Número 12 – outubro/novembro/dezembro de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X –

“O `RETO ABSOLUTO’ E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”
- Uma abordagem sobre os fins do Direito Penal –

José Barroso Filho
Juiz-Auditor da Justiça Militar Federal, professor universitário; doutorando em Administração Pública pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); mestre em Direito pela UFBA, especialista em Direito Público pela UNIFACS, Professor de Cursos de pós-graduação do CIESA (AM), Fundação Visconde de Cairu (Ba) e CCJB (Ba); Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Público.

Inicialmente, para melhor situar o tema proposto, falarei a respeito do duelo entre três grandes movimentos.

Um movimento (vamos considerar os extremos) que acha que o Direito Penal causa mais mal do que bem (e na verdade é um malefício que deveria ser extinto) – é o movimento do *abolicionismo penal*; de outro lado temos o movimento do *expansionismo penal* – o movimento da lei e da ordem – no qual cada vez mais devemos buscar o controle social através do Direito Penal; e o médio, que é a *intervenção mínima* – em alguns casos precisamos trazer conflitos para o Direito Penal (somente quando as outras searas jurídicas não promoverem uma efetiva composição do litígio). São essas três posições que até hoje ainda disputam a primazia.

O Direito Penal não é a forma mais eficiente de tratar os conflitos; eventualmente precisamos dele (é um mal ainda necessário). Porém, se for estendido, da forma como está se fazendo, se toda e qualquer lesão procurar tratar do Direito Penal, ele perde seu “q” de necessidade e só permanece o mal.

Aproveitando o mote, a visão funcionalista, da qual podemos extrair essa visão da imputação objetiva, dá uma clareza muito grande do papel do Direito Penal dentro do sistema jurídico. Vivemos em uma sociedade de riscos, em que há riscos permitidos e riscos proibidos. Riscos permitidos os são por normas jurídicas (normas essas que não são normas penais, são normas de Direito Administrativo,

de Direito Civil...). Do explanado, começa-se a pensar: existem riscos que são permitidos – e os são por normas jurídicas e, da mesma forma, há riscos vedados, proibidos. Enquanto a pessoa se detiver dentro do âmbito da permissão, desenvolve uma atividade ajustada. Todavia, ainda no âmbito da permissão, a mesma norma que autorizou a atividade (que regulou a atividade), no caso de uma eventual lesão a bem jurídico, irá também impor a sanção (o que me parece lógico, é sistemático).

Então, nos riscos permitidos, quem permite é uma norma jurídica que não é a penal (outras searas). No caso de uma atividade permitida, quando eventualmente a pessoa cause uma lesão, mas ainda dentro do âmbito da permissão, a mesma norma que autorizou é que vai sancionar. Assim, começamos a pensar: "e o que resta para o Direito Penal"?

Quando a pessoa sai do âmbito de permissão, incrementa um risco, aumenta o risco ou cria um risco proibido. Ao criar esse risco proibido e lesionar um bem, aí sim temos algo de interesse penal, é a chamada *imputação objetiva*. Então me parece que, funcionalmente, tentando enxergar a porção de cada elo dentro do sistema, essa visão da imputação objetiva, bastante esclarecedora.

TRATANDO O DIREITO PENAL COMO UMA PANACÉIA[1]

Primeiro vamos lembrar que nosso objetivo maior com o Direito é uma sociedade ordenada, pacífica. Eventualmente (Durkheim é bem claro neste aspecto), teremos conflitos intersubjetivos, disputas por bens que são limitados. Essas eventuais lesões que podem ocorrer poderão ser classificadas no âmbito Penal, Cível, Tributário. Desta forma, achar que possamos viver em uma sociedade sem algum nível de conflito é utopia; como tratar desses conflitos é o nosso desafio.

Vamos tratar somente, ou principalmente, cada vez mais visando controle, no âmbito Penal – o que também é uma visão equivocada, pois não é o tratamento mais eficiente. O que queremos, na verdade, é diminuir o índice de crimes, o índice de infrações. Portanto, toda medida que se tome nesse sentido é uma medida de política criminal. Então, por exemplo, se há um aumento de postes de iluminação pública, também há diminuição dos crimes (crimes de estupros, crimes de furtos). Da mesma forma, se há um incremento na atividade econômica, pode-se perceber que em situações de alta, de alto aquecimento econômico, o índice de criminalidade desce, e isto também é política criminal. Podemos atuar, nestes exemplos, também com o Direito Penal, punindo aquelas pessoas que lesionem bens jurídicos. Porém, só punir não é a melhor solução; não é a melhor, não é a mais eficiente; é preciso uma visão mais sistêmica.

Falar em Direito Penal não significa abordar somente o Direito Penal. Fala-se em Constitucional, Administrativo; fala-se também em outros domínios – o

[1] Lembram dos alquimistas que pensavam existir uma substância, uma planta, que seria a cura de todos os males, a panacéia?

Jurídico, o Político, o Econômico, o Social. Essa visão interdisciplinar (ou caminhando mais, transdisciplinar) é fundamental para entender Direito; é fundamental para entender o que estamos procurando nesse "tal" Direito Penal, que não é só punir por punir, o principal objetivo do Direito Penal é proteger bens.

HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DAS PENAS

Na Antiguidade, e também na Idade Média, as penas eram basicamente corporais – não existiam as penas de prisão de forma autônoma. Desta forma, a pessoa passava um tempo presa, em algum lugar, somente enquanto era julgada ou esperava para ser executada (no caso de uma medida mais drástica, de uma pena capital).

A pena de prisão começou a ser adotada quando se observou a punição que era aplicada nos mosteiros. Os monges, sempre que cometiam uma falta, eram, pelos seus superiores, confinados nas suas celas para que ficassem em penitência por certo tempo – isso era uma sanção. E começou-se, ao final da Idade Média, sobre os ventos do Iluminismo, a humanizar mais o Direito; a humanizar mais a aplicação dessas sanções. Começou-se a pensar na pena de prisão como uma pena autônoma, surgindo daí alguns sistemas prisionais (a pena de prisão como sanção por uma infração penal).

O primeiro sistema foi o nascido na *Pensilvânia*, que era calcado basicamente no isolamento celular de dia e de noite. Depois temos o *sistema auburniano*, no qual o indivíduo ficava isolado em sua cela durante a noite, mas trabalhava durante o dia. O detalhe desse *sistema auburniano* é que a pessoa saía da cela para trabalhar, mas deveria permanecer em silêncio – era proibido que os presos se comunicassem.

Depois do *sistema da Pensilvânia* e do *sistema auburniano*, surgiu o *sistema progressivo*, que se inicia em dois momentos. No primeiro, o *sistema progressivo inglês*, a pessoa começava com uma pena de isolamento celular e depois poderia, com um bom comportamento, evoluir para a possibilidade de trabalhar e, se ainda tivesse bom comportamento, poderia até sair – seria uma espécie de liberdade condicional.

A esse *sistema inglês* sobreveio o *sistema progressivo irlandês*. Este, defendendo que se a pessoa fosse simplesmente lançada à rua ainda estaria despreparada, pensou em começar com o isolamento celular e, com o mérito, migraria para a possibilidade de sair para trabalhar em uma espécie de colônia agrícola. Assim, a pessoa, em determinado momento, trabalhava dentro da própria penitenciária e, se demonstrasse mérito, teria a oportunidade de ir para uma prisão agrícola, onde teria mais espaço para trabalhar e se prepararia para usufruir da liberdade. Por fim, se demonstrasse mérito, poderia sair da penitenciária.

Portanto, temos esses três grandes sistemas: o da *Pensilvânia*, o *auburniano* e o *progressivo* (*inglês* e *irlandês*). Nesta evolução estamos trabalhando com a noção de prisão como sanção principal, a qual já vimos não ser

a mais eficiente. A verdadeira pena alternativa é a prisão, que deve ser a última das alternativas. Se a pena puder ser substituída por uma outra de serviço à comunidade, se puder dar um *sursis*, todas as alternativas que não seja encarcerar a pessoa devem ser cogitadas; se não for possível qualquer dessas alternativas, em última instância, essa pessoa será levada para a prisão (a prisão é a última instância que será utilizada).

Nesse aspecto, teremos que perguntar se vale realmente a pena tratar este ou aquele fato – o fato sobre análise – sob a égide do Direito Penal. Acho que a primeira pergunta que deve ser feita, baseando-se no *princípio da intervenção mínima*, será: as outras searas jurídicas não fornecem um adequado tratamento que, por si só, esgote a questão; que não precise ir ao Direito Penal? Mas também podemos, de outro lado, fazer um questionamento sobre a questão do *princípio da proporcionalidade*: será que realmente precisamos tratar este fato no nível penal? Abordando as três dimensões do princípio da proporcionalidade, questiona-se: Será que o tratamento penal é o mais adequado? Será que realmente é necessário? Será que vai causar mais bem do que mal?

A partir destas três dimensões devemos fazer uma análise observando o justo da medida ou proporcionalidade – se realmente este tratamento penal é adequado, é necessário e acomoda proporcionalidade de bens envolvidos, ou seja, se vai trazer mais bem do que mal (é uma análise de custo-benefício), isto para chegar a tratar no nível penal. Porém, quando já está no processo, no inquérito, na fase de definição, percebe-se que novamente deve ser observada a proporcionalidade. Isto porque, quando a pena é aplicada, a pessoa cometeu um fato típico, é lesivo a algum bem, não consta nenhuma causa de justificação, é algo que merece censura – a pessoa cometeu crime (este entendido como um fato típico, ilícito e culpável, como a maioria entende).

Com relação aos que entendem o crime de forma diversa da maioria, há os que pensam como o Professor Damásio, que acham que o crime é somente um fato típico e ilícito (a culpabilidade virou um pressuposto para se aplicar a pena); há também os que entendem o crime como um fato *típico*, *ilícito*, *culpável* e *punível*. Este último entendimento pode parecer absurdo, o que não é tanto assim. Temos situações em que o Direito Penal claramente diz que não vai aplicar punição, que não tem nada a ver com o fato. Por exemplo, nos crimes contra o patrimônio (aquela questão das escusas absolutórias), quando temos crimes patrimoniais cometidos por pai contra filho (não há cometimento de fato violento). Nestes casos o Direito Penal diz claramente que não vai aplicar pena – são escusas absolutórias, há imunidade absoluta.

Assim, nestes casos, já que não pode ser aplicada a pena, sequer pode ser instaurado inquérito policial. Para que o inquérito policial? O inquérito serve para trazer provas, que deverão ser apresentadas, no caso de uma ação pública, ao Ministério Público, para, no caso de recebimento da denúncia e início do processo, ao final deste, no caso de condenação, o Estado possa prender a pessoa tendo título executório. Se a própria lei já diz que não haverá punição em tais casos, porque instaurar o inquérito? Essa análise do crime como composto por quatro

elementos não é algo tão fora de contexto ou fora de discussão. Do mesmo jeito que temos a nossa opinião, devemos respeitar a opinião contrária.

Portanto, há os que pensam que crime é um fato típico e ilícito; há os que pensam que crime é um fato típico, ilícito e culpável; e há também os que pensam que é fato típico, ilícito, culpável e punível, a exemplo do Professor Muñoz Conde. Estamos falando da resposta que se dá a uma lesão a um bem jurídico penalmente protegido. Dentro do funcionalismo, dentro das mais variadas correntes funcionalistas, temos três que se destacam.

Temos um funcionalismo mais duro, mais radical, capitaneado pelo Professor Jakobs, que volta um pouco ao pensamento da Escola Clássica. Conforme a linha desta escola, se o homem tem esse livre arbítrio e escolhe cometer crimes, escolhe lesionar a sociedade, a sociedade tem quer reagir (caráter retributivo da pena). Jakobs fala mais ou menos isso: se há um sistema montado para proteger bens, e se alguém lesiona esses bens, o próprio sistema avisa – para sua própria manutenção ele tem que reagir, tem que ser aplicada uma pena.

Ao lado disso temos o funcionalismo que vem com o Professor Roxin e com o Professor português Figueiredo Dias, que é o chamado *funcionalismo moderado*. Neste, o sistema está certo, está dirigido para proteger bens. Contudo, há certas situações em que a pena não vale a pena e o tratamento penal não é a melhor resposta a esta lesão (como se dá, por exemplo, no perdão judicial).

Por fim, há a terceira corrente, que chamo de *funcionalismo ponderado*, defendida pelo Professor espanhol Santiago Mir. Este fala que está tudo bem, o sistema está legível, está montado para proteger bens, no entanto, quem eventualmente comete uma lesão a esses bens deve ser sancionado. Porém, desde o começo, desde a investigação, tem que ser possibilitado à pessoa o exercício dos seus direitos fundamentais (por exemplo, a ampla defesa, o contraditório, o respeito a sua dignidade como pessoa). Isto porque não é um objeto, é uma pessoa que está sob investigação, que está sendo processada; quando for e se for condenada, que receba uma pena proporcional à lesão causada, e que na própria execução da pena, se observe a dignidade neste cumprimento.

Desta forma, há uma ponderação de valores. Com certeza temos que proteger o sistema, mas não devemos esquecer do homem, do ser humano, que é origem e fim deste sistema. Assim, estas são as três correntes interessantes para desenvolvermos o raciocínio.

O que quero trazer à discussão, basicamente, é que há situações – e isso inquieta muito o juiz – no momento de aplicação da pena, em que devem ser tomadas decisões sobre a vida de outra pessoa, que é tão pessoa quanto você. O momento de gente julgando gente é um momento de inquietação (e deve ser) [2].

[2] Fico relembrando quando ainda era estudante de direito e freqüentava as audiências e conversava com os Juízes e Promotores buscando orientações. Conversando com determinado Magistrado sobre aplicação da pena, ele falou que era tranqüilo, que não deveria haver preocupação, pois é uma questão puramente técnica – por exemplo, no homicídio simples, em que a pena mínima é 6 e

O julgar é o momento de inquietação que, pelo menos ao que parece, para poucos Magistrados, é algo a que eles se acostumaram. O Magistrado que se acostuma a julgar está na hora de sair, está na hora de se aposentar, de desenvolver outra atividade, porque julgar o semelhante é um momento de inquietação. "Será que eu, na minha falibilidade humana, estou interpretando corretamente esses fatos que estão no papel"? "Será que não estou, com os meus preconceitos, completando provas"? "A palavra só vai até certo limite e eu, com os meus preconceitos, completo (porque ele é assim, porque ele vem de tal região)". É um momento em que deve haver um profundo respeito pelos outros, mesmo se for condenar, não precisa ser bonzinho, deve ser justo (tanto para dizer que não é crime, e isso pode ser tratado muito bem ou até melhor na esfera cível, quanto para dizer que é crime, aplicando uma pena de um ano ou penas consecutivas de trinta anos). Não é essa a questão – ser bonzinho –, é ser respeitoso com o próximo, é de respeitar aquele cidadão que eventualmente está respondendo ao processo – se for culpado, as provas assim indicarão.

O que está faltando hoje em dia é termos respeito pelo outro, pois vivemos em uma sociedade. Por isso essa demanda tão crescente no nível de processos, porque as pessoas não conversam mais; as pessoas não procuram soluções consensuais; há certa intolerância de convívio basicamente marcada pelo *hedonismo* ("eu quero satisfazer meus interesses, se você é contra, vou logo ao Judiciário, não vou conversar com você para não chegarmos a um acordo"). Lembro-me muito de situações como essas, desse clima de periculosidade, de excesso de litigiosidade. Vamos ser mais poéticos até, lembrar um grande poeta – Renato Russo. O que está realmente faltando na nossa sociedade é respeito, tolerância; devemos *amar as pessoas como se não houvesse amanhã,* e se você pensar bem, na verdade não há. Temos que agir hoje. Sobre agir hoje e agir sempre, isso aqui não é aula de direito, é uma aula de vida que também é de direito – o que é uma coisa só.

Relembro um grande orador, um grande pensador, o nosso Padre Vieira, *"Nossa vida é o que fazemos. Nos dias em que fazemos, vivemos, nos outros, duramos"*. Portanto, temos que aproveitar, temos que aplicar esses princípios, negar a aplicação a normas inconstitucionais, respeitar o próximo – isso não é fragilidade, é grandeza de espírito, é humanidade – para que realmente percebamos que estudando direito, aplicando direito, vale a pena (até porque direito não cabe nos livros, não cabe em sala de aula, Direito é algo pulsante, é algo vivo, mas que depende da nossa ação). Talvez essa seja a principal instigação ou mensagem ou exortação que eu faço nesse dia.

Deixo alguns exemplos da minha experiência judicante:

---

a máxima 20 anos, soma-se os extremos (6 mais 20, que resulta 26), divide por dois e a pena começa aí, em treze anos. Fiquei assustado, pois sem maiores considerações ele soma os extremos, chega a 13 e a pena começa aí. É um absurdo, mas infelizmente ainda há pessoas que pensam assim.

PODER JUDICIÁRIO

Seção 1.01 JUSTIÇA MILITAR FEDERAL

AUDITORIA DA 6ª. CJM [W91] Comentário:

Artigo2 SALVADOR/BA

``Processo nº 06 / 02-1

Preleciona Aníbal Bruno que a sanção "é a medida com que o Estado reage contra a infração da norma".

A sanção, geralmente, é entendida no sentido restrito de castigo, quando há o descumprimento da lei.

Dessa forma, o acusado, na forma culposa, violou o patrimônio e por tal conduta deve ser punido. Punido sim, mas na exata medida. Vale ressaltar que o dano patrimonial já está sendo recomposto, na área cível, vez que estão sendo efetuados descontos mensais nos vencimentos do acusado.

No evento culposo, a preocupação não é com o desvalor do resultado, mas com o desvalor da conduta, assim, deve-se pensar qual a melhor resposta para o ofensor e a comunidade, no tocante à composição da lesão causada, neste sentido, o fato o não está a merecer a severidade da sanção penal como resposta mais justa e proporcional à sua conduta.

Assim, afasta-se a sanção penal, cujas consequências desbordam a perda da liberdade - vale lembrar a inclusão no Rol dos Culpados e o registro na Folha de Antecedentes -, para considerar que a aplicação de uma pena disciplinar seja suficiente e adequada ao tipo de lesão perpetrado.

Desta forma,, o Direito Penal deve ser a ***ultima ratio***, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade``.

PODER JUDICIÁRIO

Seção 2.01 JUSTIÇA MILITAR FEDERAL

AUDITORIA DA 6ª. CJM [W92] Comentário:

Artigo3 SALVADOR/BA

``Processo nº 04 / 00-0

À saciedade, comprova-se a relação de causalidade material entre a conduta do acusado – erro na digitação do código de exclusão – e a continuidade dos depósitos, situação que possibilitou a lesão ao patrimônio sob a Administração Militar.

Ocorre que o moderno Direito Penal exige mais do que a causalidade material na investigação típica. Faz-se necessário que o agente extrapole os limites de ação aceitos na vida social, ou seja, vá além dos riscos permitidos e socialmente tolerados e regrados, deve o agente implementar ou incrementar um risco socialmente proibido.

Assim, à causalidade material deve ser agregado o incremento ou implemento de um risco proibido, só dessa forma pode a ele ser imputada a causação do evento. Afinal, se o agente, tão somente efetua uma atividade socialmente aceita ou age no intuito de diminuir os riscos de lesão a um bem jurídico, não pode ser sua conduta considerada típica, pois o sistema não pode permitir e proibir uma conduta, ao mesmo tempo.

Comprova-se que o acusado desempenhava um serviço, para o qual eram necessários cerca de quatro funcionários, a despeito dessa situação adversa, sempre fez o possível para cumprir as tarefas que lhe eram conferidas. Porém nesse caso, esbarramos no limites físicos e intelectuais da ação humana, dada a sobrecarga de trabalho, imposta pela falta de infra-estrutura, tem-se o considerável aumento da possibilidade de uma ocorrência de um erro funcional.

No entanto, o incremento do risco deve ser imputado à Administração, dada a carência de funcionários e o crescente trabalho, e não ao funcionário que procurou desempenhar suas funções, na melhor maneira possível, sendo premido ao erro.

O fato pois, não é típico, pois não a lesão causada não pode ser objetivamente imputada ao acusado. Impõe-se a absolvição, dada a atipicidade da conduta, nos termos do art. 439, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar``.

PODER JUDICIÁRIO

Seção 3.01 JUSTIÇA MILITAR FEDERAL

3ª. AUDITORIA DA 3ª. CJM

[W93] Comentário:

Artigo4 SANTA MARIA/ RS

``Processo nº 05 / 97-7

O crime continuado é uma forma especial de concurso de crimes cujo reconhecimento depende da existência de dois ou mais crimes que dadas as condições de tempo, lugar e maneira de execução são considerados, por uma ficção jurídica, como um crime único.

Eis a norma conforme o Código Penal Militar :

> *"Art. 80 - Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro".*

A norma do artigo anterior dispõe :

> *" quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art, 58."*

Mais ainda *:*

> *"Art. 81, §1º - A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto, no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado".*

Essa causa de diminuição de pena revela uma tentativa de individualização da pena, porém foge ao princípio da proporcionalidade, dado que determina a soma de todas as penas e só depois aplica a referida diminuição, ou seja, só tenta a adequação quando o "mal" já está feito, ou seja, uma pena excessivamente severa.

Sobre o assunto, relembro o **Min. Paulo César Cataldo** que lucidamente ponderou "***às vezes a pena pode ser pior do que o crime***".

O injusto e desproporcional tratamento dispensado pelo CPM quanto se trata do crime continuado é também assistemático, vez que a nova parte geral do Código Penal Comum (Lei nº 7.209/84), repetindo a anterior, manda aplicar ao crime continuado a pena de um só dos crimes se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso de um sexto a dois terços (art.71). E o Código Penal Militar, anterior de 1944, também assim dispunha (art. 66, §2º)**"**.

Em termos de continuidade delituosa, compreensão estritamente técnica da matéria torna quase impossível, na generalidade dos casos, unificação de penas, levando ao exagero punitivo que a ficção da continuidade procura evitar; necessária uma apreciação casuísta com justas a uma justa individualização das reprimendas.

Não se trata de criar soluções para cada caso, mas que em cada caso se aplique o direito em toda a sua extensão, operação esta que exige conhecimento apurado, mas, sobretudo, bom-senso e ponderação do intérprete da norma. Assim, quando a lei não atende aos anseios sociais, o intérprete deve buscar nos princípios gerais do Direito a melhor solução para o acomodamento da sociedade.

Não nos esqueçamos de que o Direito é um meio e o fim almejado é o bem-estar e a paz pública, dessa forma as normas escritas devem ser objeto de

constante observação para aferição de sua adequação às transformações sociais, a fim de que se faça da lei, verdadeiro instrumento de justiça.

A finalidade da norma é sempre preservar um valor, assim ao seu descumprimento associa-se a figura da sanção como forma de impedir a ocorrência do desvalor. O real sentido da lei é aferido quando observarmos o contexto social e normativo na qual aquela encontra-se inserida.

Neste diapasão, a boa hermenêutica indica a pesquisa sistemática do ordenamento jurídico, para a mais correta aplicação da lei, afinal, já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei, cumpria examinar a norma em conjunto: "*é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma"*.

Não basta pois, escolher um artigo para interpretar sem ter-se a visão global da lei em todos seus aspectos, buscando-se uma avaliação quanto ao valor eleito e a finalidade almejada.

Entendendo-se, genericamente, o bem-estar e a paz pública como finalidades primeiras da norma, necessária a aferição do valor para aplicação daquela. Por certo, a valoração é, essencialmente, bipolar, define-se entre duas situações : presença e ausência; belo e feio... justo e injusto.
A aplicação do frio e inerte preceito normativo ao caso concreto, pulsante porque atual, exige extremado senso de justiça do julgador, afinal "o Direito prevê e provê; logo não é indiferente à realidade. Faça-se justiça; porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora, produz". Faça-se pois, a justiça a seu tempo e na medida exata das aspirações do homem, origem e fim do direito.

I -Da não-recepção pela C.R. / 88

É da norma constitucional :

" ***a lei regulará a individualização da pena***" (art. 5º, XLVI)

No tocante à aplicação da pena, o CPM trata igualmente o Concurso de Crimes e o Crime Continuado, só deferindo a este último uma causa de diminuição, somente após a soma de todas as penas, situação que vulnera a norma constitucional da individualização da pena, bem como o princípio da proporcionalidade, quando da atuação estatal.

Com a edição de uma nova Constituição inaugura-se uma nova ordem jurídica, agora sustentada nos novéis princípios e normas advindos da nova Carta. Por certo, desnecessária a renovação de todo o ordenamento jurídico, porém as normas antigas para continuarem válidas hão de manter uma relação de compatibilidade com a Lex legum, do contrário, não serão recebidas pelo novo sistema constitucional.

Dessa forma, com o advento da Constituição da República de 1988, a norma inserta nos art. 80 e 81, referentes ao crime continuado, não encontram sustentáculo de validade de esteio jurídico, vez que conflitantes com a norma maior, dado que não fornecem critério seguro e justo para a individualização da pena, violando assim os princípios da isonomia e da proporcionalidade da ação estatal, não sendo pois recebidas pela nova ordem constitucional.

Com efeito, o Código Penal Militar editado em 1969 não teve seu art. 80 recebido pela nova ordem constitucional erigida em 1988.

Na impossibilidade de manter-se um "vazio normativo" ante a inaplicabilidade das citadas normas, mormente por implicar prejuízo aos acusados, atentando-se aos princípios da isonomia e do "Favor rei", dá-se concretude à afirmação do Professor **Giuseppe Sabatini**, "em virtude da qual a posição do sujeito que deverá padecer uma limitação na própria esfera de sua liberdade jurídica "è favorita dall'ordinamento giuridico nel sendo che tal limitazione sai sempre la meno gravosa possibile nel regolamento degli opposti interessi", assim tal tarefa torna-se menos árdua ante a aplicação analógica do disposto no Código Penal Comum, em relação ao crime continuado, é da referida norma :

> "*Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços*".

Assim, vez que não recepcionada pelo texto constitucional, nega-se aplicação à norma inserta nos arts. 80 e 81, do CPM, referentes ao crime continuado, e integrar por analogia, a situação analisada nos presentes autos, ao disposto no art. 71 do Código Penal Comum``

PODER JUDICIÁRIO

Seção 4.01 JUSTIÇA MILITAR FEDERAL

AUDITORIA DA 12ª. CJM **[W94] Comentário:**

Artigo5 MANAUS/ AM

``Processo nº 27 / 02-5

Sobre o assunto, relembro o Min. Paulo César Cataldo que lucidamente ponderou "*às vezes a pena pode ser pior do que o crime*".

Toda norma, segundo Canotilho, *aspira à credibilidade como ordem justa, no sentido de que estabelece estruturas básicas de justiça assentes na força consensual e compromissória dos atos de domínio*.

Observando o prisma da proporcionalidade, tem-se que a medida é adequada e necessária, porém fere a proporcionalidade, em sentido estrito. No caso, ora analisado, a aplicação da pena pelo crime de furto qualificado, mesmo no seu patamar mínimo, é um desprestígio ao princípio da proporcionalidade, de base constitucional, mormente, porque, à època dos fatos, os dois soldados eram menores do que 21 anos e confessaram o crime perante uma autoridade, se não se pode aplicar tais atenuantes, vez que a pena está no mínimo legal, tais situações recomendam a aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido de abrandar a pena. Assim, em respeito à norma maior do sistema, é forçoso e necessário a admissão de uma minorante inominada, lastreada no princípio da proporcionalidade, trazendo como intervalo de apreciação, por analogia, o patamar de 1/3 a 2/3, como sói acontece em vários artigos da nossa lei penal.

Passo a dosimetria:

R. A. H. B. agiu com dolo intenso, não apresenta personalidade voltada para o crime, não registra vida pregressa que o desabone, todas as demais circunstâncias não são desfavoráveis, razão pela qual a pena-base deve situar-se no mínimo legal. Reconhece-se as atenuantes manifestas na situação de, à época dos fatos, ser menor de 21 anos e de ter confessado o crime perante autoridade, porém deixa-se de aplicar as citadas atenuantes, vez que a pena está no seu mínimo legal. Em prestígio ao princípio da proporcionalidade e atento às reais finalidades da reprimenda penal, aplica-se uma minorante definida em 1/3, para concretizar a pena definitiva em dois anos de reclusão."

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FILHO, José Barroso. "O`RETO ABSOLUTO' E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE" - Uma abordagem sobre os fins do Direito Penal. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.