



Hidemberg Alves da Frota*

A necessidade concreta da pena, à luz do princípio tridimensional da proporcionalidade

A ponderação mais ganha corpo na medida em que a realização da justiça é inerente à proporcionalidade.¹

Introdução

Ancorado nas dimensões, critérios, elementos, comandos, aspectos, facetas, subprincípios, princípios parciais, máximas, pressupostos ou requisitos da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*², na Teoria Geral do Direito Público assim se compõe o princípio tridimensional da proporcionalidade:

(1) *Adequação*. Quando o ato estatal se revela, em dada situação, apto ao alcance ou fomento³ de determinada finalidade legal de interesse público. Em termos mais amplos, preconiza o Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 414/99; Relator, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida):

* Advogado em Manaus-AM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. <hidemberg-frota@yahoo.com.br>

¹ Arruda, Élcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 9, nov. 2005, p. 126.

² Braga, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 84-85.

³ 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. Apud Afonso Da Silva, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 36. Nesse sentido: Braga, Valeschka e Silva. Op. cit., p. 86.



O princípio da proporcionalidade impõe que exista uma adequação não só entre o fim da lei e o fim do acto⁴, 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.⁵

(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”⁶ ou ofensivo aos bens, interesses e direitos lícitos sacrificados em certa circunstância;

(3) *Proporcionalidade em sentido estrito*. Perscruta-se a “relação custo-benefício”⁷ da medida estatal em apreço, “ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos”⁸. Avalia-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. 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”.⁹

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*).

Destarte, o presente estudo, abeberando-se na dogmática penal brasileira, portuguesa, espanhola e alemã, atento, ainda, às atuais tendências da jurisprudência penal lusitana, intenciona trazer a lume concepção penalista do princípio da proporcionalidade carente de percuciente exame pelos textos doutrinários e pretorianos pátrios e estrangeiros, voltada a projetar as três dimensões do postulado geral da proporcionalidade como critérios delineadores da necessidade concreta da sanção penal e a amalgamar a teoria do delito e as teorias preventivas da pena com a construção

⁴ Manteve-se ortografia original, em português europeu.

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

⁶ Oliveira, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

⁷ Braga, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

⁸ Ibid., loc. cit.

⁹ Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 224.

tripartite do princípio da proporcionalidade (oriunda do Direito Constitucional) e com os princípios gerais do Direito Público, a fim de propiciar subsídios para o magistrado apreciar, no caso concreto, a culpabilidade e os fins preventivos da pena emoldurados pelo princípio da proporcionalidade em sua feição trina.

1. Dimensão da Adequação

Enquanto a tipicidade e a antijuridicidade¹⁰ veiculam juízos de reprovação sobre o fato, a *culpabilidade* representa “juízo de reprovação sobre o autor do fato”,¹¹ avaliação judicial “que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável”.¹²

Se ausente a culpabilidade, não há delito (crime ou contravenção penal),¹³ nem se justifica, por conseguinte, impor-se a sanção penal¹⁴. A culpabilidade, tal quais a tipicidade e a antijuridicidade, configura pressuposto da pena, haja vista que esta é conseqüência da patente presença daquelas três no caso concreto.¹⁵ “A culpabilidade pressupõe o injusto”¹⁶, sintetiza Günther Jakobs e, ao mesmo tempo, consigna Claus Roxin não apenas que “toda pena pressupõe culpabilidade”,¹⁷ como também que “aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto”.¹⁸ Em outros termos, pontifica Cezar Roberto Bitencourt:

Ora, na medida em que a sanção penal é conseqüência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade são pressupostos da pena, que é a sua conseqüência.¹⁹

¹⁰ De acordo com o magistério de Hans Welzel, enquanto o tipo alude “à descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)”, a antijuridicidade consiste na “contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto”. Cf. Welzel, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001, p. 51.

¹¹ Brandão, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131.

¹² Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 3. ed. São Paulo: 2003, p. 53.

¹³ Por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), o Direito Penal Positivo pátrio adota divisão bipartida do gênero *infração penal*, bifurcado nas espécies *crime* e *contravenção*. Cf. Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 93.

¹⁴ Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 588.

¹⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 52.

¹⁶ Jakobs, Günther. Op. cit., p. 598.

¹⁷ Roxin, Claus. *Estudios de derecho penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.

¹⁸ Ibid., p. 95.

¹⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., loc. cit.

A infração penal, seja crime, seja contravenção, caracteriza-se pela comprovação da prática de fato típico e antijurídico, por agente em relação ao qual recaia juízo de culpabilidade “emitido pela ordem jurídica”.²⁰

A reprovação penal se mostra presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de essa pessoa, por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado por contrariar o Direito quando podia e devia respeitá-lo²¹ e o respeitaria, se houvesse agido de forma distinta e ajustada à ordem jurídica.²²

Na formulação ora proposta do exame da necessidade concreta da pena pautado pelo princípio tridimensional da proporcionalidade, o critério da adequação absorve a concepção de culpabilidade abraçada pelo finalismo, segundo a qual, explica Hans Welzel, se trata da “reprovabilidade da resolução de vontade”²³, 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”.²⁴ 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”²⁵, isto é, da “capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico”²⁶ – resplandece André Luís Callegari –, considerando, por um lado, o “desenvolvimento ou maturidade da personalidade”²⁷ 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”.²⁸

Desse modo, no tocante à análise da necessidade concreta da pena, o critério da adequação expressa a culpabilidade penal e, em consequência, radica seu cerne no dever jurídico inarredável de que o sujeito ativo do fato típico e antijurídico se eximisse de executá-lo, se, observadas pelo julgador as nuances do caso concreto, percebe que o réu, na dicção de Luiz Regis Prado, “devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita”.²⁹

²⁰ Welzel, Hans. Op. cit., p. 66.

²¹ Brandão, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 131-132.

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 651.

²³ Welzel, Hans. Op. cit., p. 93.

²⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵ Callegari, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

²⁶ Ibid., loc. cit.

²⁷ Ibid., loc. cit.

²⁸ Ibid., loc. cit.

²⁹ Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 276.

Ventríloquo do princípio da culpabilidade, a pedra de toque deste critério da adequação reside na *exigibilidade de conduta diversa* e, por conseguinte, no *poder-agir-de-outro-modo*, considerados os parâmetros usualmente indicados pela experiência humana,³⁰ conjugados com as “circunstâncias concretas do fato, que condicionam seu comportamento [o do autor] ou nele exercem substancial influência”,³¹ a fim de se saber se “o agente era capaz e poderia ter agido concretamente de conformidade com a proibição e determinação contidas no tipo do injusto”³². Alerta Selma Pereira de Santana:

A reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor houvera podido formar sua decisão ilícita de ação em forma mais correta, adequada à norma, e isso não é no sentido abstrato do que houvera podido fazer um homem qualquer, em lugar do autor, senão, e muito concretamente, de que esse homem, nessa situação, houvera podido formar sua decisão de vontade na forma adequada à norma.³³

Antes de prosseguir, cabe um parêntese. Reputando empiricamente indemonstráveis o *poder-agir-de-outro-modo* e o *livre-arbitrio* (ou *liberdade da vontade*³⁴), Claus Roxin avulta, em lugar daqueles, respectivamente, o “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”³⁵ e “a capacidade de livre autodeterminação”,³⁶ que, ao contrário daqueles, seriam acessíveis “à comprovação forense”,³⁷ uma vez que verificáveis por meio de “métodos psicológicos ou psiquiátricos”.³⁸ Destaque-se o escólio de Santana:

Para essa concepção, há que se afirmar a culpabilidade de um indivíduo quando ele, em razão de sua constituição mental e psíquica, estava, ao tempo da ocorrência, disponível para o apelo da norma, isto é, quando tinha ele condições de decidir-se pelo comportamento orientado no sentido da norma.³⁹

Para Roxin, infere-se, bastaria indagar se a capacidade de autodeterminação do agente lhe teria facultado condições psíquicas suficientes para se estimular a se pautar pelo *dever-ser* emanado da disposição normativa que acabou sendo violada. Posto de outra forma: a culpabilidade não estaria alicerçada na constatação de que

³⁰ Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244, 328.

³¹ Tavares, Juez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 148.

³² *Ibid.*, p. 378.

³³ Santana, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 213.

³⁴ Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 18.

³⁵ *Id.* A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

³⁶ *Ibid.*, loc. cit.

³⁷ *Ibid.*, p. 60.

³⁸ *Ibid.*, p. 58.

³⁹ Santana, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 219.

o autor tinha “à sua disposição várias modalidades de ação”,⁴⁰ e, sim, na percepção de que o agente possuía a faculdade psíquica de se motivar ante o teor do comando normativo. 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”⁴¹. 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”⁴², “dirigibilidade normativa”⁴³ ou à eficácia, na circunstância concreta, do “apelo normativo”⁴⁴, a qual, a fim de ser aferida, requer, a nosso tino, a prévia existência do livre-alvedrio – implica o ser humano se encontrar, à época, apto, do ponto de vista psíquico, a administrar a própria conduta, sem o que não há, desnecessário frisar, “permeabilidade [psíquica] ao apelo normativo”⁴⁵, nem capacidade de autodeterminação. Ao se “verificar se, nas circunstâncias em que agiu, o agente poderia conformar sua personalidade de acordo com o determinado pelo sistema jurídico-penal (*dirigibilidade normativa*)”⁴⁶, 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”⁴⁷ outra forma de se referir ao “poder de agir de outra maneira na situação”⁴⁸). 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 se incentivar que a aferição de culpabilidade se aproxime mais da realidade fática da circunstância concreta (tendo em conta fatores exógenos e condicionamentos psíquicos a influenciarem, à época, o autor), distanciando-se do idealizado ser humano médio como parâmetro comparativo com o caso concreto⁴⁹. Por isso, encerramos este parêntese vislumbrando na formulação

⁴⁰ Tavares, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 185.

⁴¹ *Ibid.*, p. 190.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

⁴³ Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2000, p. 212. Apud Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 87.

⁴⁴ Santana, Selma Pereira de. Op. cit., p. 220.

⁴⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁶ Nahum, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal excludente de culpabilidade*. São Paulo: RT, 2001, p. 18.

⁴⁷ Dias, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 275.

⁴⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁹ Critica Reale Jr.: “Considero ser impossível a construção de um homem médio, no que concorda a maioria dos autores. O critério do ‘homem médio’ não é necessário, nem suficiente. Não é

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.

Isso posto, saliente-se, a propósito, que o juízo de reprovação penal alcança apenas os imputáveis, aqueles, nas palavras de Gonzalo Quintero Olivares, “dotados de capacidade para orientar livremente seus atos de acordo com o conhecimento da significação destes”⁵⁰. Em concepção mais elaborada, a imputabilidade expressa “a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos)”⁵¹, informa o magistério de Prado, que arremata: “Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: *cognoscitivo* ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão).”⁵²

A possibilidade de se portar em consonância com o Direito implica a possibilidade de *conhecimento prévio da antijuridicidade* (do caráter ilícito da conduta); é dizer: importa se evidenciar presente a *potencial consciência da ilicitude*⁵³, resultado da existência, na situação concreta, de condições cognoscíveis mínimas de o agente compreender o respectivo múnus jurídico a que deveria se curvar por força

necessário, visto que cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos. A média é possível ser fixada acerca da causalidade material, assim como sobre a normal previsibilidade nos delitos culposos mas, em termos de reprovação, de juízo de valor, é impossível encontrar a média humana, com o grave perigo de se cair na irrealidade, através da soma de qualidades muitas vezes inconciliáveis ou de se efetuarem generalizações com base em dados estatísticos. O homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, distante da situação concreta na qual se realizou a ação que se julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um *ente ideal*, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do *agir concreto* do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que inevitavelmente desfigura o real.” (grifos do autor) Cf. Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 182. Comenta Juarez Tavares: “Relativamente ao conceito de *homem médio*, pode-se notar que ele deriva do raciocínio positivista do estímulo-resposta: o homem mediano é aquele que puder, segundo um juízo hipotético, reagir conforme os estímulos (bons estímulos). Em oposição a esse conceito, entendido por alguns como insustentável [...], os autores modernos orientam-se pelo agente individual, tomado segundo suas condições favoráveis e desfavoráveis, inatas e adquiridas, de modo que seus defeitos, para os quais não tenha contribuído diretamente, não podem ser levados em conta como fatores de aumento de culpabilidade.” Cf. Tavares, Juarez. *Direito penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

⁵⁰ Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 376. (Tradução livre nossa.)

⁵¹ Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 271.

⁵² *Ibid.*, loc. cit.

⁵³ *Ibid.*, p. 275.

do *princípio da legalidade* (no sentido amplíssimo de que, em Estado de Direito, todos: pessoas físicas e jurídicas, se submetem ao jugo da ordem legal e dos deveres dela emanados⁵⁴), ou, ao menos, de condições cognoscíveis mínimas de o autor compreender o desvalor da conduta praticada, ainda que essa ilação venha à tona de forma intuitiva, estribada na sujeição a normas comportamentais extrapenais e até não-estatais, de cunho meramente social, religioso ou moral⁵⁵ – mormente o plexo normativo básico imposto pela convivência social (o que houver de manifesta e consensualmente inolvidável como sendo parte do código de conduta essencial sufragado pelo senso coletivo de moralidade⁵⁶). Prelecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “A culpabilidade se conforma com uma possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, não requerendo uma efetiva compreensão do injusto, que, na maioria dos casos, não existe ou é imperfeita.”⁵⁷ Consonante clarifica Francisco Muñoz Conde, é suficiente, em relação ao autor, “que, de acordo com sua formação, nível, cultural, etc., se figure a ilicitude como possível, e, ainda assim, ele continue a agir”⁵⁸. A par da apreciação quanto aos valores éticos que, à época,

⁵⁴ Observa Afrânio de Sá que o Estado de Direito, “ surgido ao influxo dos Direitos do Homem, pela primeira vez configurados na declaração francesa”, tem como princípio informador de sua estrutura a legalidade, “à qual estariam submissas as partes envolvidas em qualquer querela, tanto autoridades como indivíduos”. Cf. Sá, Afrânio. *Princípio da legalidade no estado liberal e social*. 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977, p. 58. Essa acepção clássica de legalidade reflete o axioma de origem britânica, deveras comezinho no Direito Constitucional e no senso crítico da sociedade democrática, de que “nenhum homem está acima da lei” (*no man is above the law*). Cf. Dicey, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006. Tal obra de Dicey, cuja edição inaugural data de 1895, compõe a consuetudinária Constituição britânica. Cf. Preece, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica: Micropaedia*. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3, p. 530.

⁵⁵ Brandão, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 147-149. Nesse sentido: “Segundo Mezger, chega-se ao conceito de consciência de antijuridicidade através de uma valoração paralela na esfera do profano. Para o penalista alemão, o profano é o extrajurídico; dessarte, se o agente conseguir, v.g., através de normas sociais, morais, religiosas, apreender o desvalor de sua conduta, ele terá a consciência da antijuridicidade.” Cf. *ibid.*, p. 148. Maria Helena Diniz recorda o magistério de Miguel Reale, segundo o qual “são valores religiosos, morais, estéticos, econômicos, sociais etc., que conduzem o ser humano à obediência da norma jurídica”. Cf. Diniz, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 108-109.

⁵⁶ Perlustra Enrico Ferri: “Nos casos ordinários, será também impossível ao acusado provar a sua absoluta boa fé, mesmo se materialmente não conhecer as disposições da lei, não só porque as experiências da vida quotidiana (e tanto mais as da própria e específica atividade profissional) fazem tomar conhecimento das proibições e restrições legais, mas também porque depois a consciência dos homens normais adverte da ilicitude de certas ações dolosas, culposas ou contravençionais.” Cf. Ferri, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 422.

⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 621.

⁵⁸ Muñoz Conde, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 158.

se encontravam internalizados na psique do agente, avalia-se a disposição do autor, na ocasião da prática do injusto, de ajustar seu proceder (e de se informar quanto) às exigências da vida em sociedade.⁵⁹ Examina-se se defluiu do agente “*ponto de vista de valor juridicamente aceitável*”⁶⁰ (grifos do autor) – acentua Jorge de Figueiredo Dias –, “produto de um esforço continuado de correspondência às exigências do direito”⁶¹. Embora haja “um grande número de ilicitudes cuja existência só é do cabal conhecimento de algumas pessoas particularmente especialistas”⁶², adverte Gonzalo Quintero Olivares, muitos delitos positivados correspondem ao que o magistério de Rafael Garofalo nomina *delitos naturais*, “cuja reprovabilidade integra a *cultural social*”⁶³ (grifos nossos), a exemplo de homicídio, lesão corporal, roubo e furto. Nesse diapasão, infere Francisco de Assis Toledo, a consciência da ilicitude, atual ou potencial, se atinge mediante reflexão “sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio”.⁶⁴ Prossegue Toledo:

Assim, não aproveita ao agente a falta da consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má interpretação, para o exercício de atividades regulamentadas. (grifos do autor).⁶⁵

Destarte, declara-se culpável quem executa fato típico e antijurídico, apesar de ter condições suficientes para atuar em consonância com a ordem jurídica⁶⁶, caso

⁵⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 624. Apud Silva Franco, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: Silva Franco, Alberto; Stoco, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 346.

⁶⁰ Dias, Jorge de Figueiredo. *QuAestões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 308.

⁶¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁶² Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 408. (Tradução livre nossa.)

⁶³ *Ibid.*, loc. cit. (Tradução livre nossa.)

⁶⁴ Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.

⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁶ Consoante Luiz Flávio Gomes, “culpabilidade, hoje, é 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.” Cf. Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 543-544. O mesmo autor explica que a culpabilidade penal “conta com três 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)”. Cf. *ibid.*, p. 581.

essa deferência ao Direito não lhe imponha “sacrifícios extraordinários”⁶⁷. Justifica Luís Augusto Freire Teotônio:

Isto porque o Direito pode exigir de todos os cidadãos o cumprimento de preceitos normativos para uma harmônica convivência, desde que não imponha comportamentos heróicos, em sacrifício da própria vida ou mesmo integridade física do indivíduo, que aí, certamente, não agirá em consonância com a norma, dada a situação extrema.⁶⁸

Quando o agente comete injusto em circunstância onde, do ponto de vista do Direito Penal, se evidenciam ausentes condições bastantes para se reclamar dele conduta diversa e jurídica, estamos perante *causas excludentes da culpabilidade*, assim exemplificadas por Luiz Flávio Gomes:

- (a) inimputabilidade por doença mental;
- (b) inimputabilidade por menoridade;
- (c) inimputabilidade por embriaguez fortuita completa;
- (d) erro de proibição invencível;
- (e) coação moral irresistível;
- (f) obediência hierárquica;
- (g) inexigibilidade como causa supralegal de exclusão de culpabilidade [...].⁶⁹

Em suma, a culpabilidade se condiciona à *exigibilidade de conduta diversa e lícita*,⁷⁰ caso se denote razoável tal exigência, uma vez detectadas aos olhos do Direito, com firme assento na circunstância concreta, condições cognoscíveis mínimas para o agente esboçar comportamento diferente e ajustado à ordem jurídica, o que significa, inclusive, atestar-se 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.

⁶⁷ Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 218.

⁶⁸ Teotônio, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais*. Campinas: Minelli, 2002, p. 86.

⁶⁹ Gomes, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, out. 2001, p. 10.

⁷⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

3 Dimensão da Necessidade

Depois de certificada a presença, no caso concreto, da culpabilidade, importa perquirir, com arrimo na *prevenção geral positiva limitadora* (modelada pelo *princípio da intervenção mínima*), se a sanção penal resta imprescindível e, em caso afirmativo, até que ponto ela o é, observado o teto inexcedível da culpabilidade.

Ao se nortearem pelo *princípio da prevenção geral positiva limitadora*, as necessidades preventivas da pena traduzem (entrevê a própria nomenclatura da subespécie preventiva em tela) “sentido limitador”⁷¹ do *dever-poder*⁷² punitivo do Estado,

⁷¹ Id. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

⁷² Os poderes estatais não são meras *faculdades*. Representam deveres – *deveres-poderes*, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Eros Roberto Grau, ou *poderes-deveres*, segundo a ótica majoritária na Ciência do Direito Público, a exemplo do magistério de José Cretella Júnior. Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69; Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209; Cretella Júnior, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 18. Assiste razão aos magistérios de Bandeira de Mello e de Grau. O *dever estatal condiciona o poder estatal*. Este *decorre* daquele. “Quem quer o fim dá os meios”, recorda o Ministro Paulo Brossard. Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 71.039/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996, p. 48708. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2004. Diante do exposto, em vez da típica expressão publicista *poder-dever*, adota-se neste estudo a locução *dever-poder*. Esclarece Bandeira de Mello: “Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.” Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op. cit., loc. cit. Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito Público e da Teoria Geral do Direito Penal, preferível a expressão inusual e de duvidosa sonoridade *dever-poder estatal punitivo* à clássica e elegante locução *jus puniendi*. Não se trata de o Estado-juiz aplicar a pena no caso concreto apenas quando e se lhe aprouver fazê-lo, como se fosse direito subjetivo sancionatório de âmbito penal, inerente a exercício arbitrário ou incondicionado da função jurisdicional. O Poder Judiciário não dispõe a seu talante do interesse de impor sanção penal. Subordinam-se os agentes, os órgãos e as entidades do Poder Público aos *princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público*. Inadmissíveis quer a renúncia ao poder punitivo pelo Estado, quer o predomínio de interesses segmentados (seja o interesse estatal secundário, específico do Estado, seja o interesse de amplos ou restritos setores privados) sobre o interesse estatal primário, o *interesse público*, manifestação da soberania popular e das aspirações da coletividade de superior relevo, entalhadas no ordenamento jurídico. Nessa senda: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62-65, 88-90. Aprofunda Manoel Pedro Pimentel: “Hoje não é correto falar-se na existência do *jus puniendi*. O Estado não é titular de um *direito subjetivo de punir*. Segundo o ensinamento de Santi-Romano, o que existe realmente é um *poder-dever de punir*. O Estado tem o *poder* de punir, em razão de ser soberano e esse poder constituir-se em um atributo da soberania. E, ao mesmo tempo, tem o *dever* de punir, que o Estado mesmo se impõe pela exigência de cumprir uma obrigação decorrente das suas finalidades. O *jus puniendi* seria renunciável, entretanto o Estado não pode renunciar ao exercício da punição. É verdade que o *poder-dever* de punir pode sofrer derrogação, pela prescrição ou outras causas extintivas de punibilidade. Todavia, essa perda de condição não sig-

ancorado nos princípios garantistas do Direito Penal e nos direitos fundamentais dos seres humanos (todos provenientes do *princípio da dignidade da pessoa humana*, no qual se agasalham, esclarece a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão – a exemplo de *BVerGE* 25, p. 269 *et seq.*; 45, p. 187 *et seq.*, p. 259; 57, p. 250 *et seq.*, p. 275⁷³ –, adepta do entendimento de que “a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena”⁷⁴). A amálgama de tal arquétipo normativo (que tem na culpabilidade sua coluna vertebral) constitui barreira intransponível ao dever-poder punitivo estatal – ainda que mitigada, jamais desnaturada, inclusive porque cabe ao exegeta infligir aos princípios jurídicos, inclusive aos direitos fundamentais⁷⁵, o mínimo de sacrifício, preservando sobremaneira a essência daqueles, sob pena de maltrato à dignidade da pessoa humana, máxime à integridade física, moral e psíquica do indivíduo.⁷⁶

nífica renúncia do Estado, mas limitação de ordem pública traçada por ele próprio no interesse dos cidadãos. O *poder-dever* de punir é o que convém ao caráter público do Direito penal.” (grifos do autor) Cf. Pimental, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983, p. 177. A exemplo das demais atividades estatais, cumpre ao múnus judicante penal aplicar concretamente a pena emoldurada e norteado pelo arquétipo normativo do Direito Positivo, mormente pelo princípio da legalidade, conciliando o atendimento dos anseios maiores da sociedade com a preservação da dignidade da pessoa humana, mediante atuação razoável e proporcional, pautada pelos condimentos materiais e formais do devido processo legal. Também a exemplo das demais atividades estatais, o *princípio tridimensional da proporcionalidade* deve servir de baliza à incumbência judicial de se aplicar a sanção penal no caso concreto.

⁷³ Jakobs, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁵ “O trabalho de balanceamento entre direitos fundamentais consagrados na Constituição é o que se espera, pois, do mandado de ponderação, próprio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito, igualmente fundamental. Isto se dá uma vez que *ambas constituem princípios jurídicos*, e como tais, quando colidem, está ordenada uma ponderação.” (grifos nossos) Cf. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 171.

⁷⁶ Com suporte no magistério de Vitalino Canas, nota-se que os princípios, por terem assento constitucional, devem ser conciliados de modo que, de preferência, haja o mínimo de atrito entre tais normas e, em todo caso, não se atinja o núcleo essencial das mesmas, a fim de que não se alveje, por consequência, o valor da dignidade da pessoa humana. Recorda José Roberto Pimenta Oliveira: “Vitalino Canas, enfaticamente, preleciona, sem rejeitar a ligação aos direitos fundamentais, que ‘o princípio da proporcionalidade ancora-se em última análise nos valores da dignidade da pessoa, *via* valores da liberdade, autonomia e livre expressão e desenvolvimento da personalidade’. A presencialidade dos princípios mantém, com efeito, direta referência à persecução da ‘finalidade maior de um sistema jurídico-democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana’. A razoabilidade/proporcionalidade, em face de situações em que se contrapõem bens, interesses, princípios jurídicos constitucionalmente acolhidos com repercussões diretas ou indiretas para o valor da dignidade, encarece a doutrina, ‘determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana’.” (grifos do autor) Cf. Canas, Vitalino. Princípio da proporcionalidade. In: Fernandes,

Assevera Bitencourt: “A principal finalidade, pois, à que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores –, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente.”⁷⁷ Por intermédio da *prevenção geral positiva limitadora*, anela-se por síntese ponderada dos fins preventivos, de forma que a culpabilidade e os demais princípios humanistas imiscuídos na Teoria Geral do Direito Penal burilem as funções preventivas da sanção penal e condicionem, nas palavras de Winfried Hassemer (citado por Cezar Roberto Bitencourt), a “reação estatal ante fatos puníveis”⁷⁸ a se direcionar à “proteção da consciência social”⁷⁹ (prevenção geral positiva *stricto sensu*⁸⁰) e à intimidação geral dos delinquentes efetivos e em potência (*prevenção geral negativa*⁸¹), assim como à sadia reinserção na sociedade do condenado (*prevenção*

José Pedro (Dir.). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1994, v. 6, p. 597. Apud Oliveira, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 222.

⁷⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151-152.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 151.

⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁰ A prevenção geral positiva *stricto sensu*, incondicionada ou propriamente dita, plasma a perspectiva de teoria da prevenção geral positiva mais notória, planteada por Günther Jakobs, conforme a qual a pena “deve garantir a segurança das expectativas dos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade”. Cf. Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20. Cónsono o escólio de Cristina Zackseski, a prevenção geral positiva “insiste claramente na afirmação simbólica da validade das normas, no que esta afirmação favoreceria o processo de integração social em torno dela, e restabeleceria a confiança institucional que brada pela percepção do desvio”. Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 174. O magistério de Tatiana Machado Corrêa agrêmia diversas facetas relevantes da prevenção geral positiva delineada por Günther Jakobs: (1) “deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade”; (2) “restaurar a configuração normativa da sociedade”; (3) “a pena se dirige a todos os membros da sociedade, posto que necessária à reafirmação da vigência da norma infringida”; (4) o “que se previne é a erosão da configuração normativa real da sociedade”; (5) o “fim da pena é o de garantir a vigência da norma, promover a confiança na norma, a fim de que isto repercuta em todos os sujeitos”; (5) “a pena demonstra que o autor não se organizou corretamente, significa que o comportamento infrator não é determinante, a norma é que continua sendo o determinante”; (6) “a sociedade deve então exercer legítima defesa ao infrator da norma, anulando a conduta contrária à norma, mediante pena, cuja medida será regida pela medida de denegação da personalidade objetiva no fato e não para intimidar”; (7) a “pena significa a permanência da realidade da sociedade sem modificações, a confirmação da sua identidade normativa, podendo produzir outros efeitos de caráter não essencial ao seu fim, tais como a intimidação e o exercício de fidelidade ao direito”. Cf. Corrêa, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 51, nov.-dez. 2004, p. 222-224.

⁸¹ A teoria da *prevenção geral negativa* – originalmente ideada pelo penalista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) sob o nome *teoria da coação psicológica ou teoria do constrangimento psicológico* – enxerga na pena, quando aplicada ao caso concreto ou apenas comi-

*especial positiva*⁸²) e à sua sujeição a sanções penais de efeito intimidativo individual, por meio de *penas restritivas de direito* ou de *penas privativas de liberdade*, ocorrendo, neste caso, sua temporária, de preferência, retirada do convívio social (*prevenção especial negativa*⁸³).

nada em abstrato, efeito intimidatório sobre o corpo coletivo e fator de desestímulo para delinqüentes da atualidade ou eventualmente daqueles do porvir, conscientizando ambos de que a prática do delito é contraproducente (desfavorável do ponto de vista da *relação custo-benefício*). Nesse sentido: Queiroz, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49; Schecaira, Sérgio Salomão; Corrêa Junior, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 131; Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 113; Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 113-116; Teles, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2, p. 31; Jakobs, Günther. *Derecho penal: parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26-29. No dizer de Cristina Zackseski, a prevenção geral negativa, “centrada na intimidação pela cominação da pena em abstrato”, semeia “contramotivação aos comportamentos ilegais” ou “dissuasão dos infratores potenciais”. Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 8, no 29, jan.-mar. 2000, p. 169. Ponderada a posição de Francisco de Assis Toledo: “Se, de um lado, não se deve generalizar a eficácia do caráter intimidativo-pedagógico da pena, pela simples existência da cominação legal, de outro, parece-nos igualmente irrealístico deixar de admitir que a prevenção geral do crime, por meio da elaboração dos tipos e da cominação das penas, é algo, do ponto de vista do Estado e do indivíduo, bem mais concreto do que meros artigos de lei colocados sobre o papel. É, com efeito, uma autorização para agir, passada em favor dos órgãos estatais; é, em suma, ameaça bem real que se exterioriza e se prolonga, no meio social e comunitário, pela presença física e atuante dos vários organismos empenhados na *persecutio criminis*.” Cf. Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4-5.

⁸² O magistério de Zaffaroni *et alii* clarifica que a prevenção especial positiva engloba série de propostas atinentes à integração do egresso ao seio do corpo coletivo, ao fagocitar esta subespécie preventiva as chamadas “ideologias *re*”: “ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação.” Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126. De acordo com a prevenção especial positiva, sumariza Reinhart Maurach, “o autor deve ser preparado pela execução [da pena] para a futura vida em sociedade”. Cf. Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65. (Tradução livre nossa.)

⁸³ Em sede pena de prisão, esclarece Alberto Zacharias Toron, a prevenção especial negativa “pode ter caráter temporal, quando com a pena se aparta o sentenciado de forma perpétua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o”, mas também pode “ter um caráter absoluto (definitivo) quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa e, por exemplo, castra-se o estuprador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc”. Cf. Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*; um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: RT, 1996, p. 199. Assere Cristina Zackseski que a prevenção especial negativa contempla a “neutralização ou intimidação do criminoso”. Cf. Zackseski, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 8, nº 29, jan.-mar. 2000, p. 173. Com efeito, entre as modalidades da prevenção especial, Reinhart Maurach elenca a prevenção especial *por intimidação* (“o autor deve ser intimidado, pelos efeitos da pena executada, a não praticar delitos no futuro”) e *por asseguração ou inocuidade* (“pela execução da pena na pessoa

No campo da *prevenção geral positiva*, à sanção penal cabe, assinala Oswaldo Duek Marques, “reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e que deve seguir como modelo idôneo de orientação”⁸⁴. Seu efeito secundário reside na *prevenção geral negativa*, ao servir de desincentivo à prática delituosa em parcela da criminalidade sensível ao efeito dissuasório da pena⁸⁵ e, em idêntico sentido, ao inibir parte dos delinqüentes *em potência* permeável à influência inibitória daquela⁸⁶.

Assim sendo, a *prevenção geral positiva* almeja (1) deflagrar o “restabelecimento do equilíbrio emocional da sociedade”⁸⁷ e (2) “preservar a confiança das relações sociais”⁸⁸, reforçando, sobretudo, a credibilidade do sistema penal⁸⁹, ao suscitar apaziguamento psicológico na sociedade, transmitindo a percepção de que o Estado, apesar de suas deficiências, ainda possui na Justiça Criminal órgão atuante por meio do qual assegura um mínimo de paz coletiva e ordem pública. Resulta em indireta oxigenação da *prevenção geral negativa*, ao utilizar a pena – mesmo indiretamente – como instrumento de coercibilidade (coatividade psicológica)⁹⁰ sobre

do delinqüente, a sociedade quedará assegurada, permanente ou provisoriamente, frente ao mesmo”). Cf. Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 65. (Tradução livre nossa.)

⁸⁴ Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 105.

⁸⁵ Duvidoso, infere-se do magistério de Zaffaroni *et alii*, o efeito dissuasório da pena, a título de prevenção geral, sobre homicidas passionais (e demais criminosos envolvidos em “circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal”), bem assim como sobre infratores motivados por patologia (“semi-imputáveis”), fanatismo (v.g., político ou religioso), crença na própria invulnerabilidade ao controle penal (e.g., os chamados “criminosos do colarinho branco”) e perspectiva de lucros vultosos (“crime as business”). Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 118-119. Nessa toada, Esteban Righi reputa impassíveis de intimidação os “delinqüentes habituais” e os criminosos passionais. Cf. Righi, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 43. Ainda nessa direção, Cezar Roberto Bitencourt aventa também como exemplos “os delinqüentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais”. Cf. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 115.

⁸⁶ Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Op. cit.*, p. 105.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 109.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 121.

⁹⁰ Para o magistério de Maria Helena Diniz, *coação* alude à aplicação de sanção jurídica e *coerção* concerne à *coação psicológica*, isto é, à pressão psicológica anterior à *coação* (isto é, prévia à execução da sanção jurídica): “Há, realmente, uma diferença entre essas três expressões: a ‘coerção’, apesar de se definir como ato de coagir, reside na consciência e exerce pressão sobre a vontade livre do obrigado; a ‘sanção’ já existe na norma: é uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica através dos órgãos competentes, e a ‘coação’ consiste na aplicação dessa sanção; é um ato de coagir, mas que se exerce sobre uma ou várias pessoas para levá-las a agir de determinada maneira.” Cf. Diniz, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976, p. 106-107. Com fincas no ensinamento de Diniz, optamos por

a população, tornando manifesta “a disposição [estatal] de cumprir a ameaça”⁹¹ de punição penal.

A *prevenção geral positiva fundamentadora* (a *prevenção geral positiva* propriamente dita, incondicionada, formulada em sua pureza, sem estar a reboque do princípio da culpabilidade) tem em Günther Jakobs seu maior ideólogo da atualidade. Para Jakobs, “a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas”,⁹² 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”⁹³ (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 desta modalidade de prevenção geral positiva, bem assim de sua distinção da vertente fundamentadora⁹⁴, e, além disso, não haja necessariamente integral coincidência entre os magistérios de Mir Puig e Roxin⁹⁵, a nosso juízo se revela apropriado que o cerne da concepção de *prevenção geral positiva limitadora* repouse, primeiro, na exigibilidade de

considerar *coatividade psicológica* sinônimo de coercibilidade e de coatividade em sentido técnico-jurídico propriamente dito a capacidade da sanção jurídica, quando imposta, no caso concreto, suscitar a coação jurídica e o conseqüente adimplemento do dever jurídico até então desatendido.

⁹¹ Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

⁹² Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

⁹³ Ibid., loc. cit.

⁹⁴ Mir Puig, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 55-56.

⁹⁵ Na 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, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, p. 25.” Cf. Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 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, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la*

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”⁹⁶ 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”⁹⁷. Enquanto Jakobs *fundamenta* a culpabilidade nas exigências de prevenção geral positiva (para o Mestre de Bonn, a culpabilidade constitui “déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico”⁹⁸ – dessa forma, a culpabilidade é *longa manus* da prevenção geral positiva), Roxin *limita* a aplicação da pena à presença, primeiro, da culpabilidade, e, segundo, da “*indispensabilidade preventiva*” (grifos nossos⁹⁹). Enquanto a prevenção geral positiva *fundamentadora* torna exigível a imposição da sanção penal mesmo quando desnecessária “a proteção dos bens jurídicos”¹⁰⁰ (Direito Penal *hipertrofiado*¹⁰¹), a prevenção geral *limitadora* gradua a pena abaixo do teto inexcedível 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*¹⁰²).

Em sentido semelhante se situa o magistério de Luiz Flávio Gomes, para o qual, após o julgador detectar a culpabilidade do agente, deve o magistrado trazer a

prevenção general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, ene.-abr. 1986, p. 56-57.

⁹⁶ Roxin, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 65-66.

⁹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁸ Jakobs, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

⁹⁹ Roxin, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157.

¹⁰⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 124.

¹⁰¹ “A principal crítica à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora refere-se à possibilidade de ela ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, sendo, portanto, contrária ao Direito Penal mínimo postulado pelas correntes mais progressistas, dentre as quais a Nova Defesa Social [...]. Além disso, a teoria fundamentadora, conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma.” Cf. Marques, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 106.

¹⁰² “A despeito de não se declarar expressamente minimalista, pode-se inferir do ideário de Claus Roxin uma série de princípios relacionados também com o minimalismo. De fato, ao se alinhar favoravelmente a um Direito Penal subsidiário, reconhece que a sanção jurídico penal é a última *ratio* do controle, a última forma de solução do conflito. Assim sendo, manifesta-se contrário ‘à criminalização de qualquer bagatela’. Demais disso, constata-se que a teoria formulada é eminentemente garantista, de modo a impedir as violações injustificadas à liberdade dos cidadãos, estabelecendo uma pena limitada pela culpabilidade.” Cf. Föppel El Hireche, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

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”.¹⁰³

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 fundamento no art. 59 do CP, cabe ao juiz dispensar a pena, com fundamento no princípio da sua (des)necessidade concreta.¹⁰⁴

Em verdade, os magistérios de Luiz Flávio Gomes e Claus Roxin possuem entendimento *semelhante* (ambos os doutrinadores acolhem o critério da *indispensabilidade preventiva*), mas não *idêntico*. Gomes entende cabível, depois de constatada a culpabilidade do autor do fato punível, “fazer esse juízo de necessidade nas situações especificamente definidas na lei (casos de perdão judicial, v.g.)”¹⁰⁵ e “em outras hipóteses”¹⁰⁶, com fulcro no art. 59 do Código Penal brasileiro. Roxin divisa no critério das *necessidades preventivas da pena* o segundo componente da categoria da *responsabilidade*, cujo primeiro elemento é a *culpabilidade* no sentido de – frisou-se alhures – “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”¹⁰⁷ e “a capacidade de livre autodeterminação”.¹⁰⁸

A nosso sentir, a análise da necessidade concreta da pena se torna mais coesa à luz do *princípio tridimensional da proporcionalidade*, em que o juízo de reprovação penal consubstancia a *dimensão da adequação*, a imprescindibilidade preventiva repousa na *dimensão da necessidade* e a relação custo-benefício da pena radica na *dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*. De todo modo, as três visões acerca da indispensabilidade preventiva propiciam efeito limitador ao dever-poder punitivo estatal, em apreço aos princípios garantistas do Direito Penal e, por conseguinte, em deferência ao *princípio da dignidade da pessoa humana* e aos direitos fundamentais do réu¹⁰⁹, além de louvar o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, porque, pondo em segundo plano o clamor por justiça da vítima e dos grupos de pressão (a exemplo de setores da comunidade jornalística, jurídica e política adeptos da máxima repressão penal), em prol de criteriosa análise da neces-

¹⁰³ Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos De Molina, Antonio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 574.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 575.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 574.

¹⁰⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁷ Roxin, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, jan.-fev. 2004, p. 57.

¹⁰⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁹ O princípio da dignidade da pessoa humana “fundamenta e confere unidade” aos direitos fundamentais e à ordem econômica. Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

sidade concreta da pena, reduz o contingente populacional exposto ao elevado *fator criminógeno* do sistema de execução penal, em particular das asoberbadas unidades penitenciárias, o que resulta em salvaguarda dos anseios maiores da sociedade por paz social e ordem pública.

Relativamente a *penas restritivas de liberdade*, despidiendo frisar, deve-se averiguar a indispensabilidade de que o sentenciado seja, durante determinado lapso temporal, afastado do convívio social, sob a custódia do sistema de execução penal. É de suma importância cotejar-se a gravidade da afronta a bem jurídico basilar com os efeitos físicos, morais e psíquicos a serem propiciados pelo aprisionamento. Ilustra Zaffaroni *et alii*:

Os riscos de homicídio e suicídio são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios.¹¹⁰

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede do Agravo em Execução nº 70015235948 (Relator, Desembargador Amilton Bueno de Carvalho), conferiu indulto humanitário, com fincas no *princípio da humanidade das penas*, a apenado soropositivo e tuberculoso, tendo em vista a consecução da “finalidade segregacional da pena privativa de liberdade”¹¹¹, “por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS”¹¹², isto é, “além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a ‘liberdade’”¹¹³ (dicção da ementa). Compulsando-se o eminente voto-condutor, infere-se que o apenado em questão contava, à época do julgamento do referido Agravo em Execução, com trinta e seis anos de idade, era portador de HIV “desde o ano de 1993”¹¹⁴, havia cumprido “m ais de 12 anos de pena (início em 29/01/1994), apresentado boa conduta no decorrer da execução”¹¹⁵, tendo trabalhado “durante aproximadamente 1.413 dias, o que perfaz um total de 471 dias remidos”¹¹⁶.

Em sintonia com a *prevenção geral positiva limitadora* se revela 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

¹¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 126.

¹¹¹ Rio Grande Do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Criminal). Agravo em Execução nº 70015235948 (Comarca de Porto Alegre). Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 14 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2006.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

¹¹³ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

Conseqüências Jurídicas do Crime” e “Temas Básicos de Direito Penal”), por meio do qual a judicatura lusitana consolidou o entendimento, sobremaneira explícito no Acórdão de 2 de janeiro 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”¹¹⁷, ou, reprisando o magistério de Günther Jakobs, “como estabilização contrafáctica”¹¹⁸ das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida”¹¹⁹. A princípio, pode-se passar a impressão de que Figueiredo Dias e, em conseqüência, a jurisprudência portuguesa estariam alinhados com a *prevenção geral positiva fundamentadora* de Jakobs. Entretanto, os ensinamentos do Mestre de Coimbra, encapsulados no apontado aresto da Suprema Corte lusitana, logo clarificam sua afinidade com a *prevenção positiva limitadora*, ao sublinhar que a “medida da culpa”¹²⁰ (no Direito português, entre as acepções de *culpa*, figura a de culpabilidade¹²¹) traduz

¹¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*” (§ 55). Apud Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 72-73.

¹¹⁸ Manteve-se a redação original, em português europeu.

¹¹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 73.

¹²⁰ Dias, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 109.

¹²¹ A sinonímia, na linguagem do Direito português, entre “medida da culpa” e “medida da culpabilidade” se nota sobressalente neste trecho da ementa do Acórdão de 4 de novembro de 2005, do Tribunal da Relação de Guimarães (Relator, Juiz Desembargador Anselmo Lopes): “I – A culpa é o juízo de censura que se faz ao agente por não se ter comportado, como podia e devia, de acordo com o direito; está ligada ao princípio do respeito pela dignidade da sua pessoa e limita de forma inultrapassável as exigências de prevenção (a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa, sendo esta o pressuposto e limite daquela, falando-se, então, em moldura da culpa.” (grifos nossos) Cf. Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 385/05-1). Relator: Juiz Desembargador Anselmo Lopes. Guimarães, 11 de Abril de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesta senda, reportemo-nos à jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora (Relator, Juiz Desembargador Alberto Mira), na passagem a seguir reproduzida do Acórdão de 6 de dezembro de 2005. Em relação ao referido julgado, cotejem-se as considerações do próprio TRE com aquelas à época colhidas de tradução portuguesa, consignada pelo voto do eminente Relator, de estudo de Claus Roxin publicado na Espanha (“Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Tradução da 2.ª edição Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas), págs. 99/101 e 103”): “Dito de uma outra forma, a função primordial de uma pena, sem embargo dos aspectos decorrentes de uma prevenção especial positiva, consiste na prevenção dos comportamentos danosos incidentes sobre bens jurídicos penalmente protegidos. O seu limite máximo fixar-se-á, em homenagem à salvaguarda da dignidade humana do condenado, em função da medida da culpa revelada, que assim a delimitará, por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que social e normativamente se imponham. O seu limite mínimo é dado pelo quantum da pena que em concreto ainda realize eficazmente essa protecção dos bens jurídicos. Dentro destes dois limites,

“incondicional proibição de excesso”¹²², o “limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas”¹²³, portanto, “sejam de prevenção geral positiva ou antes negativa, de integração ou antes de intimidação, sejam de prevenção especial positiva ou negativa, de socialização, de segurança ou neutralização”.¹²⁴

De acordo com o mencionado julgado do STJ lusitano, esteado no magistério de Figueiredo Dias, a medida da pena deve, primeiro, respeitar as balizas da culpabilidade, e, segundo, ater-se ao raio da prevenção geral positiva (limitadora),

situar-se-á o espaço possível para resposta às necessidades da reintegração social do agente. Como refere Claus Roxin, em passagens escritas perfeitamente consonantes com os princípios basilares no nosso direito penal, «a pena não pode ultrapassar na sua duração a medida da culpabilidade, mesmo que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação revelem como desenlace uma detenção mais prolongada. A sensação de justiça, à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal, exige que ninguém possa ser castigado mais duramente do que aquilo que merece; e “merecida” é só uma pena de acordo com a culpabilidade. Certamente a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mas pode não alcançá-la, sempre que isso seja permitido pelo fim preventivo. Nele radica uma diferença decisiva frente à teoria da retribuição, que também limita a pena pela medida da culpabilidade, mas que reclama em todo o caso que a dita pena àquela corresponda, com independência de toda a necessidade preventiva. A pena serve os fins de prevenção especial e geral. Limita-se na sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode fixar-se abaixo deste limite em tanto quanto o achem necessário as exigências preventivas especiais e a ele não se oponham as exigências mínimas preventivas gerais.» (grifos do autor) Cf. Portugal. Tribunal da Relação de Évora (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 1247/05-1). Relator: Juiz Desembargador Alberto Mira. Évora, 6 de Dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 14 out. 2006. 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.” (grifos nossos) Cf. Dias, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 267. As transcrições desta nota de rodapé acabam por servir de achegas ao exame da culpabilidade e das finalidades preventivas da pena.

¹²² Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime* (§ 55). Apud Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 02P1232. Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira. Lisboa, 9 de Maio de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 109.

¹²³ Ibid., loc. cit.

¹²⁴ Ibid., loc. cit.

a definir o “espaço de liberdade ou de indeterminação”¹²⁵ correspondente à “moldura de prevenção”¹²⁶, em que atuam “considerações extraídas das exigências de prevenção especial de socialização”¹²⁷. 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”¹²⁸, fixados “entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável da medida da tutela dos bens jurídicos”¹²⁹. 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”¹³⁰. 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. 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.¹³¹

¹²⁵ Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2, p. 229.

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

¹²⁷ Ibid., loc. cit.

¹²⁸ Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 230.

¹²⁹ Ibid., loc. cit.

¹³⁰ Ibid., loc. cit. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 231.

¹³¹ Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Secção Criminal). Recurso Penal (Processo nº 04P4107). Lisboa, 2 de Fevereiro de 2005. Relator: Juiz Conselheiro Henriques Gaspar. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

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 encastra 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”;¹³²

(2) Importa à prevenção geral positiva limitadora esboçar a “moldura de prevenção”¹³³, norteada por limites máximo e mínimo. O limite máximo advém da “medida óptima de tutela dos bens jurídicos”¹³⁴, respeitado o teto intransponível da culpabilidade. O limite mínimo exsurge das “exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico”;¹³⁵

(3) Cumpre à prevenção especial “encontrar o *quantum* exacto da pena”¹³⁶, que, observada a “moldura de prevenção”¹³⁷, melhor atenda aos imperativos socializadores “ou, em casos particulares, de advertência ou segurança”¹³⁸ 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 5 de novembro 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 artigo 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 – artigo 40º, n.º1, do Código Penal –, sem esquecer, obviamente, que a culpa constitui um limite inultrapassável da medida da pena – artigo 40º, n.º 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

¹³² Dias, Jorge de Figueiredo. O código penal português de 1982 e a sua reforma. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 3, n.º 2-4, abr.-dez. 1993, p. 186-187. Apud Portugal. Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal (Processo nº 0415662). Porto, 17 de Novembro de 2004. Relator: Juiz Desembargador Borges Martins. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹³³ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

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 óptimo 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 – artigo 18º, n.º 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.).¹³⁹

Retomando-se a apreciação da necessidade concreta da pena, é pertinente a opinião de Jorge de Figueiredo Dias, chancelada pelo Tribunal da Relação de Guimarães no Acórdão de 11 de julho de 2005 (Relator, Juiz Desembargador Nazaré Saraiva), pela primazia das “considerações de prevenção especial de socialização”¹⁴⁰. Impende à prevenção geral se restringir ao “conteúdo mínimo de prevenção de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico, como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização”¹⁴¹. Cabe ao Poder Judiciário recusar a aplicação de pena alternativa ou substitutiva quando, inadequadas e insuficientes às finalidades preventivas da pena¹⁴², a pena de prisão se evidencia, “do ponto de vista da prevenção especial de socialização, necessária ou, em todo o caso, provavelmente mais conveniente”¹⁴³, acaso, sopesando-se “o já tantas vezes referido carácter criminógeno da prisão, em especial da de curta duração”¹⁴⁴, a pena privativa de liberdade se revele indispensável para “a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias”¹⁴⁵. Observa Figueiredo Dias que a cul-

¹³⁹ Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Penal (Processo nº 1056/05). Relator: Dr. Oliveira Mendes. Coimbra, 5 de Novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁴⁰ Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332. Apud Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁴¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴² *Id.* *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime* (§§ 497 e 498). Apud Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra, 2005, v. 2, p. 331-332.

¹⁴³ *Id.* *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 331-332, § 500. Apud Portugal. Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal (Processo nº 1545/04-1). Relator: Juiz Desembargador Nazaré Saraiva. Guimarães, 11 de Julho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 333.

pabilidade “nada tem a ver com a questão da escolha da pena”¹⁴⁶, posto que, cônsono o ensinamento do Mestre de Coimbra, a esta incumbe tão-somente atuar como “limite inultrapassável do *quantum*”¹⁴⁷ da sanção penal, ao se estipular seja a “medida da pena de prisão (necessária como pressuposto da substituição)”¹⁴⁸, seja a “medida da pena alternativa ou de substituição”¹⁴⁹. Suspende-se a execução da pena aplicada em medida não superior a três anos (art. 50^o¹⁵⁰ do anterior Código Penal português, o Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro de 1982, *Codex* cuja vigência cessou com a entrada em vigor do novo Estatuto Penal lusitano, em 15 de setembro de 2007), “sempre que o julgador puder formular um juízo de prognose favorável, à luz de considerações de prevenção especial sobre a possibilidade de ressocialização”¹⁵¹ do agente, esteada em “razões fundadas e sérias a acreditar na capacidade do delinquente”¹⁵² para a auto-prevenção do cometimento de novos crimes, devendo-se negar a suspensão sempre que, fundadamente, seja de duvidar dessa capacidade”¹⁵³, com base na “análise da personalidade”¹⁵⁴ do autor do fato punível, “das suas condições de vida, da conduta que manteve antes e depois do facto e das circunstâncias em que o praticou”¹⁵⁵.

Caso de estudo (*case study*) acerca da influência a ser desempenhada pela *indispensabilidade preventiva* sobre o dever-poder estatal de concretamente aplicar a pena repousa nos autos do Processo Judicial nº 2004.03.99.023468-2, a tramitar no Tribunal Regional Federal da Terceira Região¹⁵⁶. Relata-se abaixo a circunstância em testilha, colhendo-se subsídios e reproduzindo-se trechos de matéria jornalística da *Revista Consultor Jurídico* de 29 de agosto de 2006, a qual, por sua vez, menciona trechos colhidos do respectivo caderno processual:

¹⁴⁶ Id. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime* (§§ 497 e 498). Apud Portugal. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso Criminal (Processo nº 336/06). Relator: Dr. Luís Ramos. Coimbra, 14 de Junho de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra, 2005, v. 2, p. 331-332.

¹⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁰ Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

¹⁵¹ Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁵² Manteve-se a redação original, própria do português europeu.

¹⁵³ Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso Penal (Processo nº 4604/2005-3). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima. Lisboa, 15 de Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁵⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁶ Brasil. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Consulta processual. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=26&op=Consulta&Processo=200403990234682&TFases=1>>. Acesso em: 3 out. 2006.

Denunciado e vítima se encontravam a bordo do navio *Rio Grande do Norte*, aproximadamente às 17h:30min. Final de tarde de terça-feira, 20 de julho de 1976. Alto-mar. O denunciado, 33 anos, cozinheiro do navio. A vítima, 46 anos, imediato da embarcação, “hierarquicamente superior”¹⁵⁷ (dicção da matéria jornalística), portanto, ao denunciado. O imediato pediu ao cozinheiro que preparasse bife em vez “da dobradinha servida à tripulação”¹⁵⁸ (*loc. cit.*). O cozinheiro se negou a atendê-lo. “Só recebia ordens do comandante.”¹⁵⁹ (*loc. cit.*) Após o entrevero, o cozinheiro procurou o imediato, munido de faca de cozinha. Ao encontrá-lo, “desferiu-lhe, de surpresa, duas facadas na região abdominal, sem lhe possibilitar a defesa, jogando a faca ao mar logo em seguida”¹⁶⁰ (dicção do relatório da sentença). O imediato sobreviveu “por circunstâncias alheias à vontade”¹⁶¹ do cozinheiro (*loc. cit.*). “A denúncia foi recebida no dia 17 de março de 1977”¹⁶², aduz o relatório da sentença. Conflitos de competência entre as Justiças Federal e Estadual, somados “à dificuldade de localizar o réu”¹⁶³ (“Ele forneceu um endereço inexistente”¹⁶⁴, informou o Ministério Público Federal), retardaram em vinte e nove anos a apreciação pelo Tribunal do Júri Popular. Segunda-feira, 28 de agosto de 2006. O réu, 63 anos. A vítima, 76 anos. As testemunhas, falecidas. O ex-cozinheiro, já aposentado. Na Primeira Vara Criminal Federal, do Júri e das Execuções Penais da Primeira Subseção Judiciária de São Paulo, o Conselho de Sentença se posicionou pela ocorrência de tentativa de homicídio privilegiado (sob domínio de violenta emoção) e a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, reconhecendo, ao mesmo tempo, “a existência de circunstância atenuante”¹⁶⁵ (a sentença não a especificou).

Em seguida à decisão do Conselho de Sentença, a Juíza Federal Substituta a presidir o feito, Dra. Paula Mantovani Avelino, considerou o réu “culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação”¹⁶⁶. Arremata sua fundamentação quanto à culpabilidade, ao asseverar:

Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a menciona-

¹⁵⁷ Pinheiro, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47816,1>>. Acesso em: 3 out. 2006.

¹⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

da culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determinem acentuação.¹⁶⁷

À vista disso, restou “condenado a cinco anos de reclusão em regime semi-aberto, com direito a apelar em liberdade”¹⁶⁸, esclarece a reportagem da *Revista Consultor Jurídico*, a qual esclarece: “Se transitar em julgado, a pena não será executada porque está prescrita. Para penas inferiores a oito anos, a prescrição ocorre em 12 anos”.¹⁶⁹

A sobredita causa simboliza um *case study* pertinente porque espelha a relevância de se conjugar, no caso concreto, o estudo da culpabilidade penal com o exame da *imprescindibilidade preventiva*. Em sintonia com o juízo de reprovação penal abraçado pela indigitada magistrada, notam-se condições bastantes para que o autor, na ocasião, se abstinhasse de se vingar do interlocutor com quem tivera acalorada discussão, embate já exaurido quando se materializou a tentativa de homicídio – avulta o caráter frívolo da alteração verbal e, sobretudo, a motivação fútil da tentativa de assassinato, de agressividade claramente injustificada e desproporcional. Por outro lado, discutíveis as necessidades preventivas da pena, decorridos mais de vinte e nove anos de espera, pelo réu, de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular, desde o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público. As finalidades preventivas da sanção penal, voltadas “a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do fato (*prevenção especial*)”¹⁷⁰, transcorridos quatro decênios, tendem a se mostrar demasiado esmaecidas, posto que a exorbitante demora do Poder Judiciário em submeter o caso à apreciação do Tribunal do Júri Popular possivelmente exerceu – caso o réu não tenha voltado a manifestar postura violenta, nem tenha fornecido endereço inexistente, com a intenção de se esquivar da persecução criminal ou, ao menos, procrastiná-la – nítido e eficaz mecanismo sancionatório, demonstração cabal à sociedade e ao réu dos efeitos daninhos, de longo prazo, a incidirem sobre o agente, ocasionados pela própria conduta criminosa de quatro decênios atrás, na medida em que as décadas mais expressivas da existência do réu (mormente de sua vida adulta) foram marcadas pela dor moral e pelo tormento psíquico perenes de se ver sob a constante ameaça de condenação penal, em função de ilícito praticado no começo da idade adulta – situação talvez tão ou mais dramática para sua família, em particular seus filhos e netos. Em outras palavras, é de se indagar se, *in casu*, a excessivamente desarrazoada morosidade da Justiça Criminal não acarretou, pela via oblíqua, punição estatal suficiente quer para tornar o agente exemplo dissuasório para si e para sua comunidade, quer para defen-

¹⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁰ Greco, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 32, out.-dez. 2000, p. 132.

der valores, interesses e bens fundamentais da sociedade, além de patentear a atuação dos órgãos de controle penal, ainda que sem a devida celeridade. *Caso na causa penal em exame não estivesse extinta a punibilidade pelo advento da prescrição*, questionar-se-ia, ainda, que função ressocializadora, reeducadora ou intimidatória o cárcere teria para um réu idoso, notadamente se atestada a ausência de personalidade delinqüente e de condenações penais antes e, principalmente, após a prática de tal injusto penal. Por derradeiro, perquire-se que sensação de apaziguamento social traria, na situação em comento, a aplicação de pena de prisão ao envelhecido réu – circunstância muito diferente seria se fosse *serial killer*, narcotraficante, integrante de esquadrão da morte, genocida ou contumaz autor de crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo ou a Administração Pública.

No litígio penal acima aludido, um réu idoso foi tardiamente julgado por crime doloso contra a vida praticado por ele no princípio da idade adulta. Entendemos que, nessa situação, afigura-se oportuno questionar se realmente subsiste a indispensabilidade preventiva da sanção penal, considerando os efeitos preventivos suscitados pela constante ameaça de ser apenado a que foi exposto o réu ao longo de quatro décadas à espera de julgamento pelo Tribunal do Júri Popular. No entanto, a idade avançada *per se* não tem o condão de afastar a necessidade preventiva da pena, em particular se a infração penal foi executada já na velhice. “A idade avançada, só por si”¹⁷¹ – frisou o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em sede do Acórdão de 22 de abril de 2004 (Relator, Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa) – “não pode servir de fundamento à atenuação especial da pena, na base da consideração de que as necessidades de prevenção geral se esbatem acentuadamente, por norma, com o avançar da idade”¹⁷², embora “as exigências de prevenção geral”¹⁷³ cedam “ante o avançar da idade”¹⁷⁴, do agente, “reduzindo o perigo que, para a ordem jurídica e para a estabilidade social, sempre representa a comissão de um crime”¹⁷⁵ – pontua a Suprema Corte lusitana, ao reproduzir a dicção do Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo nº 2152/03-5) –. Segundo o referido precedente invocado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “a idade avançada e um longo passado sem mácula criminal não são garantia suficiente de que um cidadão não possa perpetrar um acto”¹⁷⁶ dos mais desvaliosos e ético-juridicamente dos mais censuráveis”¹⁷⁷ (ho-

¹⁷¹ Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

¹⁷² *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁶ Manteve-se a redação original, em português europeu.

¹⁷⁷ Portugal. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Secção). Recurso Penal (Processo nº 04P224). Relator: Juiz Conselheiro Rodrigues da Costa. Lisboa, 22 de Abril de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 set. 2006.

micídio simples consumado, cuja prática se concretizou em idade provectora). Para o STJ, a longa idade do réu quando da realização do ilícito penal, combinada com a ausência de antecedentes criminais, não elimina a necessidade concreta da pena, porém acarreta “abaixamento sensível das exigências de prevenção geral”¹⁷⁸, de modo que se revela “exagerada e desproporcionada”¹⁷⁹, *in casu*, graduar-se a pena rente ao máximo legal, devendo aproximar-se, isto sim, do *quantum* mínimo “irrenunciável”¹⁸⁰ sob a ótica preventiva. Na circunstância em exame, o Tribunal Coletivo da Comarca de Baião condenara o réu a onze anos de prisão. O Supremo Tribunal de Justiça reduziu a sanção para nove anos de prisão. Sendo homicídio simples, art. 131^o¹⁸¹ do anterior Código Penal português, previa pena de prisão de oito a dezesseis anos.

Em síntese, a nosso pensar, 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 inexcédível* da culpabilidade e como mínimo o *estritamente essencial* ao resguardo de bens, valores 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 apenas se 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.

3. Dimensão da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Em sede do estudo acerca da necessidade concreta da pena, o critério da *proporcionalidade stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação concreta da pena trará ou não benefícios à sociedade superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal – máxime em caso de pena de prisão. Indaga-se, em outras palavras, se os plausíveis efeitos sociais benfazejos da aplicação concreta da pena sobrepujariam os possíveis efeitos

¹⁷⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁸⁰ Ibid., loc. cit.

¹⁸¹ Preservou-se o estilo de enumeração próprio da linguagem forense portuguesa.

deletérios à saúde física, psíquica e moral do apenado, a virem à tona ao longo do cumprimento da pena. No caso da pena privativa de liberdade, tem-se em conta os possíveis 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.

São compatíveis (a nosso sentir) com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, 2ª parte, da CF/88), a parcela das finalidades de cunho preventivo da pena (1) voltadas a retirar o delinqüente, por determinado intervalo de tempo, do convívio social e assim desencorajá-lo a delinquir (*prevenção especial negativa*)¹⁸², (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*)¹⁸³, (3) a convertê-lo em exemplo dissuasório para os que violam ou desejam violar a ordem penal (*prevenção geral negativa*)¹⁸⁴ e (4) a reforçar a confiança da opinião pública na eficácia do sistema penal e a defender os valores ético-sociais basilares¹⁸⁵, bem assim os direitos, bens e interesses fundamentais da sociedade democrática (*prevenção geral positiva*).

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 CF/88), a redução de 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[m] obter). Os bens em conflito devem ser sopesados.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷

¹⁸² Toron, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: RT, 1996, p. 119.

¹⁸³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, v. 1, p. 117.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 116, 121.

¹⁸⁶ Gomes, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: introdução*. 3. ed. São Paulo: RT/LFG, 2006, v. 1, p. 107.

¹⁸⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* nº 38131/RN (Processo nº 200401273352). 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.

Não se ignoram as preciosas lições de Jorge de Figueiredo Dias, agasalhadas pela jurisprudência portuguesa (consonante ressaltado ao cabo da seção anterior), ao encontro do magistério de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Oswaldo Henrique Duek Marques¹⁸⁸, 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.

Com efeito, a nosso parecer, na aplicação da sanção penal deve, em regra, predominar, no tocante aos fins da pena, a defesa, na proporção do essencial, 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 delinqüente¹⁸⁹. 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 humano¹⁹⁰. 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 encontram inseridos 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

¹⁸⁸ Para o magistério de Junqueira e Marques, apoiado no Direito Constitucional 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”, ao passo que a finalidade da pena de *prevenção* do crime, contida no mesmo dispositivo legal, se cinge à prevenção geral positiva (“reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição”) e à prevenção especial positiva (recordam os autores que, segundo preceitua o art. 1º, 2ª parte, da Lei nº 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). Cf. Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz; Marques, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

¹⁸⁹ O magistério de Jurandir Sebastião observa, com lucidez, que os instrumentos de prevenção à delinqüência de maior eficácia radicam fora da seara penal (aspecto ainda não considerado, de modo suficiente, pelos elaboradores do Direito Legislativo, formuladores de políticas públicas e formadores de opinião): “Ao lado do cumprimento da pena, ao Estado *social* cumpre manter e adotar *políticas* públicas de *prevenção* geral contra a criminalidade, como, por exemplo e dentre outras, através de assistência, de educação e de atividades para ocupação sã da *menor de idade*, para evitar que este fique ocioso e seja atraído para a senda do crime. No âmbito dessa *prevenção* geral também se encontra o dever de implementação de política pública de assistência ao ex-presidiário, para *evitar* o seu retorno à criminalidade.” (grifos do autor) Cf. Sebastião, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 20.

¹⁹⁰ Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz; Marques, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, out. 2006, p. 18.

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).¹⁹¹

Pertinentes as achegas de Marcos Francisco Pereira:

No atual sistema penitenciário, o Estado, ao executar a pena, só se faz presente para desempenhar uma função meramente simbólica, dando à sociedade a impressão de que, como parte de seu papel de controle social, puniu o infrator. Embora o encarceramento tranquilize boa parte da sociedade, aumentando seu sentimento de segurança e pacificando-a quanto ao seu senso de justiça, do ponto de vista do combate à criminalidade é totalmente ineficaz. O Estado faz que cumpre seu papel de garantidor da segurança pública e a sociedade finge estar mais segura. Nesse ambiente de *faz-de-conta* vão sendo aprimorados os mecanismos geradores de aumento da criminalidade e da prática de crimes cada vez mais violentos.¹⁹² (grifos do autor)

Acentua Roxin:

Não se pode castigar – por falta de *necessidade* – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delincente¹⁹³ garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponha de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de *idoneidade* – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.¹⁹⁴

Em que pese à lucidez e à propriedade do supracitado magistério do Mestre de Munique, sobremaneira pertinente ao exame da necessidade concreta da pena,

¹⁹¹ Gomes, Luiz Flávio. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2006.

¹⁹² Pereira, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, n° 11, nov. 2006, p. 189.

¹⁹³ Manteve-se a ortografia original, própria do português europeu, utilizada durante a tradução, oriunda da língua alemã, da obra acima transcrita.

¹⁹⁴ Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 57-58.

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 –”¹⁹⁵, alerta Ingo Wolfgang Sarlet, “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”¹⁹⁶. Pode ocorrer de a pena não possuir efeito educativo, sequer intimidativo, sobre o apenado, mas se revelar imprescindível a título de 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.

Considerações Finais

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

- 1.1 *Dimensão da adequação.* Cogita-se o ato estatal, em dada situação, apto ao alcance ou fomento de determinada finalidade legal de interesse público;
- 1.2 *Dimensão da necessidade.* Dentre os atos estatais adequados, escolhe-se o menos ofensivo aos bens, interesses e direitos sacrificados em certa circunstância;
- 1.3 *Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito.* Avalia-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.

2. 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

¹⁹⁵ 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, nº 47, mar.-abr. 2004, p. 122.

¹⁹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

efeitos positivos e negativos da imposição da pena (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

3. Em sede do estudo da necessidade concreta da pena, a dimensão da adequação expressa o juízo de reprovação penal na ótica da culpabilidade finalista, presente quando incide sobre autor de fato típico e antijurídico, em razão de essa pessoa (um imputável), por meio de conduta omissiva ou comissiva, ter optado 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-se 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.

4. 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 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 apenas se 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.

5. 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 maneira¹⁹⁷. 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.

¹⁹⁷ Sebastião, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, mai. 2005, p. 18.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ARRUDA, Elcio. O princípio da proporcionalidade no processo penal: punibilidade extinta com base em certidão de óbito falsa. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, n° 9, p. 125-128, nov. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 3. ed. São Paulo: 2003.
- *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n° 51, p. 207-235, nov.-dez. 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, v. 2.
- *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

- DICEY, Venn Albert. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: 1895. Disponível em: <http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm>. Acesso em: 24 set. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: EDUC/RT, 1976.
- DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 352, p. 151-165, out.-dez. 2000.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996.
- 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: RT/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: RT, 2001. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6)
- *Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal. Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, nº 107, p. 10-12, out. 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007, v. 2.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 32, p. 120-163, out.-dez. 2000.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Os fins da pena no código penal brasileiro. São Paulo, *Boletim IBCCRIM*, v. 14, nº 167, p. 18, out. 2006.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1.
- MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 49-58, ene.-abr. 1986.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *Inexigibilidade de conduta diversa: causa suprallegal excluyente de culpabilidade*. São Paulo: RT, 2001.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso? *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, nº 11, p. 189-202, nov. 2006.
- PIMENTAL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.
- PINHEIRO, Aline. Veredicto sem fim: marinheiro espera 30 anos para ir a Júri popular. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47816,1>>. Acesso em: 3 out. 2006.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1.
- PREECE, Warren E. (Ed.). *The New Encyclopaedia Britannica: Micropaedia*. Chicago: 15th ed., 1980, v. 3.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1989.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2001.
- ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 46, p. 46-72, jan.-fev. 2004.
- *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SÁ, Afrânio. *Princípio da legalidade no estado liberal e social*. 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977.

- SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 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, nº 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.
- SEBASTIÃO, Jurandir. Fundamentos gerais, regras e espécies de responsabilidade civil e criminal. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 8, nº 8, p. 11-40, mai. 2005.
- SILVA FRANCO, Alberto. Erro sobre a ilicitude do fato. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1. p. 345-354.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 2.
- TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. *Culpabilidade: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais*. Campinas: Minelli, 2002.
- 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: RT, 1996.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: SAFE, 1976.
- ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, nº 29, p. 167-191, jan.-mar. 2000.
- 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: RT, 2001.