

DUAS DECISÕES DE UM JUIZ DE PRIMEIRO GRAU EM FACE DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E EXCESSO DE PROIBIÇÃO, BEM COMO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE GÜNTHER

DOS DECISIONES DE UN JUEZ DE PRIMER GRADO ANTE LOS POSTULADOS DE LA PROPORCIONALIDAD Y EXCESO DE PROHIBICIÓN, ASÍ COMO DE LA TEORIA DE LA ARGUMENTACIÓN DE GÜNTHER

Lailson Braga Baeta Neves¹

RESUMO: Há alguns anos, um juiz se viu, sucessivamente, e em comarcas diferentes, diante de situações aparentemente semelhantes, mas que geraram decisões distintas. Em ambas as comarcas ocorreram subtração de galinhas que foram consumidas pelos agentes, e em ambos os casos os praticantes eram jovens. Entretanto, no primeiro caso, o juiz decidiu aplicar o princípio da insignificância, absolvendo os réus. No segundo caso, cerca de um ano depois, o juiz condenou os réus pela prática de furto e lhes aplicou uma pena substitutiva, especificamente a de prestação de serviços, sendo que, neste caso, ainda tiveram que ressarcir a vítima, sem prejuízo de outras indenizações porventura devidas. O que se questiona é se em face dos casos concretos houve quebra do princípio da isonomia ou se as decisões guardam correspondência com as mais modernas teorias jurídico-filosóficas, aqui representadas por Roxin, Zaffaroni, Günther e Habermas, bem como se foram observados o princípio da isonomia, bem como os postulados da insignificância e proporcionalidade, assim como a aplicabilidade no caso concreto das teorias discursivas e argumentativas do direito e a funcionalidade de tais teorias, inclusive no que diz respeito ao discurso de aplicação, em face do caso concreto posto diante do juiz monocrático brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade; Argumentação; Decisão; Insignificância, Proporcionalidade.

RESUMEN: Hace algunos años, un juez se vio, sucesivamente, y en comarcas diferentes, delante de situaciones aparentemente semejantes, pero que generaron decisiones distinguidas. En ambas comarcas, ocurrieron sustracción de gallinas que fueron consumidas por los agentes, y en ambos casos los practicantes eran jóvenes. Sin embargo, en el primer caso, el juez decidió aplicar el principio de la insignificância, absolviendo los reos. En el segundo caso, cerca de un año después, el juez condenó los reos por la práctica de furto y les aplicó una pena substitutiva, especificamente a de prestación de servicios, siendo que,

¹ Lailson Braga Baeta Neves é juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em exercício na comarca de Montes Claros-MG, Professor da Universidade de Montes Claros (UNIMONTES). Graduado em Direito pela UFMG, Especialista em Direito, Mestre e doutorando em Direito pela PUC Minas.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

en este caso, aún tuvieron que ressarcir la víctima, sin perjuicio de otras indemnizaciones posiblemente debidas. Lo que se cuestiona es si en faz de los casos concretos hubo quiebra del principio de la isonomia o si las decisiones guardan correspondencia con las más modernas teorías jurídico-filosóficas, aquí representadas por Roxin, Zaffaroni, Günther y Habermas, así como se fueron observados el principio de la isonomia, así como los postulados de la insignificância y proporcionalidad, así como la aplicabilidad en el caso concreto de las teorías discursivas y argumentativas del derecho y la funcionalidad de tales teorías, inclusive en lo que concierne al discurso de aplicación, ante el caso concreto puesto delante del juez monocrático brasileño.

PALABRAS-CLAVE: Aplicabilidad; Argumentación; Decisión; Insignificancia; Proporcionalidad.

ABSTRACT: A few years ago, a judge found himself successively and in different counties, faced with apparently similar situations, but that led to different decisions. It occurred that in both counties, chickens were stolen by young agents. However, in the first case, the judge decided to apply the principle of insignificance, acquitting the defendant. In the second case, about a year later, the judge sentenced the defendant by the practice of theft and imposed a substitute sentence, specifically to provide services, and in this case, still compensate the victim without damages to other perhaps due compensations. Considering both cases what is questioned here is whether there was no breach of the principle of equality or whether the decisions regarded the most modern legal and philosophical theories, represented here by Roxin, Zaffaroni, Günther and Habermas, as well as whether the principle of equality was taken into account, as the postulates of insignificance and proportionality even as the applicability of discursive and argumentative theories of the law and functionality of such theories in the concrete case, including what regards to speech application in the case put forward to the Brazilian tyrannical judge.

KEYWORDS: Applicability; Argumentation; Decision; Insignificance; Proportionality.

1 DOIS CASOS POSTOS EM CONFRONTO

Há alguns anos, dois fatos considerados simples foram postos sucessivamente e com intervalo de apenas dois anos, diante de um mesmo juiz, embora em comarcas distintas.

Todavia, embora visivelmente semelhantes, os casos tiveram decisões aparentemente antagônicas.

Ambos os episódios se tratavam de furtos de galinhas que foram subtraídas e consumidas pelos então agentes dos fatos.

O primeiro caso se deu na zona rural de uma Comarca próxima à Belo Horizonte. Alguns rapazes, andarilhos, pobres e analfabetos, subtraíram algumas

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

galinhas, cerca de três ou quatro, que faziam parte de uma grande criação de galinhas (cerca de quinhentas), situada em uma fazenda da região.

Quando comiam os galináceos em questão, foram surpreendidos por agentes da polícia militar que os prenderam em flagrante pelo furto.

Houve denúncia que foi recebida e, quando o processo já estava em curso, chegou um novo juiz naquela comarca que, se valendo do princípio da insignificância, absolveu todos os denunciados.

Em seguida, o mesmo juiz ainda substituto, foi transferido para uma outra comarca, desta vez na região Norte de Minas Gerais. Naquela comarca, também corria um processo contra alguns rapazes que haviam subtraído algumas galinhas.

Desta vez, entretanto, os jovens pertenciam a famílias abastadas, tinham boa formação escolar e subtraíram galinhas que pertenciam a um pequeno lavrador muito pobre, que sobrevivia de sua lida na lavoura e da venda daquelas poucas galinhas que criava. Em seu depoimento havia declarado que “eles tiraram tudo o que ele tinha”.

Os jovens, em seu interrogatório, haviam dito que praticavam o ato para se divertir e que faziam galinhada com as aves que furtavam e, que também se divertiam vendo o desespero do sitiante.

No segundo caso, o juiz entendeu que havia ofensa patrimonial e condenou os rapazes por furto, aplicando a substituição da pena pela de prestação de serviços, sem prejuízo da indenização cível que foram submetidos em processo apropriado.

Em face de dois casos aparentemente tão simples, emergem as seguintes questões: a) Há contradição entre as duas decisões? b) Em face de ambos os casos, como se dá a aplicação do princípio da insignificância? c) Existe relação entre o princípio da insignificância e o postulado da proporcionalidade ou do excesso de proibição? d) Qual a natureza do princípio da insignificância em face da doutrina de Humberto Ávila² e Robert Alexy³? e) As decisões mencionadas

²ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

encontram respaldo na visão dos doutrinadores citados, bem como de Claus Roxin⁴, Zaffaroni⁵, Günther⁶ e sua teoria da argumentação?

São algumas das questões que este artigo pretende levantar, sem, contudo, ter a pretensão de responder quaisquer delas de forma categórica, mas, e muito mais, de sugerir tais questões e o seu impacto sobre sentenças e decisões monocráticas como as mencionadas.

2 A DOCTRINA DE CLAUS ROXIN

Segundo Claus Roxin, o Direito Penal vale não pela norma em si, mas pela proteção que assegura os bens jurídicos. Segundo ele, aí está a função do Direito Penal⁷.

Roxin afirma que a norma penal deve sempre proteger um bem jurídico⁸. Para ele, a função do Direito Penal consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre que estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais⁹.

Portanto, sob esta ótica, não se justifica a tipificação de condutas que se ajustariam melhor com medidas educativas, administrativas ou civis. Somente então, quando estas já não fossem passíveis de solucionar a questão, é que o legislador deve tipificar uma conduta como delito penal. Qualquer coisa, além disso, segundo Roxin, estaria fora do modelo de Estado Democrático de Direito¹⁰.

Diante da afirmação acima, pretende-se que a norma penal que não confira proteção a um bem jurídico, nos termos acima mencionados, deve ser invalidada ou ter a sua eficácia negada.

⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2008.

⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**. 8ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁷ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre, 2009.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2008.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Para ele, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, da qual a proibição de excesso é uma manifestação para negar eficácia à norma penal desproporcional.

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, que ressurgiu em razão dos estudos de Claus Roxin, é defendido por outros doutrinadores, tais como Zaffaroni e Pierangeli¹¹, Weinmann¹² e muitos outros.

Exige-se, antes de discorrer sobre tal princípio, segundo Weinmann, fazer uma distinção entre ilícito e injusto. Todo ato contrário à lei é ilícito, já o injusto se relaciona com o grau de violação do bem jurídico protegido pela norma penal. Para exemplificar, pode-se dizer que um homicídio qualificado é um ato ilícito tanto quanto uma lesão corporal leve; todavia, o primeiro contém uma antijuridicidade mais grave com relação ao segundo.

Daí se pode dizer que se um ato ilícito contiver um grau muito baixo de antijuridicidade, ou seja, faltar-lhe lesividade suficiente para afetar o bem jurídico protegido, sua reprovabilidade em face da lei penal pode ser muito baixa ou nula.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli¹³, as afetações exigidas pela tipicidade penal requerem sempre alguma gravidade, posto que a afetação mínima do bem jurídico pode não configurar aquela requerida pela tipicidade penal. Ou seja, nem todo ato ilícito apresenta um grau de injusto que mereça a reprovação e atuação do Estado, no que concerne ao Direito Penal.

Verificada a afetação insuficiente do bem jurídico, não se aplicará a sanção penal prevista para o caso em que houvesse ofensa relevante do mesmo bem jurídico.

¹¹ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V. 1. 8ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

¹²WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2ª Ed. Porto Alegre, 2009.

¹³ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V. 1. 8ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Weinmann afirma que o princípio da insignificância se justifica pelo conceito de “mais valia” desenvolvido por Marx em “O Capital”¹⁴. Para ele, esse conceito é relevante, porque permite ao operador do direito a percepção do ato que se quer realmente penalizar. Segundo o mesmo doutrinador, é um princípio de bom senso e boa técnica, que está inserido no princípio da proporcionalidade, e no respeito que o Estado, detentor do *jus puniendi*, deve ter, obrigatoriamente, em relação a quem comete uma infração irrelevante.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, a insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma, visto que toda ordem normativa persegue uma finalidade que é a convivência pacífica¹⁵. Para eles, a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa e à norma em particular. Portanto, tais hipóteses estariam excluídas de seu âmbito de proibição. Segundo os citados doutrinadores, isso só pode ser estabelecido à luz de sua consideração isolada.

4 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Não é o objetivo do presente trabalho questionar se a proporcionalidade é um princípio ou um postulado, em um nível aprofundado. Humberto Ávila defende que tanto a proporcionalidade quanto o excesso de proibição são postulados normativos aplicativos.

Neste artigo, acompanhamos o posicionamento de Humberto Ávila, pelas razões postas em sua obra “Teoria dos Princípios”¹⁶.

É bom que se diga que para Ávila o excesso de proibição não se confunde com o postulado da proporcionalidade, diferentemente de Roxin, razão pela qual o referido postulado será estudado em tópico apartado ao da proporcionalidade, embora guarde com aquela estreita conexão.

¹⁴ WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal**. 2ª Ed. Porto Alegre, 2009.

¹⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**. 8ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Alexy os chama de “máximas”¹⁷. Certo é que, para ele, as normas se dividem em princípios e regras. Os princípios são mandados de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível.

Ávila, adotando a classificação de Alexy, entende que, em face disso, a proporcionalidade não poderia ser entendida como princípio, visto que não contém um comando ou mandamento de otimização, mas método de aplicação da norma, razão pela qual, vê a proporcionalidade como um postulado e não como um princípio¹⁸.

Sem querer ser contraditório, mas apenas por razões de melhor compreensão, é bom que se diga que o mesmo raciocínio se aplica ao excesso de proibição.

Certo é que existe uma correlação entre proporcionalidade e justiça, o que já era entendido por Aristóteles, citado por Linda Luiza Johnlei Wu¹⁹, posto que para ele o justo seja o proporcional, o meio-termo, tendo em vista que o injusto é o que viola a proporção. Assim, o atrelamento da proporcionalidade à justiça não é uma novidade.

De outra sorte, mais modernamente, apenas para ilustrar, Victor Hugo, no século XIX, faz uma profunda crítica social e ao sistema de justiça francês, em seu romance “Os Miseráveis”²⁰, quando narra a vida de Jean Valjan, preso e aviltado por ter furtado um pão com que alimentaria sua irmã e seis filhos.

A desproporcionalidade, como sinônimo de injusto, salta da obra do escritor francês, demonstrando, aqui também, um senso de justiça que se estabelece pelo meio termo. Já com relação à proporcionalidade na aplicação da justiça implica em impor restrições, sanções sem constrangimentos à dignidade do cidadão, para que a medida a ele imposta não vá além do estritamente necessário.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹ WU, Linda Luíza Johnlei. O Princípio da Proporcionalidade e seus aspectos éticos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (coordenador). **O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal**. São Paulo. Editora UNESP, 2007.

²⁰ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Trad. José Maria Machado. 8ª Ed. Curitiba: Hemus, 2002.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Para a verificação da proporcionalidade da medida imposta, faz-se necessária a observância de três outros postulados que a compõem, que são a adequação, a proporcionalidade estrito senso e a necessidade.

5 A ADEQUAÇÃO

Consiste na verificação da adequação da norma em face do caso concreto. Vale dizer que, diante do fim perseguido, se a norma em questão é o meio adequado para a obtenção do objetivo almejado. A questão é relativa à idoneidade, aptidão do meio, ou ainda se a medida é apropriada em face do fim pretendido.

Em face de tal análise, a norma será considerada inidônea se não alcançar o resultado pretendido.

Para Ávila, a adequação deve ser analisada sob três aspectos, quais sejam: quantitativo, qualitativo e probabilístico²¹.

Na análise quantitativa, verifica-se se a intensidade da medida é adequada para que se obtenha o resultado pretendido.

Na qualitativa, verifica-se se o meio empregado é o melhor para a obtenção daquele fim.

No que diz respeito ao aspecto probabilístico, deve-se perquirir se aquela medida é a que proporciona maior certeza quanto à finalidade da medida, posto que se outra trazer maior certeza, deve-se refutar aquela que tem maior grau de improbabilidade ou incerteza.

6 NECESSIDADE

É também conhecido como “princípio” da intervenção ou ingerência mínima ou menor ingerência possível. Este postulado impõe a análise quanto à indispensabilidade da medida, ou seja, se esta é a menos gravosa ante o caso concreto.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Ela só será indispensável se outra menos gravosa ou que limite menos um direito fundamental inexistir ou for ineficaz.

Havendo outro meio disponível que tenha eficácia superior ou igual à da medida sob análise, e que seja menos restritiva ao direito fundamental do cidadão, não há necessidade da aplicação daquela mais gravosa. Ressalte-se, todavia, que o meio menos prejudicial deve ser, no mínimo, igual ao da medida mais restrigente.

A necessidade deve ser analisada sobre quatro aspectos: exigibilidade material, espacial, temporal e pessoal.

A exigibilidade material diz respeito à indispensabilidade da medida, ou seja, se a medida se impõe no caso concreto.

A delimitação espacial se refere ao âmbito de alcance da medida no espaço, ou seja, seus limites espaciais.

A temporal se relaciona com a durabilidade da medida ou sua extensão no tempo. Posta de outra forma, diz respeito à sua extinção com o decurso do tempo.

Já a delimitação pessoal exige que a medida determine a pessoa ou grupo de pessoas que serão atingidas por ela e que, tal pessoa ou pessoas sejam aquelas que terão seus interesses afetados. Não são admissíveis que a medida seja tomada a modo de atingir, indiscriminadamente cidadãos que não têm relação com os interesses em questão.

Ávila, em sua obra já citada²², é rico em exemplos a respeito da aplicação dos referidos postulados, mas eles não serão reproduzidos aqui, tanto pela facilidade de acesso à sua obra, quanto porque o que interessa aqui é a co-relação destes postulados e os casos em concreto descritos no início deste artigo. Tal verificação, contudo, será feita mais adiante.

²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

7 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Segundo Ávila, deve-se perquirir se as vantagens obtidas pela promoção do fim devem ser proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio²³.

Nesse sentido, pode-se dizer que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito é, especificamente, a ponderação de bens jurídicos.

Diante do caso concreto é que se faz a verificação de qual o menor malefício no que diz respeito ao conflito de preservação de bens jurídicos, em face da violação de uma norma.

8 EXCESSO DE PROIBIÇÃO

Para Ávila, a proibição de excesso não deve ser confundida com o postulado da proporcionalidade. Segundo ele, a proibição de excesso deve estar presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido²⁴.

É o excesso de proibição que enseja a vedação de que uma regra ou princípio constitucional retire o mínimo de eficácia a um direito fundamental.

Assim, por exemplo, não se justifica que alguém permaneça preso preventivamente até que um procedimento investigativo se esgote indeterminadamente, posto que o princípio da segurança pública estivesse retirando a mínima eficácia do direito fundamental à liberdade.

9 SÍNTESE DA APLICABILIDADE, PARA GÜNTHER, DA NORMA, E A EXIGIBILIDADE DA REALIZAÇÃO NO PLANO CONCRETO

Antes de se adentrar à questão acima apontada, convém esclarecer que não se deseja aqui fazer um estudo aprofundado das teorias de Alexy, Ávila, Gunther e outros, mas tão somente verificar a sua co-relação com os casos descritos.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Não se ignora que existe incompatibilidade entre a visão de Alexy e a de Günther; todavia, não é um confronto de tais visões que se pretende, nem mesmo tentar uma fusão não recomendável entre elas, mas tão somente verificar como se analisam os casos diante dos casos ora sob análise.

O que importa dizer sobre a visão de Klaus Günther, neste despretensioso trabalho, diz respeito à sua visão da aplicação da norma.

Foi ele quem desenvolveu a teoria quanto à diferenciação entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação e não Habermas, como muitos acreditam; embora exista uma relação entre eles, convém dizer que Habermas acolheu a teoria de Klaus Günther em sua obra “Direito e Democracia”²⁵, e não o contrário.

No presente trabalho é necessário voltar a atenção para o discurso de aplicação, mais duradouramente do que o de fundamentação.

Para Günther, a fundamentação está ligada à validade da norma²⁶. O processo de justificação da norma se apoia no seu critério de validade.

Uma norma é válida e, portanto, se justifica quando conta com o assentimento de todos os envolvidos, ou seja, a todos a quem a norma se destina. Esta universalização obtida através do consenso dialógico se faz necessária para a sua justificação.

Entretanto, quanto à aplicação, deve-se observar a adequação da norma ao caso concreto. Em suma, é a sua aplicação que revelará a sua adequação ao caso. Para que seja verificada a sua adequação, é preciso que se verifiquem todas as circunstâncias e características do caso concreto, confrontando todas as normas que podem a ele ser aplicadas.

Exige-se, pois, que a aplicação seja imparcial e só será assim se houver coerência na realização da adequação das normas aplicáveis e todas as circunstâncias do caso concreto.

Resta verificar se em face do que foi dito até então, se nos casos em análise existe uma correlação entre as doutrinas aqui mencionadas.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade I.** Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003.

²⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

10 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O CONFRONTO COM OS CASOS RELATADOS

Primeiramente, para facilitar a compreensão do texto que se segue, convém determinar que o primeiro caso em que houve absolvição dos acusados seja denominado apenas de caso “A”, enquanto o caso seguinte, em que houve condenação com pena substitutiva seja denominado apenas de caso “B”.

O princípio da insignificância, como posto acima, faz pensar que somente em face ao caso concreto sua aplicação se faz possível, não havendo como se estabelecer uma generalidade quanto à sua aplicação, mesmo que a lei tutele um patamar mínimo para que se opere a aplicação da lei penal.

É que, nesse caso, trata-se de um impedimento normativo, claro que torna aquela conduta atípica. Nesse caso, para ser mais claro, o patamar estabelecido passa a figurar entre as elementares do tipo.

Quanto ao princípio da insignificância em si, apenas para compatibilizar com as demais doutrinas mencionadas neste texto, tem-se que, de fato, é um postulado normativo aplicativo, visto que não contém qualquer mandamento de otimização, mas tão somente um método de verificação e aplicação da norma.

Portanto, sem querer adentrar em questões semânticas, será denominado neste trabalho, doravante, como postulado da insignificância.

Convém, portanto, agora verificar se o postulado da insignificância, conforme posto aqui neste trabalho, encontra correspondência na não aplicação da lei penal (artigo 155 do Código Penal Brasileiro), no caso “A”.

10.1 O Postulado da Insignificância em face do Caso “A”

Como já foi dito, tratou-se de um caso em que quatro pessoas adultas e do sexo masculino, analfabetos e sem trabalho, renda ou moradia, premidos pela fome, subtraíram cerca de três galinhas de um criatório, razão pela qual sofreram a acusação por furto qualificado (concurso de agentes).

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Embora ilícita a conduta dos quatro agentes, verifica-se que o grau de injusto é mínimo, visto que não chegou a afetar, em concreto, o bem jurídico tutelado pelo artigo 155 do Código Penal Brasileiro, ou seja, o patrimônio. O patrimônio da vítima, com a subtração daquelas aves, não sofreu qualquer abalo.

A situação em que se encontravam os agentes foi caracterizada pela exclusão social absoluta em que viviam. Certamente, uma ação do Estado, com fins a promover a sua inclusão e reabilitação social, seria muito mais eficaz do que a aplicação da norma penal.

A norma penal não é o substitutivo adequado para a omissão do Estado em sua função social e preservação da dignidade humana. Aviltados em sua existência, a aplicação da lei penal só agravaria a situação daqueles agentes, já, como dito, excluídos sem voz e nem vez.

É conclusivo, pois, que a não aplicação da lei penal, nesse caso, encontra subsídio no postulado da insignificância.

10.2 O Postulado da Insignificância em face do Caso “B”

Quanto ao caso “B”, nota-se que embora o bem subtraído seja idêntico e com conteúdo econômico quase igual, há profunda diferença entre eles.

Os agentes, no caso “B”, eram pessoas de boa renda e formação intelectual, que se compraziam em subtrair aqueles bens e assistir o desespero do pobre lavrador que perdera, de uma feita, quase todo o seu patrimônio. O que era diversão para os agentes, configurava-se na tragédia da vítima.

Assim, é possível afirmar que o bem protegido pela norma penal foi severamente atingido no caso concreto, ou seja, o patrimônio, que também era meio de subsistência daquele lavrador.

Logo, embora em ilicitude os dois casos se assemelhem, o injusto no segundo caso tem um grau muito maior, razão pela qual não há como se reconhecer a insignificância da ofensa, posto que o bem jurídico foi significativamente atingido.

O patrimônio e a tragédia alheia não podem servir de alimento a um humor mórbido, razão pela qual a norma penal foi aplicada no caso.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Assim, embora semelhantes os casos, pelo menos em face do postulado da insignificância, não há que se falar em decisões contraditórias ou desprovidas de cientificidade.

10.3 O Postulado da Proporcionalidade em face dos casos relatados

Passa-se, agora, à verificação da adequação da aplicação da norma nos casos descritos, em face do postulado da proporcionalidade.

Torna-se desnecessária nova descrição dos casos em face da narrativa anterior, sendo conveniente que se faça, de pronto, a análise proposta.

10.4 O Caso “A” em face do Postulado da Proporcionalidade

No caso “A”, a norma penal em questão se mostra inadequada para solucionar questões mais afetadas a problemas de ordem social e econômica, que diz respeito à vulnerabilidade de boa parte da população brasileira que vive em estado de miséria quase absoluta.

No que diz respeito à necessidade, aqui também não se encontra respaldo para aplicação da norma penal, visto que outras mais eficazes poderiam ser utilizadas pelos agentes públicos.

Existem normas de direito civil e administrativo mais adequadas ao caso, sobretudo aquelas que compõem diretrizes de programas reintegradores e ressocializadores, bem como projetos educativos etc., que visam à inclusão social e o amparo ao cidadão que se encontra em situações tais como as em que se encontravam os agentes do caso “A”.

Enfim, no que diz respeito à proporcionalidade em estrito senso, posto que exista um desequilíbrio total entre o bem comum a que se quer proteger e a consequência nefasta que seria a imputação criminal sobre os desvalidos cidadãos que nada receberam em termos de proteção do Estado. Na verdade, como dito antes, o bem que se pretende proteger sequer foi ameaçado pela conduta dos agentes.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Portanto, a não aplicação da norma penal incriminadora, no caso “A”, encontra correspondência inequívoca com o postulado da proporcionalidade.

10.5 O Postulado da Proporcionalidade em confronto com o caso “B”

Quanto ao caso “B”, nota-se que em face do que já foi exposto a seu respeito, que a norma penal era adequada no que diz respeito à subtração de todo o patrimônio do lavrador que se viu tomado pela tragédia de obter o seu sustento.

A conduta dos agentes demonstrou franco desprezo pelo patrimônio alheio e pela dignidade daquele que precisava de seus bens para a sua subsistência e a da família. A repressão à conduta dos agentes se fez necessária, razão pela qual outra norma não teria a mesma eficácia da lei penal, no caso concreto.

No que diz respeito à medida aplicada, vê-se que apesar do grau de lesividade da conduta dos agentes no que diz respeito ao patrimônio ofendido ter sido significativa, a delimitação espacial, ou seja, a privação da liberdade dos agentes não se configuraria em medida salutar, razão pela qual, a prestação de serviços e o dever de ressarcir, bem como pagamento de uma multa, se mostraram mais eficazes, pedagógicos e pacificadores.

Quanto à delimitação temporal, a durabilidade da prestação de serviços deve ser fixada de modo a não se converter em uma punição infundável.

Quanto à delimitação pessoal, como a medida se dirigiu exclusivamente aos agentes, foi ela plenamente atendida.

No que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, vê-se que a ofensa ao bem jurídico foi significativa, mas que, todavia, a medida aplicada para a garantia do bem comum alcançou o seu objetivo com a prestação de serviços e o ressarcimento, não havendo desequilíbrio entre o bem comum protegido e a restrição imposta aos agentes.

Portanto, não se nota incoerência entre aplicação do postulado da proporcionalidade entre os dois casos, havendo, pois, base científica para as decisões tomadas nos dois casos, em face do que se extrai da doutrina de Ávila com suporte em Alexy.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

10.6 O Excesso de proibição em face dos casos “A” e “B”

O excesso de proibição, como foi dito, é o postulado cuja aplicação impede que um princípio constitucional aplicado restrinja um direito fundamental até a sua completa ineficácia.

Não resta dúvida de que o direito à propriedade ou o instituto da propriedade privada é um princípio constitucionalmente protegido, razão pela qual é de se concluir que a norma penal em questão (artigo 155 do Código Penal Brasileiro) tem por fim assegurar a propriedade enquanto bem jurídico constitucionalmente protegido.

Sendo assim, a relação princípio constitucional (propriedade) em relação a um direito fundamental (liberdade), encontra-se estabelecida em ambos os casos, razão da presença do excesso de execução, restando verificar-se se, em alguma das decisões relativas aos casos analisados, faltou a observância do postulado do excesso de proibição.

Todavia, convém pontuar que, segundo o nosso entendimento, o excesso de proibição não guarda maior proximidade com o postulado da insignificância, ao contrário do entendimento de Roxin²⁷, porque o excesso de proibição diz respeito à medida sancionadora, e tem por escopo a proteção de um direito fundamental em face de sua total ineficácia em razão da aplicação de um princípio constitucional, enquanto o postulado da insignificância diz respeito à imputação penal, à tipicidade e ao grau do injusto cometido.

10.7 O Caso “A” sob a ótica do excesso de proibição

No caso em questão, não é difícil concluir que a supressão da liberdade dos agentes haveria de suprimir por inteiro a liberdade das pessoas envolvidas para assegurar um patrimônio, que, no caso concreto, sequer chegou a ser lesionado.

Ainda que não fossem condenados a uma pena privativa da liberdade, a imputação penal atingiria, ainda mais, a dignidade daqueles andarilhos, já vítimas da

²⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2008.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

exclusão social. O aviltamento absoluto da dignidade humana não se justifica ante um bem jurídico que, no caso específico, pouco sofreu em relação ao conjunto patrimonial a que pertencia. A decisão em questão está em consonância com o postulado do excesso de proibição.

10.8 O Caso “B” sob a ótica do excesso de proibição

No caso “B”, o bem jurídico em comento foi profundamente afetado e a dignidade da vítima comprometida, bem como o seu sustento, o que poderia, até, ter-lhe causado danos à saúde, sem falar no impacto sobre a sua psiquê.

A aplicação da lei penal como meio assecuratório do princípio constitucional da livre propriedade não suprimiu, de forma absoluta, o direito fundamental à liberdade dos agentes, posto que submetidos a uma pena substitutiva, tiveram a sua liberdade preservada.

Em razão disso, não foram atingidos em sua dignidade além do necessário para o alcance do desiderato da norma penal, razão pela qual não existe discrepância em relação ao excesso de proibição.

11 A RELAÇÃO ENTRE INSIGNIFICÂNCIA E PROPORCIONALIDADE

Existe relação entre os dois postulados, a começar por serem, ambos, postulados normativos aplicativos e exigem, quando da sua aplicação; que se busque um equilíbrio entre a medida aplicada, o bem lesionado ou o grau de sua lesão e o direito que será restringido.

Ambos podem ser aplicados em casos como os aqui descritos; todavia, o postulado da proporcionalidade é mais amplo em sua aplicabilidade, já que a utilização do postulado da insignificância, fora do âmbito do direito penal, é mais restrito, o que, de maneira alguma, diminui a sua importância para a garantia de uma justa aplicação da norma penal e da preservação dos direitos fundamentais.

O postulado da insignificância pode ser, sem dúvida, visto como um corolário do postulado da proporcionalidade, voltado para as especificidades da

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

norma penal e do injusto, configurando-se no meio termo ou no equilíbrio desejado por Aristóteles ou na realização do elevado senso de justiça demonstrado por Victor Hugo em “Os Miseráveis”.

12 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE GÜNTHER, O DISCURSO DE APLICAÇÃO EM FACE DOS CASOS ESTUDADOS

Não restam dúvidas de que a exigência de realização concreta do fato para que se verifique a aplicabilidade da norma, ou seja, a sua adequação diante do fato concreto, não se compatibiliza com a teoria de Alexy no que diz respeito à aplicabilidade das normas (princípios e regras), nos moldes por ele postos na sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”²⁸.

Não é objeto deste trabalho a contraposição das mencionadas teorias, mas tão somente analisar a consonância das decisões em relação a elas.

O que se perquire, neste momento, é se o prolator das decisões fosse um adepto da teoria de Günther²⁹, teria ele chegado à mesma conclusão que chegou quando dos provimentos judiciais em comento.

13 DISCURSO DE APLICAÇÃO EM FACE DO CASO “A”

O juiz, nesse caso, teria que verificar todas as condições do caso, suas circunstâncias, para se asseverar de que a norma penal em foco é adequada para a aplicação em face do caso concreto.

As circunstâncias já analisadas, quanto ao bem lesado, razões da conduta, condições pessoais dos agentes e do sujeito passivo, etc.

Poderia, aqui também, e porque não, chegar à conclusão de que uma norma incriminadora e restritiva da liberdade não é adequada para a solução do problema.

Sem dúvida, a teoria de Günther, em face do caso concreto, permite, sem sombra de dúvida, a conclusão de que a norma penal é inadequada ao debate da

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

questão, deixando a solução para outras normas de direito mais apropriadas, caso houvesse alguma lesão a ser reparada.

13.1 O Discurso de Aplicação em face do Caso “B”

Aproveitando os argumentos expostos logo acima, bem como os detalhes do caso descrito nestas páginas, é possível concluir que as condições e circunstâncias próprias do caso, bem como a grave lesão produzida pelas ações dos agentes, tornam a norma penal adequada para sua aplicação, tanto quanto a imputação, quanto no que diz respeito à penalização.

Não há como esquecer, além dos outros aspectos já analisados, que, no caso “B”, os agentes pertenciam a uma classe social e economicamente mais avantajada do que a da vítima, o que torna o impacto de sua conduta sobre o lavrador muito mais massacrante e violenta do que a de um pobre faminto que subtraí aquilo que sobeja na casa do rico para saciar a sua fome.

Este fator favorece o reconhecimento da adequação da lei penal como fator equilibrante entre uma ação e outra, apesar de formalmente similares.

O magistrado pode, apesar da incompatibilidade entre as doutrinas, chegar a um mesmo resultado se valendo de uma ou outra, sem que com isso esteja englobando na mesma decisão fundamentos distintos e incompatíveis.

14 CONCLUSÃO

Não se pretende, neste ponto do texto, dar respostas absolutas e fechadas quanto ao disposto acima; todavia, é oportuno que se façam alguns comentários.

Não se verificou contradição entre as decisões proferidas nos dois casos; ao contrário, ambas são coerentes em face dos princípios e regras aplicadas a ambos os casos.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

O postulado da insignificância era aplicável ao primeiro caso, mas não ao segundo, posto que no caso “A”, o grau do injusto era desprezível, não existindo na conduta um grau de lesão exigida pela tipicidade.

De outra forma, no que diz respeito ao caso “B”, o postulado da insignificância não pode ser aplicado, visto que o grau do injusto é muito elevado, apesar da identidade valorativa econômica dos bens subtraídos em ambos os casos. Nesse caso pode ser dito que a conduta atingiu o grau de lesão exigida pela tipicidade.

Sob a ótica do postulado da proporcionalidade, ambos os casos foram decididos acertadamente, cabendo dizer que sua aplicabilidade alcança a ambos. O chamado “princípio” da insignificância, sob a ótica de Ávila e Robert Alexy, é um postulado normativo aplicativo, e pode ser entendido como um corolário do postulado da proporcionalidade.

O excesso de proibição, embora necessariamente presente em casos como os aqui discutidos, não guarda maior relação com o postulado da insignificância, senão por serem ambos, a partir da classificação de Humberto Ávila, postulados normativos aplicativos.

As correntes doutrinárias, superficialmente mencionadas neste texto, podem ser tomadas como base fundamental para decisões desta natureza, estando claro que não foram discrepantes em relação a qualquer delas, ainda que estas visões doutrinárias guardem certa incompatibilidade entre si, fugindo apenas da boa técnica a fusão não recomendável de teorias distintas para fundamentar a aplicação de uma ou outra norma.

Portanto, o aplicador pode se valer da teoria argumentativa de Günther, em especial no que diz respeito ao discurso de aplicação, ou, dos fundamentos defendidos por Robert Alexy, Roxin, Zaffaroni e outros aqui mencionados, chegar a resultados idênticos, em face do caso concreto.

De uma ou outra forma, o cidadão estará juridicamente mais seguro se puder contar com magistrados que baseiam suas decisões em doutrinas cientificamente abalizadas, evitando-se a discrepância irracional e irrefletida de

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

decisões que não guardam uma linha racionalmente lógica entre elas, provocando, assim, uma sensação de insegurança e incerteza no cidadão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade I.** Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis.** Trad. José Maria Machado. 8ª Ed. Curitiba: Hemus, 2002.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal.** Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2008.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de Direito Penal.** 2ª Ed. Porto Alegre, 2009.

Wu, Linda Luíza Johnlei. O Princípio da Proporcionalidade e seus aspectos éticos, in **O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal.** Paulo César Corrêa Borges (coordenador). São Paulo. Editora UNESP, 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1.** 8ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 03 Páginas 26-46
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com