



Kleber Sales

# NECESSIDADE CONCRETA DA PENA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

## *CONCRETE NEED FOR PUNISHMENT AND PROPORTIONALITY PRINCIPLE*

Hidemberg Alves da Frota

24

### RESUMO

Estabelece o princípio tridimensional da proporcionalidade como baliza para aferir a real necessidade da pena no caso concreto, associando a análise de tal norma jurídica com o exame da culpabilidade penal e das teorias preventivas da pena, em inovadora concepção penalista do princípio tridimensional da proporcionalidade.

Propõe novos subsídios para a discussão científica sobre como operacionalizar e aprimorar a decisão judicial acerca da necessidade concreta da pena, além de apresentar didática síntese acerca de questões essenciais pertinentes à culpabilidade e às teorias preventivas da pena.

### PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral do Direito Público; Direito Penal; Direito comparado; princípio tridimensional da proporcionalidade; culpabilidade; prevenção penal; Código Penal.

### ABSTRACT

*The author establishes the tridimensional proportionality principle as a guideline to determine the real need for punishment to be applied to the concrete case, linking the assessment of such legal norm to the evaluation of both criminal culpability and preventive theories of punishment, a new way of considering the principle of tridimensional proportionality in the light of the penal system.*

*He proposes new data for the scientific discussion on how the decision about the concrete need for punishment may be put into effect and still improved, and he presents an instructive overview on some essential matters concerning culpability and preventive theories of punishment.*

### KEYWORDS

*General theory of Public Law; Criminal Law; Comparative Law; tridimensional proportionality principle; culpability; criminal prevention; Criminal Code.*

## 1 INTRODUÇÃO

Ancorado nas dimensões da **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito** e na Teoria Geral do Direito Público, assim se compõe o princípio geral da proporcionalidade:

(1) **Adequação** – quando o ato estatal se revela, em dada situação, apto ao alcance ou fomento<sup>1</sup> de determinada finalidade legal de interesse público (BOROWSKI, *apud* SILVA, 2002, p. 36). Em termos mais amplos, preconiza o Tribunal Constitucional de Portugal (primeira seção; acórdão n. 414/99; Relator, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida):

*O princípio da proporcionalidade impõe que exista uma adequação não só entre o fim da lei e o fim do acto<sup>2</sup> como entre o fim da lei e os meios escolhidos para alcançar tal fim. A adequação terá ainda de manter-se entre as circunstâncias de facto que ocasionam o acto e as medidas que vierem a ser efectivamente tomadas. A proporcionalidade abrange assim não só a congruência, adequação ou idoneidade do meio ou medida para realizar o fim que a lei propõe como também a proibição do excesso (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Proc. n. 940/98).*

(2) **Necessidade** – *verificada a adequação, somente se legitima o provimento estatal que, dentre os vários existentes e dotados de mesma eficácia, representar o meio menos oneroso (OLIVEIRA, 2006, p. 53) ou ofensivo aos bens, interesses e direitos sacrificados em certa circunstância;*

(3) **Proporcionalidade em sentido estrito** – perscruta-se a *relação custo-benefício* (BRAGA, 2006, p. 90) da medida estatal em apreço, *ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos* (BRAGA, 2006, p.90) Avalia-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos priorizados superam os efeitos nocivos sobre os bens, interesses e direitos preteridos. Em outras palavras, a proporcionalidade *stricto sensu* espelha a *ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para*

*constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos* (BARROSO, 2002, p. 224).

Caminhando da Teoria Geral do Direito Público para o estudo da necessidade concreta da sanção penal, este estudo amalgama as três dimensões do princípio geral da proporcionalidade com o princípio da culpabilidade e os fins preventivos da pena, intencionando matizar a apreciação da **culpabilidade penal** (posicionada na **dimensão da adequação**) com o posterior exame da **indispensabilidade preventiva** da pena (situado na **dimensão da necessidade**) e, em seguida, com a análise da **relação custo/benefício**, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da sanção penal (encaixilhado na **dimensão da proporcionalidade em sentido estrito**).

## 2 DIMENSÃO DA ADEQUAÇÃO

Em sede do estudo da necessidade concreta da pena, a dimensão da adequação expressa o juízo de reprovação penal sob a ótica da culpabilidade finalista, presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de ter essa pessoa (um imputável), por meio de conduta omissiva ou comissiva, optado por contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo, e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica.

*[...] a pedra de toque deste critério da adequação reside na exigibilidade de conduta diversa e, por conseguinte, do “poder-agir-de-outro-modo”, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana [...].*

Consoante ensina Hans Welzel, a culpabilidade diz respeito à *reprovabilidade da resolução de vontade* (2001, p. 93), porquanto teria o autor *podido adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica – tanto se dirigida dolosamente à realização do tipo como se não correspondente à medida mínima de direção final exigida –, uma resolução de*

*vontade conforme a norma*

Ventriloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque desse critério da adequação reside na **exigibilidade de conduta diversa** e, por conseguinte, do “poder-agir-de-outro-modo”, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana (TOLEDO, 2001, p. 328), conjugados com a análise do caso concreto, averiguando-se se havia condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social.

Posto de outra forma, em sede do estudo da necessidade concreta da pena, o critério da adequação do princípio tridimensional da proporcionalidade, ao introjetar o conceito finalista de culpabilidade, ocupa-se da *capacidade de obrar de outro modo* (CALLEGARI, 2005, p. 91): isto é, da *capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico* – resplandece André Luís Callegari –, considerando, por um lado, o *desenvolvimento ou maturidade*

*da personalidade* e, por outra banda, *determinadas condições biopsíquicas que permitam ao sujeito conhecer a licitude ou ilicitude de suas ações ou omissões e agir conforme a esse conhecimento.*

Reputando empiricamente indemonstráveis o “poder-agir-de-outro-modo” e o livre arbítrio (ou liberdade da vontade), Claus Roxin (1986, p. 18) avul-

ta, em lugar daqueles, respectivamente, o *agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas* (ROXIN, 2004, p. 57) e a *capacidade de livre autodeterminação*: que, ao contrário daqueles, seriam acessíveis à *comprovação forense* (ROXIN, 2004, p. 60), uma vez que verificáveis por meio de *métodos psicológicos ou psiquiátricos* (ROXIN: 2004, p. 58).

Para Roxin, infere-se, bastaria indagar se a capacidade de autodeterminação do agente teria facultado a este condições psíquicas suficientes para estimulá-lo a pautar-se pelo dever-ser emanado da disposição normativa que acabou sendo violada. Posto de outra forma, a culpabilidade não estaria alicerçada na constatação de que o autor tinha à *sua disposição várias modalidades de ação* (TAVARES, 2003, p. 185), e, sim, na percepção de que o agente possuía a faculdade psíquica de se motivar ante o teor do comando normativo.

**[...] o campo de incidência da prevenção geral positiva limitadora se delinea, tendo como máximo o teto inexcedível da culpabilidade e como mínimo o estritamente essencial ao resguardo de valores, bens e direitos fundamentais [...] violados.**

Reconhece Juarez Tavares que a *idoneidade para ser destinatário das normas* aventada por Roxin, em verdade, encarta conclusão de um juízo sobre a *capacidade de agir do sujeito em face da norma, o que, no fundo, pressupõe uma liberdade de vontade, desde que motivada pela própria norma* (TAVARES, 2003, p. 190).

Esse questionamento acerca da plausibilidade do efeito motivacional da norma sobre a psique do autor significa perquirir, em essência, se havia condições psíquicas para o indivíduo se adequar à conduta incensada pela ordem jurídica, o que retorna o cerne da discussão para o “*poder-agir-de-outro-modo*”, agora voltado à *acessibilidade normativa* (TAVARES, 2003), à *dirigibilidade normativa* (SANTOS, *apud* ROXIN, 2006, p. 87) ou à eficácia, na circunstância concreta, do *apelo normativo* (SANTANA, 2005, p. 220), a qual, a fim de ser aferida, requer, a nosso juízo, a prévia existência do *livre alvedrio* – **implica o ser humano à época, encontrar-se apto, do ponto de vista psíquico, a administrar a própria conduta, sem o que não há, desnecessário frisar, permeabilidade [psíquica] ao apelo normativo** (SANTANA, 2005, p. 87), **nem capacidade de autodeterminação.**

Ao verificar se, nas circunstâncias em que agiu, o agente poderia conformar sua personalidade de acordo com o *determinado pelo sistema jurídico-penal* (dirigibilidade normativa) (NAHUM, 2001, p. 18), realiza-se exame minudente acerca da possibilidade de o autor ter obrado de forma diversa (Jorge de Figueiredo Dias considera a *permeabilidade do agente ao apelo normativo* outra forma de se referir ao *poder de agir de outra maneira na situação*). (DIAS, 1999, p. 275).

Tal alternativa doutrinária contemporânea (lastreada na **idoneidade para ser destinatário das normas**) ao tradicional conceito de “*poder-agir-de-outro-modo*”, em realidade, não resulta na eliminação deste, e, sim, na salutar tendência dogmática atual de incentivar que a aferição da culpabilidade se aproxime mais da realidade fática da circunstância concreta

(considerando fatores exógenos e condicionamentos psíquicos a influenciarem, à época, o autor), distanciando-se da cientificamente questionável (REALE JR., 2002, p. 182)<sup>3</sup>, concepção idealizada de ser humano médio como parâmetro comparativo com o caso concreto.

Por isso, vislumbra-se na formulação de Roxin o enfoque de mais uma faceta inerente ao “*poder-agir-de-outro-modo*”, que deve ser analisada pelo julgador ao questionar, no caso concreto, se podia o réu administrar a si mesmo em direção a comportamento lícito – apreciação, se necessário, municiada de avaliações técnicas de profissionais da Psicologia ou da Psiquiatria.

De todo modo, em uma contemporânea noção de culpabilidade penal (em lição de Luiz Flávio Gomes, influenciada pelo magistério de Roxin), **trata-se de juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso, conforme o Direito** (GOMES, 2007, p. 543-544, v. 2) e que se alicerça nestes requisitos: (a) *a capacidade de querer e de entender (imputabilidade)*; (b) *a consciência da ilicitude (consciência real ou potencial da ilicitude) assim como* (c) *a normalidade das circunstâncias (exigibilidade de conduta diversa)* (GOMES, 2007, p. 581).

### 3 DIMENSÃO DA NECESSIDADE

No âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a *dimensão da necessidade* perscruta a *indispensabilidade preventiva da sanção penal*.

Para Luiz Flávio Gomes, após o julgador detectar a culpabilidade do agente, deve o magistrado trazer a lume o *princípio da necessidade concreta da pena*, isto é, ao juiz *cabe analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não* (GOMES, 2007, p. 574, v. 2). Exemplo: agente que pratica roubo de um real valendo-se somente de ameaça. A jurisprudência não admite, nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância. Logo, o agente é processado normalmente. Se foi preso em flagrante, tem bons antecedentes, já está preso há alguns meses, houve arrependimento, é trabalhador, tem família constituída etc., pode ser que a pena se torne desnecessária. Sendo assim, com base no art. 59 do Código Penal, cabe ao juiz dispensar a pena, fundamentado no princípio de sua (des)necessidade concreta (GOMES, 2007, p. 575).

Emoldurado pela **medida da culpabilidade**, o campo de incidência da **prevenção geral positiva limitadora** se delinea tendo como máximo o **teto inexcedível** da culpabilidade e, como mínimo, o **estritamente essencial** ao resguardo de valores, bens e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados.

Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a **prevenção especial**, que definirá, por último, a **medida da pena**, devendo conferir preponderância à **prevenção especial positiva** (voltada à **harmônica integração social** do delinqüente), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do **potencial ressocializador** da pena permitir somente ponderar quanto à **indispensabilidade** quer da **intimidação do apenado**, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua **temporária retirada do convívio social**. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos



da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial.

A **prevenção geral positiva fundamentadora** (a **prevenção geral positiva** propriamente dita, incondicionada, exteriorizada em sua pureza, sem estar a reboque do princípio da culpabilidade) tem em Günther Jakobs seu maior ideólogo da atualidade. Segundo Jakobs, *a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas* (ROXIN, 2006, p. 143), isto é, *a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social* (estabilização que consubstancia justamente a função de **prevenção geral positiva** da pena preconizada por Jakobs).

Já a prevenção geral positiva limitadora tem em Claus Roxin sua principal (apesar de *indireta*) inspiração doutrinária – conquanto Santiago Mir Puig tenha sido o identificador original da existência dessa modalidade de prevenção geral positiva, bem assim de sua distinção da vertente fundamentadora (MIR PUIG, 1986, p. 55-56), e, além disso, não haja necessariamente integral coincidência entre os magistérios de Mir Puig e Roxin<sup>4</sup>, a nosso juízo se revela apropriado que o cerne da concepção de prevenção geral positiva limitadora repouse, primeiro, na exigibilidade de culpabilidade, e, segundo, na indispensabilidade preventiva como fatores limitantes à atuação do Estado, tornando-se inafastável sua vinculação ao magistério de Roxin. Para este, as exigências preventivas são consideradas após constatada a culpabilidade e servem de freio ao dever-poder punitivo estatal. O mestre de Munique reconhece que *toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida* (ROXIN, 2004, p. 65-66) e permite à sanção penal *ficar aquém da medida da culpabilidade se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no limite máximo da culpabilidade*.

Enquanto Jakobs (2003, p. 43) fundamenta a culpabilidade nas exigências de prevenção geral positiva (para o Mestre de Bonn, a culpabilidade constitui déficit de **fidelidade ao ordenamento jurídico** – dessa forma, a culpabilidade é *longa manus* da prevenção geral po-

sitiva), Roxin (2006, p. 157) **limita** a aplicação da pena à presença, primeiro, da culpabilidade, e, segundo, da **indispensabilidade preventiva** (grifo nosso).

Enquanto a prevenção geral positiva **fundamentadora** torna exigível a imposição da sanção penal mesmo quando desnecessária a *proteção dos bens jurídicos* (BITENCOURT, 2006, p. 124, v. 3) (Direito Penal *hipertrofiado* (MARQUES, 2000, p. 106)), a prevenção geral **limitadora** gradua a pena abaixo do teto inexecutível da culpabilidade, acaso ausente **imprescindibilidade preventiva** a justificar se atingir o máximo permitido pela culpabilidade, ao aplicar e dosar a sanção penal tão-somente na medida do **indispensável às necessidades preventivas da pena**, respeitada a medida da culpabilidade (Direito Penal *mínimo* (FÖPPEL EL HIRECHE, 2004, p. 133).

*[...] a medida da pena se atinge traçando-se, de início, o âmbito da culpabilidade na circunstância concreta em apreço. Observado o teto da culpabilidade, projeta-se o espaço [...] da prevenção geral positiva limitadora [...].*

Em sintonia com a prevenção geral positiva limitadora revela-se a jurisprudência do Poder Judiciário de Portugal, ao se apoiar, sobretudo, no magistério de Jorge de Figueiredo Dias (notadamente em suas obras *Direito Penal Português*: as consequências jurídicas do crime (DIAS, 2005, p. 72-73, 229-231, 332-333) e *Temas Básicos de Direito Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime* (DIAS, 2001, p. 104-111), por meio do qual a judicatura lusitana consolidou o entendimento, sobremaneira explícito no acórdão de 9 de maio de 2002 (Relator, Juiz Conselheiro Pereira Madeira), do Supremo Tribunal de Justiça, de que a finalidade precípua da pena se situa na *prevenção geral positiva*, orientada para o *reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida* (DIAS, 2005 *apud* PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo n. 02P1232), ou, reprisando o magistério de Günther Jakobs, *como estabilização contrafática<sup>5</sup> das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida* (DIAS, 2005, p. 73).

Em princípio, pode-se passar a

impressão de que Figueiredo Dias e, em consequência, a jurisprudência portuguesa estariam alinhados com a prevenção geral positiva fundamentadora de Jakobs.

Entretanto, os ensinamentos do mestre de Coimbra, mencionados no apontado aresto da Suprema Corte lusitana, logo clarificam sua afinidade com a prevenção positiva limitadora, ao sublinhar que a *medida da culpa* (DIAS, 2005, p. 73) (culpa em sentido lato = culpabilidade) traduz **incondicional proibição de excesso** (DIAS, 2005, p. 229-230) (grifo do autor), o **limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas** (DIAS, 2005, p. 230), portanto, *sejam de prevenção geral positiva ou antes negativa, de integração ou antes de intimidação, sejam de prevenção especial positiva ou negativa, de socia-*

*lização, de segurança ou neutralização* (grifo nosso).

Comparando-se a citação do magistério de Jorge de Figueiredo Dias registrada no corpo deste artigo com outra obra de sua autoria, vertida para o português brasileiro, corrobora-se o indício fundado de que, de fato, no contexto em estudo, *medida da culpa* corresponde à *medida da culpabilidade*: *Num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a função do direito penal só pode consistir, não na realização de qualquer idéia absoluta de retribuição, mas no propósito de constituir uma ordem efetiva (se bem que subsidiária) de proteção de bens jurídico-penais; é dizer, das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Conseqüentemente, o momento inicial e decisivo de fundamentação da pena deve residir na necessidade de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, pela reafirmação das orientações culturais e dos critérios ético-sociais de comportamento que naquela se contém. Por outro lado, sendo a pena aplicada a uma pessoa humana, aquela não pode deixar de respeitar o “axioma*

antropológico” da eminente dignidade desta e, por isso, de ser fundamentada e medida pela culpabilidade do agente (DIAS, 1999, p. 267).

O mencionado julgado do STJ lusitano se fundamenta no magistério de Figueiredo Dias, segundo o qual a medida da pena deve, primeiro, respeitar as balizas da culpabilidade, e, segundo, ater-se ao raio da prevenção geral positiva (limitadora), a definir o **espaço de liberdade ou de indeterminação** (DIAS, 1999, p. 267) (grifo do autor) correspondente à **moldura de prevenção**, em que atuam *considerações extraídas das exigências de prevenção especial de socialização* (grifo nosso).

Em outras palavras, a medida da pena se atinge traçando-se, de início, o âmbito da culpabilidade na circunstância concreta em apreço. Observado o teto da culpabilidade, projeta-se o espaço, no caso concreto, da prevenção geral positiva limitadora, onde, por conseguinte, se estabelecem os *limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração* (DIAS, 2005, p. 230), fixados *entre o ponto ótimo e o ponto ainda comunitariamente suportável da medida da tutela dos bens jurídicos* (DIAS, 2005, p. 230-231). Entre tais pontos *podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que vão determinar, em último termo, a medida da pena* (grifo nosso).

Meditando acerca dessa faceta do pensamento do mestre de Coimbra, deduziu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 2 de fevereiro de 2005 (Relator, Juiz Conselheiro Henriques Gaspar):

*A medida da prevenção, que não pode em nenhuma circunstância ser ultrapassada, está, assim, na moldura penal correspondente ao crime. Dentro desta medida (protecção óptima e protecção mínima – limite superior e limite inferior da moldura penal), o juiz, face à ponderação do caso concreto e em função das necessidades que se lhe apresentem, fixará o quantum concretamente adequado de protecção, conjugando-o a partir daí com as exigências de prevenção especial em relação ao agente (prevenção da reincidência), sem poder ultrapassar a medida da culpa.*

28

*Urge averiguar se, em função da gravidade do delito, todas as indicadas aspirações ponderáveis possuem tamanha relevância a ponto de compensarem [...] a redução da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana [...].*

*Por seu lado, a finalidade de reintegração do agente na sociedade há-de ser, em cada caso, prosseguida pela imposição de uma pena cuja espécie e medida, determinada por critérios derivados das exigências de prevenção especial, se mostre adequada e seja exigida pelas necessidades de ressocialização do agente, ou pela intensidade da advertência que se revele suficiente para realizar tais finalidades.*

*Nesta dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71º do Código Penal têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor*

*conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente; a idade, a confissão; o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente* (PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo n. 04P4107).

A fim de facilitar a compreensão do posicionamento da jurisprudência portuguesa, ancorado no magistério de Figueiredo Dias, propugnamos visualizá-la na forma de três círculos concêntricos, camadas dentro de camadas, que limitam a medida da pena: em primeiro plano, o círculo da culpabilidade, no qual se encastoa o círculo da prevenção geral positiva limitadora, em que, por sua vez, se abriga o círculo da prevenção especial de socialização, cujo alcance, no caso concreto, determinará, por derradeiro, a medida da pena.

Em retrospecto à perspectiva construída pelo Mestre de Coimbra, acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto no acórdão de 17 de novembro de 2004 (Relator, Juiz Desembargador Borges Martins), pode-se assim bosquejar:

(1) Cabe à culpabilidade *determinar o limite máximo e inultrapassável da pena* (DIAS, 1993, *apud* PORTUGAL, Tribunal da Relação do Porto, Proc. n. 0415662);

(2) Importa à prevenção geral positiva limitadora esboçar a *moldura de prevenção*: norteada por limites máximo e mínimo. O limite máximo advém da *medida ótima de tutela dos bens jurídicos*, respeitado o teto intransponível da culpabilidade. O limite mínimo exsurge das *exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico* (Idem);

(3) Cumpre à prevenção especial *encontrar o quantum exacto da pena* que, observada a *moldura de prevenção*, melhor atenda aos imperativos socializadores *ou, em casos particulares, de advertência ou segurança* (Idem), do réu.

Almejando dissipar quaisquer dúvidas remanescentes quanto ao cerne da concepção de culpabilidade e da finalidade da pena albergada pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias e pela jurisprudência portuguesa, denota-se conveniente a leitura do parágrafo adiante reproduzido, pronunciado pelo Tribunal da Relação de Coimbra no acórdão de 11 de maio de 2005.

*Passando à determinação da medida da pena, dir-se-á que a determinação da medida concreta da mesma faz-se com recurso ao critério geral estabelecido no art. 71º, do Código Penal, tendo em vista as finalidades das respostas punitivas em sede de Direito Penal, quais sejam a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade – art. 40º, n. 1, do Código Penal –, sem esquecer, obviamente, que a culpa constitui um limite inultrapassável da medida da pena – art. 40º, n. 2.*

*Efectivamente, a partir da revisão operada em 1995 ao Código Penal, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente limitador da pena, no sentido de que, em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, sendo que dentro desse limite máximo a pena é determinada dentro de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências*

mínimas de defesa do ordenamento jurídico, só então entrando considerações de prevenção especial, pelo que dentro da moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais. É este o critério da lei fundamental – art. 18º, n. 2 – e foi assumido pelo legislador penal de 1995 (vide Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal – 3º Tema – Fundamento Sentido e Finalidade da Pena Criminal* (2001), 104/111.) (PORTUGAL, Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n. 1056/05).

#### 4 DIMENSÃO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal, máxime em se tratando de pena privativa de liberdade, considerando, neste caso, os eventuais custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão.

A despeito das severas e ponderáveis críticas criminológicas às finalidades preventivas da pena (ZAFFARONI, 2003, p. 117), a nosso sentir ela é compatível com o Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*, 2ª parte, da CF/88), desde que considerada, de forma prudente e criteriosa pelo Poder Judiciário, a parcela de anseios preventivos voltados (1) a retirar o delinqüente, por determinado intervalo de tempo, do convívio social e assim desencorajá-lo a delinqüir (*prevenção especial negativa*) (TORON, 1996, p. 119), (2) a viabilizar a harmônica integração social do apenado e a disponibilizar a este meios dignos para tornar sua mentalidade, conduta e valores ajustados aos elementares padrões ético-jurídicos albergados pela coletividade e pelo Direito positivo (*prevenção especial positiva*) (Idem), (3) a convertê-lo em exemplo dissuasório para os que violam ou de-

sejam violar a ordem penal (*prevenção geral negativa*) (ZAFFARONI, 2003, p. 117) e (4) a reforçar a confiança da opinião pública na eficácia do sistema penal e a defender os valores ético-sociais basilares (ZAFFARONI, 2003, p. 116-121), bem assim os direitos, bens e interesses fundamentais da sociedade democrática (*prevenção geral positiva*).

*[...] na aplicação da sanção penal deve predominar, em regra, no tocante aos fins da pena e na proporção do essencial, a defesa dos valores, bens e direitos fundamentais [...] secundada pela busca da harmônica integração social do delinqüente.*

Urge averiguar se, em função da gravidade do delito, todas as indicadas aspirações ponderáveis possuem tamanha relevância a ponto de compensarem (ou não), sob o ângulo do princípio da supremacia do interesse público (máxime no que concerne ao resguardo da segurança individual e coletiva, nos termos do *caput* dos arts. 5º, 6º e 144, todos da Constituição Federal/88), a redução da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em face das agruras por que passará o autor do fato punível no sistema penitenciário e suas futuras dificuldades para se (re)integrar à sociedade.

1. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente[s]) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados (GOMES, 2006, p. 107).

2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso (BRASIL, STJ, Proc. n. 2004/0127335-2).

Não se ignoram as preciosas lições de Jorge de Figueiredo Dias, agasalhadas pela jurisprudência portuguesa, ao encontro do magistério de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques, ambos os penalistas a vislumbrarem unicamente na prevenção geral positiva (limitadora) e na prevenção especial positiva as finalidades da pena idôneas em Estado democrático de Direito.

Para o magistério de Junqueira e Marques, apoiado no Direito Constitucio-

nal Penal, a finalidade da pena de reprovação do crime, prevista no art. 59, *caput*, *in fine*, do Código Penal brasileiro, traduz o *limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator* (JUNQUEIRA, 2006, p. 18), ao passo que a finalidade da pena de prevenção do crime, contida no mesmo dispositivo legal, cinge-se à prevenção geral positiva – *reforçar a con-*

*fiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição* (JUNQUEIRA, 2006, p. 48) e à prevenção especial positiva – recordam os autores que, segundo preceitua o art. 1º, 2ª parte, da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, a execução penal deve *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado*.

Com efeito, na aplicação da sanção penal deve predominar, em regra, no tocante aos fins da pena e na proporção do essencial, a defesa dos valores, bens e direitos fundamentais (destarte, de estatura constitucional), de suma importância sob a ótica jurídico-penal, secundada pela busca da harmônica integração social do delinqüente.

No entanto, em relação à prevenção geral negativa, é plausível supor que a pena propicie efeito intimidativo geral, embora indireto, secundário ou residual, mesmo que nem sempre eficaz e ainda que não seja esta a precípua finalidade preventiva geral, dada a propensão da prevenção geral negativa de instrumentalizar o ser humano (JUNQUEIRA, 2006, p. 18).

Já quanto à prevenção especial negativa (em sede da finalidade preventiva especial da pena privativa de liberdade), considerando-se o quadro caótico, violento e criminógeno em que se encontra inserido não apenas o sistema penitenciário do Brasil, mas também a própria sociedade brasileira, nota-se, invariavelmente, a ausência de fundado embasamento fático e de efetivas condições gerais para que a passagem pelo cárcere tenha o condão de proporcionar



a adequada inserção social do apenado – à luz da conjuntura penitenciária e social brasileira da atualidade, muitas vezes, do ponto de vista da prevenção especial, resta aos órgãos de controle penal e à coletividade a modesta expectativa de que a pena de prisão suscite efeito dissuasório sobre o apenado (temor de retornar ao cárcere) ou, ao menos, durante o período no qual estiver encarcerado, a sociedade seja poupada de sua conduta criminosa.

A respeito dos empecilhos fáticos para se implementar a prevenção especial positiva, sublinhe-se o escólio de Luiz Flávio Gomes:

*A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso)* (GOMES, 2006).

Acentua Roxin:

*Não se pode castigar – por falta de necessidade – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente<sup>6</sup> garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de idoneidade – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva* (ROXIN, 1986, p. 57-58). (Grifo do autor)

*Pode ocorrer de a pena não possuir efeito educativo, sequer intimidativo, sobre o apenado, mas revelar-se imprescindível como medida estatal que resguarde direitos, bens e valores elementares à sociedade democrática [...].*

Em que pese à lucidez e à propriedade do supracitado magistério do Mestre de Munique, sobremaneira pertinente ao exame da necessidade concreta da pena, convém, no bojo na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito ora analisada, sopesar os eventuais efeitos nocivos ao interesse público provenientes quer da aplicação, quer da não-aplicação da pena ao caso concreto (cotejo cuja complexidade se acerba quando se trata de pena privativa de liberdade), porquanto *o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais –*, alerta Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 129), *na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio*

Pode ocorrer de a pena não possuir efeito educativo, sequer intimidativo, sobre o apenado, mas revelar-se imprescindível

vel como medida estatal que resguarde direitos, bens e valores elementares à sociedade democrática e, ao menos, assegure, durante determinado interregno, o isolamento do delinqüente do convívio social – seria o caso, por exemplo, de homicidas e estupradores contumazes que se mostram indiferentes aos efeitos dissuasórios e socializadores da prevenção especial.

Ao sopesar os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução da sanção penal, o julgador deve conferir primazia (peso maior) à necessidade (ressaltada amiúde pela jurisprudência penal portuguesa e pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias) de tutela dos bens jurídicos violados e de se estabilizarem, de forma contrafática, as expectativas da sociedade na vigência das normas jurídicas ofendidas, de modo que, respeitada a barreira intransponível da culpabilidade, a punição penal contenha (sirva de última barreira de contenção de) o ímpeto extra-estatal (da sociedade, da vítima e dos afetos de sua alma) de praticar a vingança, de arrogar para si a incumbência de **fazer justiça** à sua maneira (SEBASTIÃO, 2005, p. 18).

## 5 CONCLUSÃO

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público, o princípio tridimensional da proporcionalidade assim se compõe:

- **Dimensão da adequação.** Cogita-se o ato estatal, em dada situação, apto ao alcance ou fomento de determinada finalidade legal de interesse público;

- **Dimensão da necessidade.** Dentre os atos estatais adequados, escolhe-se o menos ofensivo aos bens, interesses e direitos sacrificados em certa circunstância;

- **Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito.** Avaliam-se se, em dado contexto, os benefícios aos bens, interesses e direitos lícitos priorizados superam os efeitos nocivos sobre os bens, interesses e direitos lícitos preteridos.

Ao orientar o julgador acerca da necessidade concreta da pena, as dimensões da proporcionalidade adquirem tonalidades peculiares à ambiência da dogmática penal, matizando a apreciação da **culpabilidade (critério da adequação)** com o posterior exame da **indispensabilidade preventiva** da pena (**critério da necessidade**) e, em seguida, com a análise da **relação custo/benefício**, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da pena (**critério da proporcionalidade em sentido estrito**).

Em sede do estudo da necessidade concreta da pena, a dimensão da adequação expressa o juízo de reprovação penal sob a ótica da culpabilidade finalista, presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de tal pessoa (um imputável), por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado por contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica. Ventriloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na **exigibilidade de conduta diversa** e, por conseguinte, do “poder-agir-de-outro-modo”, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana, conjugados com a análise do caso concreto, averiguando-se se havia condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar a presença de condições cognoscíveis mínimas para que o autor, à época, tivesse (e antes houvesse buscado obter) a

consciência da ilicitude do fato, tendo-se por parâmetro a análise conjunta das peculiaridades do sujeito ativo do injusto, da situação com a qual deparou e das balizas da experiência social.

No âmbito do exame da necessidade concreta da pena, a **dimensão da necessidade** perscruta a **indispensabilidade preventiva da sanção penal**. Emoldurado pela **medida da culpabilidade**, o campo de incidência da **prevenção geral positiva limitadora** se delinea, tendo como máximo o *teto inexcusável* da culpabilidade e como mínimo o **essencialmente essencial** ao resguardo de valores, bens e direitos fundamentais (não apenas de estatura constitucional, como também de extrema relevância jurídico-penal) violados. Dentro de tais limites, ou seja, circunscrita às balizas da prevenção geral positiva limitadora, atua a **prevenção especial**, que definirá, por último, a **medida da pena**, devendo conferir preponderância à **prevenção especial positiva** (voltada à **harmônica integração social** do delinqüente), salvo quando a ausência de perspectivas fundadas do **potencial ressocializador** da pena permitir somente ponderar quanto à **indispensabilidade** quer da **intimidação do apenado**, quer, em caso de pena de privativa de liberdade, de sua **temporária retirada do convívio social**. Reconhece-se que, dentre os plausíveis efeitos da aplicação da pena ao caso concreto, pode, de fato, haver efeito intimidativo geral, ainda que parcial.

Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal, máxime em se tratando de pena privativa de liberdade, considerando, neste caso, os eventuais custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão. Ao sopesar os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução da sanção penal, o julgador deve conferir primazia (peso maior) à necessidade (ressaltada amiúde pela jurisprudência penal portuguesa e pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias) de tutela dos bens jurídicos violados e de

se estabilizarem, de forma contrafática, as expectativas da sociedade na vigência das normas jurídicas ofendidas, de modo que, respeitada a barreira intransponível da culpabilidade, a punição penal contenha (sirva de última barreira de contenção de) o ímpeto extra-estatal (da sociedade, da vítima e dos afetos de sua alma) de praticar a vingança, de arrogar para si a incumbência de “fazer justiça” à sua maneira (SEBASTIÃO, 2005, p. 18). Não se deve ignorar, no caso concreto, a freqüente necessidade, por vezes premente, de defender a ordem jurídica afrontada, máxime na atual sociedade brasileira, onde existe clamor popular acentuado pela atuação diligente do dever-poder punitivo do Estado, em meio à crença generalizada (por vezes catalisada pela desinformação jurídica e sensacionalismo da mídia) de que predomina no País a impunidade – percepção coletiva (incentivada pelos “formadores de opinião”) a fomentar e legitimar socialmente os procedimentos ilícitos de repressão à criminalidade (a exemplo de milícias, de “esquadrões da morte”, de “matadores de aluguel” e do porte de armas por empresários e profissionais liberais), os quais acabam por galvanizar o fator criminógeno do caldo cultural das metrópoles brasileiras, um movimento de retroalimentação da violência. Em todo caso – cabe enfatizar –, denota-se inultrapassável a muralha da culpabilidade.

#### NOTAS

- 1 Ver, nesse sentido: Braga (2006, p. 86).
- 2 **Manteve-se ortografia original, em português europeu.**
- 3 Nesse sentido, ver Tavares (2003, p. 24).
- 4 **Sob a ótica de Gamil Föppel el Hireche, a concepção preventiva de Mir Puig, comparada com a de Roxin, possui caráter demasiado retributivo: Efetivamente, um dos aspectos mais importantes da Teoria Dialética Unificadora foi a limitação às penas impostas por Roxin, com fundamento na culpabilidade. Entretanto, se existe este elo de aproximação com a prevenção geral positiva limitadora – a teoria de Roxin desta se afasta quando se vê que, para Mir Puig, a retribuição ganha muito mais importância que em Roxin. Desta maneira, a par da semelhança efetivamente existente, não se pode considerar que Roxin é partidário da prevenção geral positiva limitadora, quando considerada isoladamente, mesmo porque ele mesmo teceu críticas à prevenção geral, conforme se vê: “A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado em seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político criminalmente**

*discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.”* ROXIN (1986, p. 25). Cf. FÖPPEL (2004, p. 37). Para Santiago Mir Puig, o magistério de Claus Roxin admite a prevenção geral positiva se esta respeitar o limite da culpabilidade (a nominada **prevenção geral compensadora** ou **integradora socialmente**) e repele a prevenção geral negativa, porque seu efeito intimidatório, para o Mestre de Munique, tende a ultrapassar o limite da culpabilidade. Por outro lado, Roxin, lembra Mir Puig, permite que se fixe pena abaixo do adequado à culpabilidade, a fim de evitar efeitos contraproducentes do ângulo preventivo-especial (efeito dessocializador, por exemplo), contanto que a pena seja suficiente para a defesa da ordem jurídica. Cf. MIR PUIG (1986, p. 56-57).

- 5 Neste artigo, as citações de textos doutrinários e pretorianos lusitanos manteve intacta a ortografia adotada pelo português europeu.
- 6 **Manteve-se a ortografia original, própria do português europeu, utilizada durante a tradução, oriunda da língua alemã, da obra acima transcrita.**

#### REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 124.
- BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden, Hamburg: Nomos-Verlag, 1998, p. 116.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* n. 38131/RN (Processo n. 2004/0127335-2). Relator: **Ministro Nilson Naves**. Brasília, DF, 19 de abril de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2005, p. 629. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 21 set. 2006.
- CALLEGARI, André Luis. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*: as conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005. v. 2.
- \_\_\_\_\_. O código penal português de 1982 e a sua reforma. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 3, n. 2-4, p. 186-187, abr./dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Temas básicos da doutrina penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: introdução. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/LFG, 2006. v. 1, p. 107.
- \_\_\_\_\_. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da ofensividade no direito penal*: não há crime sem lesão ou perigo



concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), **funções político-criminal e dogmático-interpretativa**, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série *As Ciências Criminais no Século XXI*, v. 6)

\_\_\_\_\_. Proporcionalidade e a triplíce função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 10-12, out. 2001.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general; fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 18, out. 2006.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MIR PUIG, Santiago. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 49-58, ene./abr. 1986.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa*: causa supralegal excluyente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Penal (Processo n. 02P1232). Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo n. 04P4107). Lisboa, 2 de Fevereiro de 2005. Relator: Juiz Conselheiro Henriques Gaspar. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional (Primeira Secção). Acórdão n. 414/99 (Processo n. 940/98). Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Lisboa, 29 de Junho de 1999. Acesso em: 5 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Penal (Processo n. 1056/05). Relator: Dr. Oliveira Mendes. Coimbra, 11 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006

\_\_\_\_\_. Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal (Processo n. 0415662). Porto, 17 de Novembro de 2004. Relator: Juiz Desembargador Borges Martins. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 46-72, jan./fev. 2004.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*:

contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, n. 8, p. 11-40, maio 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 119.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Artigo recebido em 5/10/2007.

---

**Hidemberg Alves da Frota** é técnico em nível superior (Direito) da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas, em Manaus – AM.