



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

JOSÉ GILMAR DOS SANTOS JÚNIOR

**ANÁLISE DAS PENAS DOS CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA/VIDA
EM RELAÇÃO A OUTROS TIPOS PENAIIS**

ARACAJU
2020

S237a

JÚNIOR, José Gilmar dos Santos

ANÁLISE DAS PENAS DOS CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA/VIDA EM RELAÇÃO A OUTROS TIPOS PENAIS / José Gilmar dos Santos Júnior; Aracaju, 2020. 19p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Me. Gleison Parente Pereira.

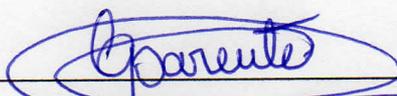
1. Proporcionalidade 2. Integridade física 3. Vida 4. Pena.
343.25(813.7)

JOSÉ GILMAR DOS SANTOS JÚNIOR

**ANÁLISE DAS PENAS DOS CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE
FÍSICA/VIDA EM RELAÇÃO A OUTROS TIPOS PENAIIS**

Artigo científico apresentado à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito, no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10,0



Prof. Me. Gleison Parente Pereira
1º Examinador (Orientador)

Prof. Esp. Márcio Danilo Santos Silva
2º Examinador

Prof. Me. Anderson dos Santos Campos
3º Examinador

Aracaju (SE), 11 de junho de 2020.

ANÁLISE DAS PENAS DOS CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA/VIDA EM RELAÇÃO A OUTROS TIPOS PENAIIS*

José Gilmar dos Santos Júnior

RESUMO

No direito brasileiro é sabido que os ramos do Direito Penal e Constitucional devem se nortear por seus princípios balizadores e que estes devem servir de insumos para a construção dos tipos penais em toda sua extensão. O ideal é que o legislador busque prezar pela proporcionalidade no momento de elaboração das penas das infrações penais, assim buscando o ideal de justiça e equanimidade em relação às penas de tipos penais anteriormente criados, almejando assim tutelar os bens jurídicos de acordo com sua importância no mundo real, de forma especial e principal o bem jurídico vida, que sabemos ser a origem dos demais bens tutelados pelo Estado, por esse motivo poderia ter um empenho maior na sua proteção se comparado a outros bens tutelados pelo Código Penal. O problema está em como se realizar a aplicação do princípio proporcionalidade do Direito Penal e Constitucional na construção das penas dos tipos penais, por conseguinte, o objetivo geral desse projeto reside em analisar o princípio constitucional e penal da proporcionalidade na construção dos tipos penais, tendo como referência o direito à vida elencado no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira e as nuances da pena. O objetivo específico é de comparar as condutas e penas dos crimes contra a integridade física/vida com outros crimes do código penal e, por fim, analisar as penas tendo como referência o princípio da proporcionalidade. A presente pesquisa tem natureza exploratória, a qual se utilizará de doutrinas que tratam do Direito Constitucional e do Direito Penal, serão utilizados também o Código Penal, Código de Trânsito e a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Integridade física. Vida. Pena.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se o Direito Penal e Constitucional que são ramos que possuem princípios norteadores e, que todos eles servem de baliza para que sejam criadas as normas penais em toda sua extensão, e após sua criação e inserção no mundo jurídico, possam ser aplicadas nos casos concretos que surgirem e que provocam o judiciário. Estas normas penais que trazem em seu preceito secundário as penas que podem ser cominadas ao agente infrator, essas penas que são o resultado natural imposto pelo Estado para aquele que praticar uma infração penal, que deve se enquadrar como fato típico, ilícito e culpável. Sendo assim, o Estado impõe e executa o poder jurisdicional que lhe pertence, não esquecendo que no Direito moderno, é o Estado que exerce o *ius puniendi* através dos

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em julho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Gleison Parente Pereira

princípios gerais do direito e das suas normas, que são criadas pelo poder legislativo e sancionadas pelo chefe do executivo nacional.

O problema reside em como realizar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade do Direito Penal e Constitucional na elaboração dos tipos penais, esse princípio que deve servir de fonte para construção das normas é aplicado sem coesão na construção normativa, normas que deveriam servir para reprimir e prevenir que ocorressem crimes contra a vida humana, por vezes possui uma sanção desprestigiada em relação a outros tipos do Código Penal, tendo penas desproporcionais em relação a crimes que demonstram possuir um bem juridicamente tutelado menos precioso que a vida. O Código Penal Brasileiro por meio do seu artigo 59 aduz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, mas, em alguns tipos penais sua finalidade não é alcançada por falhas na sua confecção, não fazendo a aplicação ideal dos princípios norteadores do Direito Penal e Constitucional.

Por conseguinte, é sabido que o direito à vida é a raiz de todos os direitos previstos na constituição federal, assim sendo, não há sentido em tentar proteger qualquer outro direito sem que antes seja assegurado o direito de estar vivo, para que dessa maneira possa usufruir dos demais. É razoável pensar, que a importância do direito à vida é superior a qualquer outro interesse protegido no ordenamento jurídico. Portanto, como poderíamos estabelecer uma penalização justa e proporcional, para o cidadão que de qualquer forma ofenda a integridade física? Não seria justo que o direito à vida fosse guardado e protegido, de modo que as penas cominadas aos delitos contra a vida tivessem uma pena maior em relação a outros tipos penais que tutelam bens com menor importância?

O objetivo geral deste trabalho é analisar o Princípio Constitucional e Penal da Proporcionalidade na confecção dos tipos do código penal, também utilizando como fundamentação a abordagem do direito à vida e a construção da pena. Os objetivos específicos são de comparar as condutas e penas dos tipos penais que protegem a integridade física/vida com outros crimes do código penal e analisar essa comparação tendo como referência o Princípio da Proporcionalidade, presente no Direito Constitucional e Penal.

Prováveis incongruências normativas acontecem por possíveis falhas na observação do Princípio Constitucional e Penal da Proporcionalidade por parte do legislativo brasileiro, que provavelmente não fazem o exercício comparativo de forma eficaz com outros tipos penais antes de aprovar os projetos de lei.

A metodologia de pesquisa se fundamentou em uma pesquisa que tem natureza exploratória, pois têm o fito de analisar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na confecção dos tipos penais incriminadores. A pesquisa irá trabalhar com as fontes bibliográficas e legislativas, pois será feita através da leitura de livros, leis e Constituição Federal Brasileira. Os livros serão relacionados ao Direito Penal e Constitucional, considerando que esta é a principal fonte argumentativa do projeto. Foram utilizadas dezoito doutrinas na confecção desse artigo, tanto do Direito Penal como do Direito Constitucional. Também foram realizadas consultas ao Código Penal, Código de Trânsito Brasileiro e a Constituição Federal de 1988.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Princípio do Direito como Norma Jurídica

O ordenamento jurídico pátrio deve obedecer ao exercício de interpretação e adaptação em relação ao que a Constituição Federal prevê. Há um bom tempo foi superada a fase de onipotência legislativa, saímos do Estado Legalista de Direito para o Estado Constitucional (e democrático) de direito. Devendo as leis guardar coerência com a Constituição, isto devendo se realizar não apenas no plano da congruência formal, como também no que se refere à compatibilidade com os valores consagrados na nossa Constituição, de forma expressa ou implícita. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Segundo Nucci (2017) os princípios são normas de grande generalidade, eles têm a capacidade de abarcar várias situações de conflito com o intuito de resolvê-las. É bem verdade que não possuem o caráter de especificidade de uma regra, que possui um comando determinado e metucioso, mas se consubstanciam em proposituras amplas englobando as regras, dando a elas uma direção.

A Ciência do Direito entende que os princípios não devem ser considerados apenas como meras aspirações ou diretrizes vagas, pois possuem força normativa. Assim, nesse diapasão, o sistema jurídico, no que se refere às normas que o compõem, é compreendido por princípios e regras, sendo espécies do mesmo gênero, porém não se confundem, tendo em vista que os princípios são os núcleos e as regras são os satélites que giram em seu entorno. Os princípios possuem um *status* de valores fundamentais que estão inseridos na sociedade brasileira através da Constituição, servem como afirmações do ideal de justiça, enquanto as regras servem para conferir segurança jurídica. Em suma, norma jurídica é o gênero, que

possui espécies, que são os princípios e regras. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Segundo Martins (2019) os princípios são espécies de normas jurídicas, esse conceito é justamente o contrário do que era pensado antes. Dessa forma, por serem modalidades de normas jurídicas, são normas constitucionais e, nessa lógica, os princípios possuem normatividade jurídica e, com efeito, possuem eficácia no ordenamento jurídico pátrio.

Diante dessas afirmações, torna-se evidente que os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, sua aplicação no caso concreto em regra, é de maneira vaga e indeterminada, mas, possuem um caráter fundamental no ordenamento jurídico, tendo em vista a sua posição hierárquica no sistema das fontes do Direito, ocupam a posição de normas estruturantes, sendo o alicerce, possuindo uma função de relevante importância, ou seja, os princípios são o fundamento das regras jurídicas e, estas devem obedecer ao que os princípios preconizam.

No que tange ao Princípio da Proporcionalidade, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) afirmam no texto da sua obra que os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade mantêm relação forte com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, traduzindo-se no pensamento de que o Estado de Direito não deve permitir abusos, ou seja, deve ser o Estado do não arbítrio.

Portanto, diante do exposto, não há dúvidas que o Princípio da Proporcionalidade serve como termômetro limitador do exercício de justiça do Estado, prezando pelo não abuso do poder estatal. A proporcionalidade não é apenas um critério ou regra a ser observada, é um princípio inerente ao Estado de Direito, e a sua utilização não é nada menos que uma das garantias básicas que não podem deixar de ser observadas em qualquer caso que seja possível a lesão de direitos e liberdades individuais. Ficou evidente também que os princípios na atualidade possuem força normativa e, são critérios de observação obrigatória pela legislação infraconstitucional para que não incorram em inconstitucionalidade.

2.2 Conceito e Subprincípios

O Princípio da Proporcionalidade requer que se faça um juízo de ponderação acerca da relação que existe entre o bem que sofre a lesão ou que seja posto em perigo (gravidade fática) e o bem que pode ser privado de alguém (gravidade da sanção). Em qualquer situação que, dessa relação, exista um desequilíbrio que se acentue, ficará estabelecida uma inadmissível desproporção. (SILVA FRANCO, 1997 *apud* GRECO, 2017).

Este princípio foi consagrado não apenas no sentido de critério de interpretação, mas,

também foi eleito como forma de garantia legitimadora/limitadora do nosso ordenamento jurídico infraconstitucional como um todo, assim, deixa claro que o princípio possui mais de uma função, servir de critério interpretativo como também de limitação e legitimação das regras jurídicas. (BITENCOURT, 2020).

O Princípio da Proporcionalidade possui tripla destinação, serve de baliza tanto para o legislativo (proporcionalidade abstrata), para os magistrados (proporcionalidade concreta) e aos órgãos de execução penal (proporcionalidade executória). Enquanto que para o legislativo serve de insumo para estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito, em relação aos magistrados resta impor ao autor do delito uma pena que tem de ser proporcional à sua concreta gravidade, individualizando a pena de forma adequada. Por fim, em relação aos órgãos de execução, incidem em regras concernentes ao cumprimento da pena, tendo como guia as condições pessoais e o mérito do condenado. (MASSON, 2019).

O princípio em questão pode ser dividido em três subprincípios (ou requisitos), que são: a adequação, a necessidade e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito. Acerca desse subprincípio da adequação, Salim e Azevedo (2017) afirmam que a pena deve ser apta para que se alcancem os fins que ela almeja.

Por sua vez, o segundo subprincípio, o da necessidade, que versa no sentido do Direito Penal ser uma forma subsidiária, ou seja, só deve atuar quando as demais formas de controle da sociedade forem insuficientes, observando se os meios utilizados são eficazes para consecução da finalidade pretendida, de forma que a escolha seja a menos gravosa para tal alcance de finalidade. Dessa forma, entende-se que é para se utilizar o Direito Penal apenas quando os demais ramos não conseguirem satisfazer a demanda em questão. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Sobre a necessidade, Martins (2019) entende que não é uma análise linear, mas sim uma comparação. Deve ser comparada a solução que foi estabelecida para sanar a violação com outras medidas menos lesivas que poderiam ser adotadas para a consecução da finalidade que se busca atender, ou seja, para que seja reparado o direito violado.

Realizando uma síntese desses dois subprincípios relatados até o ano presente, 2020, as doutrinas em sua maioria mostram que o Princípio da Proporcionalidade é apreciado através da observação da adequação e da necessidade, tendo que se balizar pela relação de custo benefício tanto para o cidadão como para a ordem jurídica. Observando a necessidade, deve ser analisado se não há a possibilidade de que com meio menos gravoso, possa ser

atingida a mesma eficácia, para que assim se almejem os objetivos pretendidos. Pela adequação, é esperado que a providência legislativa seja apta suficientemente no alcance a esses objetivos. (BITENCOURT, 2012).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito, propõe um sistema real de valoração, ao ponto em que se garante um direito, muitas vezes é necessário fazer a restrição de outro, fazendo a comparação da restrição que será imposta com a lesão praticada pelo autor da infração. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Em síntese, através desse subprincípio, impõe-se que a medida aderida possa trazer vantagens que preponderem em relação a quaisquer desvantagens. Salim e Azevedo (2017) afirmam que proporcionalidade em sentido estrito se consubstancia no conceito de que os meios utilizados para alcance dos fins não podem ir além do que o necessário e, que as benesses a serem atingidas devem sobrepor aos custos do sacrifício do autor ou da sociedade.

Para Martins (2019), a proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é que a ponderação dos interesses que estão em conflito. Devendo ser verificado a relação entre o direito violado e o direito por ela tutelado, realizando um exercício de verificação do peso entre esses direitos. Assim, a restrição será considerada inconstitucional, caso direito que foi restringido seja considerado mais importante que o direito tutelado.

Após essas explanações, resta claro que o Princípio da Proporcionalidade se resume ao exercício de verificar se a sanção é correspondente à lesão provocada, é, assim, exercício de compatibilidade, ou seja, quanto mais grave o delito for, mais grave deverá ser a sanção aplicada ao indivíduo infrator. Dessa forma, está sempre prezando para que não haja excessos, evitando restrições desnecessárias ou abusivas. Acrescentando, que diante da aplicação desse princípio, as medidas eleitas pelo poder estatal na prática dos seus atos, devem ser adequadas e necessárias.

2.3 Origem da Proporcionalidade e sua Função no Direito Penal Brasileiro

2.3.1 Origem da Proporcionalidade

Segundo Silva (2002), citado por Martins (2019, p. 518) entende-se que:

Diferentemente do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade tem origem no Tribunal Constitucional alemão. [...] Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que serão aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Segundo Schoeller (1999), citado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), o Princípio da Proporcionalidade é originário do direito administrativo prussiano, que desde sua forma inicial até os dias atuais guarda estreita vinculação com a ideia que sustenta um controle dos atos do poder público, sempre buscando coibir abusos de intervenção no âmbito dos direitos dos cidadãos e, também evoluindo para que seja utilizado como critério para aferir a legitimidade dos atos do legislativo como também das decisões judiciais.

Diante do exposto, nota-se que o Princípio da Proporcionalidade, originou-se do direito alemão e, que se perfaz com o controle dos exageros por parte do Estado, como também serve de critério para conferir legitimação aos atos do Estado, tanto na esfera do legislativo como na do judiciário, se balizando através do respeito e obediência aos critérios de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.2 Função do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro

De acordo com Bitencourt (2012), o modelo que foi celebrado pelo Estado democrático de Direito impõe que todo Estado – nos seus três poderes, que são o legislativo, executivo e judiciário, como nas funções que são essenciais à justiça – está vinculado aos fins escolhidos para a prática dos atos dos poderes. Em síntese, qualquer atividade do Estado é sempre vinculada incontestavelmente pelos princípios constitucionais.

Evidencia-se que as atividades dos três poderes devem se orientar pelos princípios constitucionais, a exemplo da proporcionalidade, para que seus atos e decisões não sejam evitados de vícios e, com essa obediência, convergirá sempre para a legitimação e limitação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Ademais, o Princípio da Proporcionalidade busca os ideais de justiça, bom senso, equidade, moderação, proibição de excessos e o direito justo. Esse princípio precede e serve de condicionante para normatização, inclusive a de ordem constitucional, ainda é tido como um dos princípios gerais do direito, dessa forma, serve de norma de interpretação para todo o ordenamento jurídico pátrio, tornou-se fundamental à ideia de Estado, tendo em vista a sua ligação intrínseca com os direitos fundamentais, que dão suporte ao princípio, e em contra partida, dele dependem para se perfazer. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Acerca do exposto pelos autores citados acima, não há objeções sobre o Princípio da Proporcionalidade, este que está presente no nosso ordenamento jurídico, classificando-se como o princípio que impõe que o poder legislativo e os magistrados (poder judiciário) verifiquem se está sendo realizado o exercício de compatibilidade entre os meios que serão

projetados pelo legislador e a finalidade que procura atingir, para que assim se determine como legítima.

É ressalvado por Bitencourt (2012, p. 122-123) que “[...] a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do ‘poder de fazer leis *ad hocs*’, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade [...]”. Diante dessas constatações é certo que o ordenamento jurídico não pode se furtrar ao bel prazer de interesses individuais, devendo se pautar em prol da coletividade.

Dessa forma, a partir desse princípio geral, o legislativo deve se balizar para a confecção das nossas leis, visando à melhor maneira para construção e determinação de penas que sejam necessárias e suficientes, sempre buscando almejar o ideal de justiça eficiente e proporcional. Contudo, podemos observar muitas incongruências na elaboração de penas no direito penal pátrio, fazendo um comparativo entres algumas tipificações, veremos excesso do preceito secundário de algumas condutas criminosas de menor gravidade em relação a outros crimes de conduta mais lesiva, levando a conclusão que há uma proteção pobre do Estado (garantismo positivo) em relação à sociedade.

O Princípio da Proporcionalidade em sua tradicional acepção é tido como a proibição do excesso (garantismo negativo). Dessa forma, o Princípio da Proporcionalidade possui o papel de proteger os indivíduos em relação aos abusos de poder do Estado. Assim, é necessário que haja a imposição de limites no poder punitivo estatal, posto que o exercício da sua jurisdição também faz limitação aos direitos fundamentais. (SALIM; AZEVEDO, 2017).

Ainda sobre a proibição do excesso, Masson (2019) disserta que o Princípio da Proporcionalidade deve ser observado sobre uma dupla acepção. De início, elenca-se a proibição do excesso, esta veda a cominação de penas em uma dose que não obedeça à proporcionalidade, para que não sejam exageradas e desnecessárias.

De forma semelhante Greco (2017) assevera que essa proibição do excesso que tem duplo direcionamento, se dirige tanto ao legislador como ao julgador, busca proteger o direito de liberdade aos cidadãos, objetivando que não se puna desnecessariamente condutas que não tenham relevância exigida pelo Direito Penal, ou até em situações em que possuem um comportamento relevante, porém, ainda assim foram estatuídas penas excessivamente valoradas.

Aqui, a partir do que os doutrinadores versaram, vê-se que a proibição do excesso

(garantismo negativo) nada mais é que a proteção voltada para que não sejam cominadas penas que não verifiquem consonância quanto à proporção em relação aos delitos praticados no seio da sociedade, evitando exageros.

Porém, nos dias atuais a doutrina vem por trazer uma nova faceta desse princípio, qual seja a proibição da proteção deficiente (garantismo positivo). Enquanto que o sistema que protege os direitos fundamentais se revela em proteção negativa, ou seja, proteção do indivíduo contra o abuso de poder do Estado, a proteção insuficiente prega que o Estado é omissivo também quando se omite ou mesmo quando não patrocina medidas que sejam suficientes para que a defesa dos direitos fundamentais possa estar garantida. (SALIM; AZEVEDO, 2017).

Ora, se em uma faceta do Princípio da Proporcionalidade temos a proibição do excesso, por outro lado esse princípio possui a acepção que impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, não devendo ser tolerada qualquer punição que se encontre aquém da medida correta, da medida justa. (MASSON, 2019).

Para Greco (2017) a proteção deficiente nada mais é que a não aceitação que um direito fundamental seja tutelado de forma deficiente, seja eliminando figuras típicas, seja pela cominação de penas que não correspondam à proteção que é devida ao bem que se destina salvaguardar, seja pela aplicação de institutos que visam auferir benefícios ao agente infrator.

De forma complementar e, ainda exemplificando, Estefam e Gonçalves (2020, p. 202) afirmam que:

A proibição de proteção deficiente consiste em não se permitir a ineficácia da prestação legislativa, de modo a desproteger direitos fundamentais. Nessa medida, seria patentemente inconstitucional, por afrontar à proporcionalidade, lei que pretendesse descriminalizar o homicídio.

Ora, a partir dessas conceituações supracitadas, vê-se que o Estado peca tanto na aplicação exacerbada da sanção ou mesmo quando se lança a aplicar a sanção de forma insuficiente. Justamente nesse ponto que se lança a reflexão acerca do nosso Código Penal, que tem sua edição original com mais de 70 anos, criado pelo decreto-lei nº 2.848, de sete de dezembro de 1940, sabe-se que o direito deve estar em constante mudança devido aos novos costumes e fatos sociais, assim sendo, muito possivelmente este código atual precisa de uma revisão dos crimes e suas penas, para que assim, a proteção da vida obtenha um grau maior de importância no ordenamento jurídico, pois a vida é a base dos direitos fundamentais. É

evidente que o direito deve adequar-se às mudanças que acontecem no seio da sociedade, sociedade essa que possui seus valores, conceitos éticos, de justiça, moral, que balizam os parâmetros de convivência pacífica da sociedade.

3 A PENA E O DIREITO À VIDA

3.1 Síntese Histórica da Pena

De acordo com o que prega Ishida (2010), o instinto de sobrevivência sempre fez parte do cotidiano do ser humano, e nessa luta pela sobrevivência, acabou por produzir alguns mecanismos com o objetivo de se defender. Esse autor faz a divisão de forma didática da História do Direito Penal em cinco momentos, a saber: sociedades primitivas, vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário. Salienta que esses momentos não aconteceram separadamente, tendo em vista que uma fase poderia ter sua duração ao mesmo tempo em surge outra. Contudo, foram de extrema importância para o juízo que temos dos dias atuais acerca de Direito Penal, substancialmente sobre a construção da proporcionalidade.

3.2 A Pena sob o Aspecto Jurídico

3.2.1 Conceito e finalidades

Sendo eleita como reação contra os crimes, ou seja, contra ao desrespeito das normas de convivência, ela existe desde as primeiras agregações humanas. No princípio era aplicada de forma violenta e impulsiva, mostrava o sentimento vingativo do ofendido ou mesmo a revolta da comunidade, porém, com o progresso das relações humanas ela foi sendo moldada, deixando o seu caráter extrajurídico e passando a ter um viés de uma instituição de direito concentrada no poder jurisdicional do Estado para que este possa garantir a ordem e a segurança. (BRUNO, 1976 *apud* MASSON, 2019).

A pena é uma necessidade da sociedade politicamente organizada e, ao ser imposta ela simboliza a retribuição pela prática do ato criminoso, buscando prevenir o acontecimento de outras infrações, tanto pelo condenado como por outras pessoas, sempre tendo objetivo final a manutenção da justiça. (MASSON, 2019).

Ainda discorrendo sobre a pena, é possível citar três teorias acerca da sua finalidade. A primeira teoria se denomina absoluta ou da retribuição, esta prega que a finalidade

pretendida pela pena é de punição do indivíduo infrator da lei pelo mal que este causou à vítima, aos familiares e à sociedade. A segunda teoria, denominada relativa ou da prevenção, versa que a finalidade da pena é a de causar intimidação, prevenindo que infrações sejam praticadas. E por fim, temos a teoria mista, esta aduz que a pena possui duas finalidades, que são a de punir e prevenir. Contudo, em razão da redação que está no *caput* do artigo 59 do Código Penal, se pode concluir pela adesão, em nossa lei penalista, da teoria mista, isso se demonstra na parte final do *caput* do artigo 59 no qual conjuga a necessidade de se reprovar e prevenir o crime. (SALIM; AZEVEDO, 2017).

3.2.2 Fundamentos da Pena

A aplicação da pena ao indivíduo condenado tem vários fundamentos. Este tema faz referência aos resultados propriamente ditos da condenação, ou seja, consequências práticas, ao inverso das finalidades da pena, onde se faz a análise das razões de existir do sistema penal. Sendo assim, podemos mostrar os fundamentos, a saber, preventivo, retributivo, reparatório e o fundamento da readaptação. O preventivo consiste na afirmativa de que a normal penal objetiva intimidar a sociedade para que não cometam ilícitos penais, esta é denominada prevenção geral, porém, quando se faz a aplicação da pena ao infrator no caso concreto, em regra, impede que o mesmo pratique outra atividade delituosa enquanto o mantém preso, dessa forma, se protege a sociedade, esta é a prevenção especial. No fundamento retributivo a sanção tem a função de penitência, castigo para o infrator da lei, castigar de forma proporcional à lesão que causou. Enquanto que o fundamento reparatório, nada mais é que a compensação para a vítima ou seus familiares pelo mal causado pela conduta criminosa. Por fim, o fundamento da readaptação almeja uma reeducação com a aplicação da pena, ou seja, uma reabilitação do criminoso ao seio social, porém, devem-se oferecer meios para a consecução desse objetivo. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Diante do que foi exposto pela doutrina, nota-se que a pena possui quatro fundamentos. O preventivo tem o fito de intimidação social para que não sejam cometidas infrações penais. O segundo fundamento é o retributivo, que prega que a sanção tem caráter de castigo, já o terceiro fundamento, o reparatório, se ancora no viés de compensação das vítimas e, por último, temos o fundamento da readaptação, neste, a pena tem a finalidade reeducação do infrator.

3.2.3 Características da Pena

Não se pode deixar de explicitar as características da pena, são elas: a) legalidade consiste em não poder ser aplicada a pena sem que haja prévia cominação legal; b) anterioridade, a lei já deve estar em vigor no momento da infração; c) responsabilidade pessoal ou da personalidade significa que a pena não pode passar da pessoa do condenado, ou seja, é personalíssima; d) individualidade demonstra que, para cada indivíduo infrator, o Estado no exercício da sua jurisdição deve aplicar a pena exata e merecida, evitando a aplicação de pena-padrão; e) inderrogabilidade, ao se constatar a infração penal cometida não se pode deixar de aplicar a lei penal e suas sanções; f) proporcionalidade, que significa que a pena deve ser proporcional ao delito praticado, buscando manter o equilíbrio entre a conduta delituosa e a sanção imposta; g) humanidade, que implica em dizer que no Brasil é proibida a aplicação de penas desumanas, ou seja, insensíveis e dolorosas, sendo obrigado o respeito a integridade física e psicológica do condenado. (CAPEZ, 2019).

3.2.4 Formas de cominação

Sobre as penas no Código Penal Brasileiro, devemos salientar a sua forma de cominação, existindo a possibilidade de aplicá-la isoladamente, neste caso há previsão de apenas uma pena para ser aplicada ao agente. Pode também ser aplicada de forma cumulativa, nessa ocasião há previsão da aplicação de duas modalidades de pena ao indivíduo que praticou o delito e, por último, há a possibilidade de a pena ser aplicada de forma alternativa, ora, aqui se pode ter a opção entre duas modalidades diversas, como exemplo, o magistrado ao escolher entre pena privativa de liberdade ou multa, no crime de ameaça previsto no artigo 147 do Código Penal Brasileiro. (NUCCI, 2020).

3.2.5 Espécies

Para finalizar essa breve explanação do Direito Penal sobre a pena e suas nuances, não se pode deixar de abordar as suas espécies, que são as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direitos e a pena pecuniária, que se encontram previstas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro. As penas restritivas de liberdade se dividem e englobam a pena de reclusão, detenção e prisão simples, sendo que as duas primeiras se aplicam aos crimes e a última tem sua aplicação no âmbito das contravenções penais. Já as penas restritivas de direitos podem ser a de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação dos finais de semana, prestação pecuniária e perda de bens e

valores. Por fim, a pena pecuniária é a multa. (GRECO, 2017).

3.3 Direito à Vida

3.3.1 Conceito, previsão constitucional e aspectos gerais

A conceituação de “vida”, em caráter de proteção jusfundamental, se consubstancia na existência física. Trata-se, dessa forma, de critério meramente biológico, se considerando vida humana aquela baseada no código genético humano. De forma sintética, é plausível a afirmação que o direito à vida está no direito dos seres humanos viverem, englobando a existência do corpo no diapasão da existência fisiológica e biológica. (KLOEPFER *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

De forma complementar, Novelino (2018, p. 33) aduz que:

O conceito de vida, para fins de proteção constitucional, está relacionado à existência física do ser humano. A inviolabilidade do direito à vida assegurada pela Constituição não se refere, portanto, a toda e qualquer forma de existência, mas tão somente à *vida humana* em seu sentido biológico, cuja proteção começa antes mesmo do nascimento e termina com a morte.

A existência do ser humano é pressuposto fundamental para que todos os demais direitos e liberdades que estão postos na Constituição sejam usufruídos. Esses direitos estão atrelados aos marcos da vida de cada pessoa e nelas estão os limites máximos da sua extensão. O direito à vida é a premissa dos direitos elencados pelo constituinte nacional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Tavares (2020) de igual maneira entende ser evidente que o direito à vida é a raiz dos demais direitos que a lei possa regulamentar, não é possível imaginar o gozo de outros direitos fundamentais se não for garantido o direito primogênito, de o indivíduo permanecer vivo, assim, não é nada menos que o direito humano mais sagrado.

A Constituição Federal de 1988 versa, em seu artigo 5º, dos direitos e deveres individuais e coletivos, onde a proibição da violação do direito à vida é tutelada, visando à preservação da vida em sua totalidade, tanto da liberdade, igualdade e propriedade. Sendo assim, abrange tanto o direito de não ser privado da vida, ou seja, de permanecer vivo, como também de desfrutar de uma vida digna, é certo que, em decorrência desse desdobramento, é proibida a pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada. Ainda que se tente estabelecer a pena de morte através de emenda constitucional seria vedada, pois estaria ferindo a cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal Brasileira. (LENZA, 2019).

A partir dessas explicações, percebe-se que a vida é pressuposto indeclinável e fundamental para o exercício da dignidade humana, destarte, é justo e razoável acreditar que o direito à vida deve ser inviolável para qualquer ser humano, visto que a vida é um valor em si, absoluto, necessário e constitui um pilar da sociedade em que vivemos. A partir da vida humana, como um valor antecedente à criação estatal e à lei, e da sua dignidade da pessoa intrínseca, decorrem outros valores como, por exemplo, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

A inviolabilidade, que consiste na devida proteção do direito à vida em relação a terceiros e ao Estado, é um instituto diferente da irrenunciabilidade, característica essa pertencente aos direitos fundamentais que tem o fito de proteger esses direitos inclusive de seu próprio titular. (NOVELINO, 2016).

O direito à vida costumeiramente é compreendido em duas acepções, a primeira é a negativa, que nada mais é que o direito de continuar vivo, ou seja, permanecer vivo até que a vida seja interrompida por causas naturais. Essa proteção se faz através do fornecimento de segurança pública, vedando qualquer forma de justiça de caráter privado e com o respeito do Estado, como também de terceiros, em relação à vida dos seus cidadãos. (TAVARES, 2020).

Quanto à segunda acepção se coaduna com o direito a uma existência de caráter digno, que seja assegurado acesso às condições mínimas de vida, com acesso a utilidades, serviços e bens indispensáveis, não se pode defender apenas o direito de estar vivo, é necessário que o ser humano possa desfrutar do mínimo existencial para que se possa gozar a vida em sua plenitude, mesmo que seja necessário que o Estado precise oferecer este amparo nos caso em que a pessoa não possua recurso suficiente para tal. (TAVARES, 2020).

Dessa forma fica evidente que o direito à vida, garantia fundamental deve ser observado não somente pela perspectiva do indivíduo, enquanto posição jurídica que exerce frente ao Estado, mas precisa ser pensado a partir do ponto de vista comunitário, enquanto bem jurídico que obriga a sociedade e aos poderes públicos a responsabilidade para adotar medidas que o protejam contra condutas que tem o fito de violar o direito à vida e, que se ofereçam meios que são necessários para que goze de vida com dignidade e qualidade.

De forma complementar e derivada substancialmente do direito à vida, o direito de ter a sua integridade física resguardada também está protegida sob a salvaguarda do nosso Direito Penal Brasileiro. A vida humana, que é assegurada no artigo 5º da Constituição Federal, é integrada de elementos materiais (físicos e psíquicos) e de elementos imateriais

(espirituais). A integridade física está intrinsecamente relacionada com o bem estar, a saúde do indivíduo ou de um grupo de pessoas, dessa maneira, constitui um bem vital, não deixando de ser um direito fundamental do indivíduo, nada mais justo que esse direito ser protegido pelo nosso Código Penal. Não há dúvidas quanto ao grau de importância da defesa da integridade física e, por consequência, o direito à vida pelo nosso ordenamento jurídico, observado o elevado patamar de nobreza desses direitos frente às possíveis lesões que possam sofrer no cotidiano.

4 COMPARAÇÃO E ANÁLISE DE TIPOS PENAIS SOB O PRISMA DA PROPORCIONALIDADE

O Quadro 01 apresenta comparações entre crimes contra a integridade física/vida previstos no Código Penal com outros crimes previstos tanto no Código Penal como no Código de Trânsito Brasileiro.

Quadro 01 Comparação de Crimes tipificados pelo Código Penal e Código de Trânsito

CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA/VIDA	OUTROS CRIMES DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
Artigo 121, <i>caput</i> , CP: Homicídio Simples. Pena: reclusão, de seis a vinte anos.	Artigo 273, CP: Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Pena: reclusão, de dez a quinze anos.
Artigo 125, CP: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena: reclusão, de três a dez anos.	Artigo 312, <i>caput</i> , CP: Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Pena: reclusão, de dois a doze anos, e multa.
Artigo 129, <i>caput</i> , CP: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena: detenção, de três meses a um ano	Artigo 303, CTB: Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Pena: detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Artigo 129, §2, CP: Lesão corporal de natureza gravíssima. Pena: reclusão, de dois a oito anos	Artigo 155, §4º, CP: Furto qualificado. Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa.
Artigo 129, §6º, CP: Lesão corporal culposa. Pena: detenção, de dois meses a um ano.	Artigo 129, <i>caput</i> , CP: Lesão corporal dolosa simples. Pena: detenção, de três meses a um ano.

Fonte: Adaptado de Brasil (1940; 1997).

No primeiro item de comparação que foi feita no quadro, não resta dúvidas da falta de bom senso no momento de confecção das penas dos crimes que foram comparados. No primeiro tipo penal, a infração, a lesão, é contra o nosso maior bem jurídico a ser tutelado, é a vida, cujo bem jurídico sem o qual não existiria os demais direitos salvaguardados pelo nosso ordenamento jurídico, enquanto que no segundo tipo penal é um ilícito que tem a possibilidade, inclusive, de não causar danos potenciais, como por exemplo, o fato de uma

falsificação de um cosmético, previsto no §2º do artigo em comento, é no mínimo leviano estipular uma pena mínima para este crime que seja maior que a pena de homicídio simples, enquanto que o crime do artigo 273 tem uma pena mínima de dez anos, o crime de homicídio tem uma pena mínima de seis anos, em que pese, neste diapasão, se faz necessário que a pena seja proporcional ao delito praticado pelo agente, se fazendo cumprir os requisitos da aplicação do princípio da proporcionalidade no momento de elaboração normativa pelo poder legislativo nacional.

No segundo item comparativo de infrações penais, estão os artigos 125, do Código Penal e o artigo 312, pertencente ao mesmo diploma legal. Enquanto o primeiro crime se destina a proteger vida humana em formação, a chamada vida *intrauterina*, o segundo crime, se preocupa com a tutela da administração pública e do patrimônio público. Dessa forma, não é agradável e justo, que crimes que tutelam bens jurídicos de importância tão diferentes possam penas tão semelhantes, ou seja, o crime de prática de aborto sem consentimento da gestante, certamente é mais gravoso que o crime de peculato, um exemplo desse crime seria um servidor estadual, apropriar-se de um *notebook* funcional que estava em seu poder. É justo e proporcional pensar que a vida que é a raiz das demais garantias que o cidadão pode usufruir tenha uma valoração maior que um bem da administração pública, dessa maneira deveria possuir uma proteção maior do Estado garantidor.

No terceiro item comparativo de infrações penais, observa-se a lesão corporal dolosa de caráter leve e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Logo, é viável imaginarmos que a conduta praticada com dolo tenha a pena mais severa, mesmo levando em consideração que a lesão é semelhante. É esdrúxulo constatar que foi estabelecido pelo legislador pátrio justamente o contrário, onde se percebeu que a pena do crime previsto no artigo 129 do Código Penal, cujo elemento subjetivo do tipo é o dolo (*animus laedendi*) tem uma sanção menor que o crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, que possui como elemento subjetivo do tipo a culpa, ou seja, parece ser desmedido, desproporcional, a estipulação das penas desses crimes, necessário é que haja um exercício de compatibilidade entre o fato ilícito e sua pena no momento de sua formação, para que não haja incongruências no preceito secundário dos tipos penais.

No quarto item do quadro de comparação de delitos, mostra-se desarrazoado pensar que as penas dos crimes comparados tenham sido elaboradas fazendo o devido exercício de aplicação dos requisitos pertencentes ao princípio da proporcionalidade. Pode-se notar que o crime de lesão corporal de natureza gravíssima, que ofende a saúde, a integridade física da

vítima, delito praticado com violência, tenha uma pena mínima e máxima igual ao crime de furto na sua modalidade qualificada, um crime sorrateiro, sem violência à pessoa, ou seja, não é minimamente proporcional que uma lesão que tenha como consequência a perda de um dos sentidos da vítima, como por exemplo, a visão, possua pena mínima e máxima de igual forma que um furto de uma bolsa feminina interior de um carro, fato que se deu através da quebra do vidro do carro ou até mesmo pela torção de uma das portas do veículo, outro exemplo comum é o furto do estepe através do arrombamento do porta-malas, enfim, crê-se que o princípio da proporcionalidade, com a devida vênia, não tenha sido aplicado de forma exitosa e eficiente na confecção do preceito secundário desses tipos penais

Na quinta comparação do quadro estão os crimes de lesão corporal culposa e lesão corporal dolosa simples, é evidente uma desproporção um tanto esdrúxula. Enquanto que a pena do crime de lesão corporal culposa possui uma pena que está prevista de dois meses a um ano de detenção, no crime de lesão corporal dolosa a pena é de três meses a um ano de detenção. Ora, não há diferença em relação à pena máxima de ambos os crimes. Dessa forma é notório que não realizaram a necessária distinção em relação ao elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa), deixando que permeasse assim a desproporcionalidade das penas. Pela lógica, o crime doloso deve ter em seu preceito secundário uma pena que seja mais grave, tendo em vista a vontade deliberada de cometer o ato ilícito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta seção denomina-se considerações finais, contudo, aqui neste artigo científico não se abraça a prepotência de acreditar que já foram esgotadas as possíveis argumentações e ideias sobre o tema em questão. Este estudo buscou explicar acerca da importância dos princípios, em especial, o princípio da proporcionalidade, que possui lugar de destaque, tanto no âmbito do Direito Constitucional como no ramo do Direito Penal. Este princípio deve ser usado como o fio condutor para que as normas infraconstitucionais sejam eivadas de legitimidade e, servindo como limitação ao poder jurisdicional do Estado enquanto tutor da sociedade brasileira.

Ainda, durante este estudo concentrado, houve a abordagem sobre a pena no direito brasileiro, entrando na seara do conceito, finalidades, fundamentos, características, formas de cominação e espécies de penas, assim, realizando esse breve apanhado para que fosse

construída a fundamentação teórica acerca desse instituto, que serviria de base para que fosse realizada a comparação e análise dos tipos penais, como foi visto na última seção.

Não se poderia deixar de abarcar e consubstanciar o direito à vida, este que é a raiz, o fundamento de todas as demais garantias previstas no nosso ordenamento jurídico, ora, não há que se falar em direito à liberdade, à igualdade, entre outros direitos, sem tornar garantido e protegido o gozo do direito primogênito, seria ilógico, desarrazoado realizar este artigo sem a presença conceitual do direito à vida. Essa abordagem serviu de insumo para que no exercício comparativo de infrações penais fosse realizada a análise sob o prisma do efetivo resguardo desse direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

A partir das explanações sobre tais institutos, prosseguiu-se para a comparação de tipos penais que protegem a integridade física/vida com outros tipos que tutelam bens jurídicos de natureza diversa. Em tempo, diante desse exercício comparativo, realizaram-se análises, sempre buscando mostrar possíveis incongruências no preceito secundário dos tipos penais comparados, tendo sempre como premissa o fato de que a vida é o bem de maior importância do ser humano e, que esta deve ser resguardada com o maior grau de proteção possível. Destarte, diante do que foi exposto no presente artigo, ficou evidenciado que, para que os preceitos secundários das normas penais tenham legitimidade e possuam uma limitação adequada é necessário que se aplique o Princípio da Proporcionalidade durante sua elaboração, objetivando dessa forma alcançar os ideais de justiça e equidade na aplicação do Código Penal nos casos em concreto.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 13 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

ISHIDA, VálderKenji. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.