

PRINCÍPIOS BASE DO NOVO ART. 288-A DO CÓDIGO PENAL

Carolina Barros de MENDONÇA¹
Gabriel Lino de Paula PIRES²

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar os princípios base e sua aplicação na inovação legislativa contida no novo artigo 288-A do Código Penal. São estes o inicial para se criar um tipo penal e também na aplicação da pena. Proporcionalidade, adequação e necessidade na *novatio legis*. Julgamentos mencionados exemplificam os assuntos abordados para maior visualização.

Palavras-chave: Tipicidade, Proporcionalidade e Estado Ideal.

INTRODUÇÃO

Profundas mudanças nos ideais e conseqüentemente nas legislações são observadas ao longo do tempo moldando uma base, o que seriam na verdade princípios, ou seja, o que se deve ter primeiro.

Todo ordenamento, toda organização estatal parte de princípios, assim como acontece na criação de novas leis, como a aqui tratada Lei nº 12.720, de 2012 que trouxe ao ordenamento jurídico Penal Brasileiro além do artigo 288-A do CP o aumento de pena no Crime de homicídio (Art. 121 §6º) dentre outras alterações.

No presente trabalho foram utilizadas pesquisas em diversas obras de Direito Penal Contemporâneo, e em especial também jurisprudência dos Tribunais Nacionais.

O tema torna-se importante na medida em que a legislação é necessária para a paz social, e estabelecida essa necessidade são editadas e promulgadas leis repressivas onde os princípios servem como baliza, como ponto inicial e fundamental.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Traz este princípio a soberana ideia de que somente o crime que estiver positivado em lei poderá ser imputado, tendo por expressão correspondente à famosa *nullum crimen sine lege*, ou seja, sem lei, não há crime.

A atual Constituição Democrática do Brasil de 1988 em seu artigo 5º inciso XXXIX traz: “ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trazendo tal princípio ao ordenamento jurídico brasileiro em status de Direito Fundamental, sendo, portanto cláusula pétrea na qual é vedada sua restrição havendo também menção no artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

A legalidade sem dúvida limita principalmente o poder de punir do estado, tal como chamado de *ius puniendi*, posto que arbitrariedades não são permitidas, e tendo como histórico não só no Brasil, mas em todo o mundo durante centenas de anos a aplicação de penas desumanas sem ao menos um justo julgamento e respeito ao devido processo legal, tal cláusula pétrea torna-se base para a construção de estado ideal assegurada a segurança jurídica.

Em tempos de profunda mudança social e estudos acerca do direito de punir, BECCARIA (1999, p. 35) em seu livro *Dos delitos e das penas* já se referia a grande importância de se ter a lei escrita como garantia:

Consequência destas últimas reflexões é que, sem escrita a sociedade jamais teria forma fixa de governo, onde a força fosse consequência do todo e não das partes e onde as leis alteráveis, apenas pelo consenso geral, não se corrompam, passando pela grande quantidade de interesses privados. A experiência e a razão demonstraram-nos que a probabilidade e a certeza das tradições humanas diminuem à medida que essas se distanciam da fonte. Se não houver monumento estável do pacto social, como resistirão as leis à força inevitável do tempo e das paixões?

Acrescenta ainda REALE JUNIOR (2009, p. 37) em seu livro *Instituições de Direito Penal*: “A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e fronteiras do punível.”

Como citado pelo ilustríssimo autor acima, correlacionado ao Princípio da Legalidade está o Princípio da taxatividade, tendo este em especial a matéria penal importante papel, posto que ao restringir o direito fundamental a liberdade, o tipo

penal incriminador deve pormenorizadamente descrever o preceito primário e secundário claramente e quais condutas ao serem praticadas serão alvo da *jus persecuendi*, vedada a analogia em desfavor do réu.

Não se pode punir por simples convicção e balanceamento de valores que podem variar de região para região. Um exemplo disso são os dogmas religiosos, e condutas tidas muitas vezes por imorais e dignas de repressão que muitas vezes nem sequer constituem crime, tal como o adultério, antigo artigo 240 do Código Penal e a prática do incesto, que se expressa na relação sexual entre consanguíneos de 1º grau, por exemplo.

Para melhor visualização temos em recente decisão de um Habeas Corpus:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL.FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS.AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO QUANTO À PROGRESSÃO PRISIONAL.PRECEDENTES DO STJ. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL.1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo de recurso especial.2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, ex officio, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.4. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento de que a prática de falta grave representa marco interruptivo para a progressão do regime de cumprimento de pena.5. De outra parte, a falta disciplinar não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula n.º 441 do Superior Tribunal de Justiça.6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a falta grave como causa de interrupção do lapso temporal para a obtenção do livramento condicional.

(HC219593 MS 2011/0227983-0, Relator: Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Data de Julgamento: 06/12/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2012)

Pode ainda acontecer do preceito primário do Tipo não estar completo. Tal fenômeno é chamado de Normal Penal em Branco, onde a descrição da conduta ou seu modo de execução necessita de complementação para efetiva imputação do crime ao agente.

Assim traz Almério Vieira de Carvalho Júnior ³:

São normas que fixam a cominação penal, mas que descrevem o conteúdo da matéria de proibição de maneira generalizada, remetendo expressa ou tacitamente a outros dispositivos de lei (formal), ou emanados de órgão de categoria inferior.

A norma penal compreende duas partes, a primeira define a matéria de proibição e a segunda estabelece a sanção aplicável. Na norma penal em branco a primeira parte (matéria de proibição) não se encontra disposta integralmente com precisão, remetendo-se a outros dispositivos para que se dê o preenchimento (norma de preenchimento).

As normas penais em branco são muito flexíveis, pois a matéria de proibição modifica-se facilmente segundo as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem.

As normas penais em branco são tipos que necessitam de complementação.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao lado do Princípio da Legalidade se encontra este, na medida em que previsto um tipo penal incriminador, torna-se necessário ser a sanção proporcional a conduta praticada, fazendo valer sem dúvida o Princípio base da Constituição Federal de 1988 da Dignidade da Pessoa Humana, tendo previsão no art. art. 1ºIII.

Definidos os padrões e bens jurídicos protegidos pela norma penal, deve a sanção guardar sintonia com o mal cometido, ou seja, não pode a lei ultrapassar limites e perder assim sua verdadeira finalidade para a qual foi criada, causando o descrédito na justiça.

BECCARIA (1999, p. 37) já tratava do assunto:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que o levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. ⁴

³ JÚNIOR, Almério Vieira de Carvalho. Da norma penal em branco. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11110>. Acesso em: 05 de Maio de 2013.

Portanto, como explicitado pelo autor, desde a época em que escreveu sua obra já se tinha ideia da importância para a sociedade da proporcionalidade entre os delitos e as sanções, onde ainda ressaltou a necessidade da criação de duras medidas para repressão dos crimes, o que nem sempre, *data vênia*, é a melhor solução, posto que primeiramente se torna necessário a educação e oferecimento do mínimo de condições asseguradas pela Constituição de toda uma população revoltada para que no futuro tais níveis de criminalidade não sejam preocupantes.

Ao final do capítulo intitulado "Proporção entre os delitos e as penas", traz ainda em traços de prevenção: " Se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem."⁴

Em nível internacional, temos como base também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que diz: " Art. 12 - A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito".⁵

Neste sentido, PRADO (2007, p. 146-147):

"Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio - *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) - entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta.

[...] Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente."

Como acima exposto, além da proporcionalidade "formal" que se expressa na criação, edição das leis está a proporcionalidade aplicada, ou seja, na parte que incumbe ao juiz, onde obedecidas as etapas de fixação da pena, delimitada no Art. 68 do Código Penal o juiz na primeira etapa fixará o *quantum*, chamada pena base,

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999. p. 39.

⁵ PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2011. p.146

e obedecidos os critérios de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e ainda o comportamento da vítima o juiz levará todos esses aspectos em conta na hora de condenar, aplicando a pena proporcional e individualizando-a.

Para CAPEZ (2010, P. 39):

[...] Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece inculcado em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I).

Portanto, a dignidade humana também sempre deve servir como baliza, como padrão, posto que constitui fundamento da República Federativa do Brasil, descrito no Art. 1º inciso III da Constituição Federal.

Ainda para CAPEZ (2010, p.40):

Além disso, a pena, isto é, é a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividade distintas [...].

Assim, torna-se importante esclarecer que além da pena ter que guardar correta simetria junto a conduta praticada, duas penas com o mesmo *quantum* devem ser fixadas para condutas que guardem entre si o mesmo grau periculosidade.

Desse modo, quando criado o novo tipo penal do Art. 288-A do Código Penal : Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no código, a Pena que que foi estabelecida foi de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ADEQUADA

Faz parte da tríplice do Princípio da Proporcionalidade. Ou seja: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁶.

Segundo artigo de Grazielle Martha Rabelo citando a obra de CANOTILHO (CANOTILHO, *apud* D'URSO, 2007. p. 66):

Ainda o autor define adequação, como sendo o subprincípio que: “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos de sua adoção [...] Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

Portanto, todas as medidas adotadas pelo estado para repressão dos crimes que afligem a sociedade devem estar em perfeita sintonia com tal princípio da adequação, ou seja, imposta uma sanção deve esta ser adequada ao fim que se almeja, lembrando sempre a função da pena que se mostra em preventiva e repressiva.

Entende-se o sentido de preventiva a sanção que quando imposta, e o indivíduo condenado, pela natureza cerceadora da pena a condenação servirá para toda a população visualizar e passar a temer o sistema penal, ajudando na diminuição da criminalidade.

Já a função repressiva entra no plano de atividade jurisdicional; o estado irá punir o indivíduo na medida em que cometida a conduta descrita no tipo necessária será a imposição de medida restritiva.

2.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

⁶ RABELO, Grazielle Martha. Princípio da proporcionalidade no Direito Penal. Em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990#_ftn27> Acesso em : 02 de Maio de 2013.

Constituindo também este um subprincípio da Proporcionalidade, traz a ideia de que observados os altos níveis de criminalidade hoje presentes, torna-se necessária maior proteção por parte do estado em questões onde a criminalidade se encontra a frente do poder do estado, que, sem dúvida deve cumprir seu papel na máxima da estrita legalidade.

Portanto, fica proibida a proteção falha, fraca e desproporcional ao mal causado pelo crime, mesmo em tese ferindo o princípio da legalidade.

Como exemplo para evidenciar este princípio, temos que, um terrorista que pego em ato final de explosão de uma bomba, podendo matar milhares de pessoas em um local público, levado e interrogado se recusa a dizer onde se encontra o artefato. Pela legislação atual é vedado qualquer tipo de tortura, sem exceções, diferente até mesmo do direito à vida que tem suas exceções, tal como nos casos de aborto permitido (art. 128 CP).⁷ Acontece que, diante do eminente e certo risco de milhares de mortes, este princípio da vedação da proteção deficiente possibilitaria a aplicação até mesmo da tortura para assim o criminoso dizer onde se encontra o instrumento letal, pois não pode o estado se curvar diante de fortes organizações criminosas e com forte poder de destruição.

A própria Constituição ora em seu artigo 5º “caput” garante a inviolabilidade do direito à segurança, dentre outros fundamentais. É dever de o estado democrático assegurar a todos brasileiros natos, naturalizados ou estrangeiros tais direitos.

No julgamento do HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL em 06/03/2012 do Supremo Tribunal Federal, tendo como ministro relator Gilmar Mendes, invocando o princípio da Proteção Deficiente denegou este a ordem e cassou liminar na qual foi obtida anteriormente pelo autor do crime de Porte ilegal de arma fogo, tipificado na lei Lei 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento), afastando ainda a possibilidade de inconstitucionalidade de tal dispositivo incriminador.

Abaixo parte da ementa:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA

⁷ DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 de Maio de 2013.

PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

Ainda no voto do Min. Luiz Fux na ADI 4424/DF e ADC 19/DF Relator: Min. Marco Aurélio , merece destaque o seguinte trecho:

“Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (Untermassverbot).”

Como se observa nos casos acima citados é reforçada a ideia de que o estado não pode fechar os olhos e se abster de coibir condutas ilegais, e nem abrandar uma medida coercitiva por conta de uma cultura machista e agressiva de uma sociedade.

E assim fez o legislador ao criar também o Art. 288-A. Criminosos que praticam tais condutas como Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal não podem sob o argumento de ausência de lei ficarem impunes.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se pela grande importância dos princípios para o Direito. Desde a criação das leis até a aplicação efetiva no mundo sensível, ou seja, no mundo real fora da abstração onde são realizadas medidas que tanto podem servir para soltar como para cercear a liberdade de um indivíduo.

Experiências anteriores já demonstraram o quanto Proporcionalidade, a Adequação e a Vedação à Proteção deficiente somadas são fundamentais para o bom desenvolvimento da sociedade.

E por fim, com efeito, como também inerente a criação de tipos penais incriminadores, tais princípios também são aplicados. Quis o legislador ao elaborar o tipo e criminalizar a conduta de Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal reprimir tais condutas com a imposição de pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, fortalecendo assim a premissa do Estado como grande guardião da paz e incolumidade pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 4424/DF e ADC 19/DF Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo657.htm#transcricao1>> Acesso em 05 de Maio de 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999. 149 p. (RT - textos fundamentais) ISBN 85-203-1442-2

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 ISBN 978-85-02-08630-2

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL.HABEAS CORPUS
Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012.DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012. STF. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 05 de Maio de 2013.

HC 219593 MS 2011/0227983-0, Relator: Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Data de Julgamento: 06/12/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2012 disponível em<<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/23021279/habeas-corpus-hc-219593-ms-2011-0227983-0-stj/relatorio-e-voto-23021281>>. Acesso em 5 de Maio de 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009-2010. 2 v. ISBN 978-85-224-5431-0

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2011. 3 v. ISBN 85-203-3033-3

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, Bilac Pinto Ed., 2009. 540 p. ISBN 978-85-309-2825-4