada.”<sup>3</sup>*

Dentro do Direito Penal, esse princípio desempenha um relevante papel na limitação do *jus puniendi* do Estado, já que visa garantir que a pena seja proporcional à gravidade do delito cometido, pressupondo uma idéia de equilíbrio entre as normas restritivas e os bens jurídicos tutelados. Quanto mais valioso for o bem jurídico-penal maior será a punição do indivíduo que lesionar o mesmo, e assim há uma graduação na cominação das penas, pois, quanto mais relevante for o bem jurídico espera-se que maior será a sanção aplicada para aquele que agredir esse bem. É certo que a Vida é o bem jurídico mais valioso e deveria ser tratada como tal pelo Código Penal, e observando esse raciocínio deveria se punir com mais rigor os crimes que atentam contra a vida e a integridade física do indivíduo. Contudo, apesar de tais crimes serem os mais graves em nosso ordenamento jurídico, tal gravidade nem sempre se traduz em uma pena severa, deixando a desejar em se falando do princípio da proporcionalidade. Encontram-se na legislação penal brasileira, previsão de vários tipos penais em que o legislador cominou penas totalmente desvirtuadas da relação de proporcionalidade, como por exemplo, dentre muitos, que corroboram com a assertiva deste posicionamento, a pena mínima de 10 (dez) anos de reclusão para quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, de acordo com o artigo 273 do CP, já a pena mínima para lesão corporal de natureza grave de acordo com o artigo

---

<sup>2</sup> Fernando Capez em seu livro Curso de Direito Penal V. 1 – Página 386

<sup>3</sup> Trecho do livro - Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. Rodrigo Duque Estrada Roig - Página 99.

129 § 1º do CP é de 1 (um) ano, e a pena mínima para quem comete um homicídio de acordo com o artigo 121 do CP é de 6 (seis) anos, sendo um tanto quando desproporcional essas penas, pois matar é algo extremamente grave e necessariamente deveria ter pena maior em relação a outros tipos penais, e não o contrário como acontece. Ainda a título de ilustração a disparidade ocorre ao se aplicar a mesma pena de dois a oito anos para o crime de Furto qualificado no artigo 155 § 4º do Código Penal e o crime de lesão corporal gravíssima no artigo 129, § 2º do Código Penal, pois a vida e a integridade física do indivíduo é o bem jurídico de maior relevância para a sociedade, e merece uma tutela penal mais adequada, ao invés de ser igualada ao valor do bem patrimonial. É impreterivelmente preciso que a pena seja proporcional ao delito e que a medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do fato delituoso, assim como entende Beccaria<sup>4</sup>:

*“Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.”*

O legislador não deve impor penas graves a delitos de escassa gravidade e nem cominar penas iguais a delitos que ofendam desigualmente a sociedade.

### **3. As disparidades normativas existentes e o Controle de Constitucionalidade**

Ao editar o Código Penal, o legislador tentou prever todas as situações que poderiam ocorrer no convívio em sociedade. Como isso não foi possível, passaram a ser elaboradas diversas leis extravagantes para regular situações não abrangidas por nosso Diploma Penal. Essas leis elaboradas devem observar as disposições contidas tanto no Código Penal, e principalmente na Constituição Federal de modo a se evitar normas contraditórias, e garantir uma harmonia entre os textos normativos. O Código de Trânsito Brasileiro é uma lei extravagante, que tem como intuito regular uma situação não prevista no Código Penal, e necessariamente deveria através do princípio da proporcionalidade está de acordo com o Código mais não está. Um exemplo disso é o delito previsto no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro, que trata da lesão corporal culposa no trânsito, e tem a pena de seis meses a dois anos. Já a Lesão Corporal tipificada no artigo 129, caput do Código Penal tem a pena de três meses a um ano, e ao comparar os dois artigos o que se percebe é a desproporção da

---

<sup>4</sup> Trecho do Livro: Dos Delitos e Das Penas de Cesare Beccaria – Cap. XV

pena, pois a lesão corporal culposa no trânsito tem o dobro da pena da lesão corporal dolosa do Código Penal. É certo que a lesão dolosa possui uma maior reprovabilidade se comparada com a lesão culposa, uma vez que, a culposa se traduz na falta de cautela, de atenção que acarreta o acidente, e a dolosa traduz a vontade de produzir o resultado, de ocasionar a lesão em alguém, diante disto, a lesão dolosa, tem um maior desvalor, e não deveria ter uma pena menor que a culposa no trânsito. Entretanto, para o legislador pátrio, parece ser preferível espancar alguém por querer, ao invés de atropelar culposamente alguém, sem querer. Em nosso ordenamento jurídico existe a possibilidade do Poder Judiciário verificar se as normas infraconstitucionais estão em conformidade com a Constituição Federal através do controle de constitucionalidade, que consiste em conferir a compatibilidade ou a adequação entre um ato jurídico e a Constituição. Mas neste caso o juiz não poderia optar em declarar a inconstitucionalidade do dispositivo contido no Código Penal, pois isso poderia acarretar um "efeito cascata", já que, diversas outras leis além de outros dispositivos do próprio Código Penal, em conformidade com o texto normativo poderiam demonstrar-se desproporcionais, em desarmonia com a pena já prevista. O que poderia ser feito é a declaração inconstitucionalidade da norma Extravagante, evitando a ocorrência do "efeito cascata" e a contradição, mantendo a conformidade das demais normas com o ordenamento jurídico, assegurando a maior aplicabilidade e eficácia do direito. Considerando que a desproporcionalidade está totalmente ligada as Leis Penais, cabe ao judiciário afastar as injustiças advindas de falhas legislativas, o que é possível graças ao exercício do controle de constitucionalidade, e graças, também, à observância de alguns princípios constitucionais como o da proporcionalidade, o que permite ao operador do direito proferir decisões justas, adequadas ao caso concreto.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De acordo toda a situação analisada o que se demonstra são as falhas cometidas pelo legislador no momento de valorar os diversos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. Assim sendo, não restando outros caminhos, o Poder Judiciário deve atuar perante esses equívocos de modo a trazer a harmonia em nosso sistema jurídico. Infelizmente a atuação do judiciário é limitada, pois são muitas as disparidades normativas na aplicação da pena, e não há como negar a irremediável necessidade de revisão do ordenamento penal pátrio, de modo que se obtenha uma harmonização plena entre as sanções penais previstas

tanto no Código Penal quanto na legislação extravagante, de forma a se assegurar o devido cumprimento do princípio da proporcionalidade, gerando assim ao indivíduo um sentimento de segurança e promoção de uma justiça de maneira eficaz.

## REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) — 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros* - 2ªed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

<http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro,25441.html> <acesso em 25 ago 2015>

<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2> <acesso em 25 ago 2015>