

OS FINS DAS PENAS e a PRÁTICA JUDICIÁRIA – algumas questões¹

Pode dizer-se que a discussão em torno dos fins das penas nunca se esgota, é recorrente e há-de acompanhar sempre a reflexão a respeito da estrutura e da evolução do sistema jurídico-penal. No fundo, quase todas as opções que, no âmbito desse sistema, possam ser tomadas se relacionam, mais ou menos directamente, com essa questão. É uma questão filosófica e que atinge os princípios que fundamentam e alicerçam tal sistema. No entanto – costumava dizê-lo aos auditores de justiça quando era docente do C.E.J.,- é uma questão que «nos leva bastante alto, mas não até às nuvens». Não se trata de pura especulação abstracta sem reflexo na actividade quotidiana. Pelo contrário, o sentido de toda a actividade quotidiana, no âmbito judicial ou de execução de penas, tem de ser encontrado à luz dessa reflexão: porque é que deve ser punida determinada acção, qual a pena adequada a essa acção, qual a medida adequada dessa pena, qual a forma adequada de execução dessa pena. Nenhuma destas questões pode ser respondida abstraindo da questão fundamental dos fins das penas. A reflexão sobre essa questão é imprescindível para quem toma tal decisões e, naturalmente, há-de pensar sobre o sentido profundo (o *porquê?* e o *para quê?*) do que faz.

Começarei por analisar cada uma das principais teorias e respostas (ou dos principais grupos de teorias e respostas), indicando os pressupostos de que partem, as suas virtualidades e os seus limites. Não deixarei de avançar as minhas próprias posições pessoais a esse respeito. Estas não são, obviamente, o fruto de um trabalho de reflexão erudito, aprofundado e acabado, mas o fruto normal e espontâneo de quem vem lidando habitualmente com a prática judiciária e a formação de magistrados no âmbito da jurisdição penal. De qualquer modo, não deixarei de distinguir o que são essas minhas desprezíveis reflexões pessoais e aquilo que são as opções do ordenamento jurídico-penal vigente, assim como as orientações predominantemente acolhidas na doutrina mais autorizada e influente e na jurisprudência que por esta doutrina se guia.

Procurarei, a propósito das várias questões, analisar algumas das suas implicações práticas e tendências da prática judiciária numa perspectiva crítica. Será dessa forma que tentarei descer das “nuvens” para a “terra”, da reflexão teórica para o quotidiano de todos nós.

As teorias absolutas ou da retribuição

Justifica-se que inicie esta breve descrição panorâmica a respeito dos fins das penas com a análise das chamadas teorias *absolutas* ou da *retribuição*.

Falamos em teorias *absolutas* porque nestas a pena é concebida como uma exigência *absoluta*, metafísica e ética, de justiça, independentemente de considerações utilitaristas, da maior ou menor conveniência que tal pena possa acarretar na perspectiva do interesse social aferido num determinado contexto histórico concreto. Esta utilidade e conveniência serão sempre secundárias em relação à exigência pura de justiça. É célebre o exemplo dado por Kant, expoente desta teoria, ao aludir à comunidade de habitantes de uma ilha que, antes de se desintegrar como comunidade com a dispersão

¹ Texto que serviu de base à comunicação apresentada nas *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira no dia 1 de Julho de 2011

desses habitantes por outros locais (e sem que se verifique, por isso, alguma necessidade de protecção dos interesses futuros de coesão ou pacificação dessa sociedade), não pode deixar de punir quem seja responsável por crimes que no seu seio tenham sido cometidos. É assim porque, afirma Kant numa frase também célebre, «quando a justiça desaparece, a vida na terra deixa de ter valor». A pena é, pois, nesta visão, um *imperativo categórico*. Pune-se *porque* se tem de punir, como uma exigência ética natural de justiça, anterior a qualquer ordenamento jurídico positivo e a qualquer opção política concreta, e não *para* prosseguir algum interesse ou utilidade social.

Falamos em teorias da *retribuição* porque tal exigência de punição de acordo com a justiça se traduz na concepção da pena como *castigo*. Ao *mal* do crime responde-se com o *mal* da pena. A pena é uma forma de reparação do mal cometido, uma forma de “saldar a dívida” contraída com a prática do crime. Afirma o juiz francês Michel Anquetil: «O mecanismo da pena decorre do princípio da reacção: no domínio da natureza, tal como no domínio da cultura, todos os seres reagem uns aos outros, e cada ordem da realidade defende-se em particular contra toda a agressão, contra todo o acto que tende a destruí-la»².

Ao castigo que representa a pena, está associada a noção do valor moral da *expição*. A este respeito, é comum referir³ o exemplo retratado no protagonista do célebre romance de Dostoievsky *Crime e Castigo*, que reflecte a exigência, sentida pelo criminoso e provocada pelo remorso devido à prática do crime cometido, de expiação através do sofrimento e da pena.

Pressuposto antropológico desta teoria é a visão da pessoa humana como ser livre e, por isso, responsável. Reconhecer a dignidade da pessoa humana é, na conhecida visão kantiana, rejeitar a sua degradação a objecto, a meio ou instrumento. E o Estado estará a instrumentalizar a pessoa se utilizar a sua condenação para prosseguir um interesse da sociedade, para tal condenação servir de exemplo aos potenciais criminosos, intimidando-os. Só não se verificará essa instrumentalização, a degradação da pessoa de fim a meio, se a pena tiver uma base ética e não puramente utilitária, se corresponder à culpa concreta do agente, se esta culpa for pressuposto e medida dessa pena. Numa lógica utilitarista, poderia prescindir-se da culpa como pressuposto e como limite da pena se o interesse social assim o reclamasse. As necessidades de prevenção da criminalidade poderiam levar à punição de alguém que não fosse culpado, ou à punição para além da medida da pena, numa lógica puramente utilitarista, se tal fosse necessário para prevenir a prática de outros crimes pelo próprio agente (devido à sua perigosidade) ou por quaisquer potenciais criminosos (que deveriam ser intimidados através do exemplo que representa uma qualquer condenação). Numa lógica retributiva, que parte do princípio da culpa, tal não seria nunca possível.

Como veremos, ainda que a orientação hoje predominante no nosso e em vários ordenamentos jurídicos da nossa área cultural, seja no sentido da rejeição desta teoria, o princípio da culpa, que a ela está ligado, mantém-se como um dado adquirido do património jurídico-cultural. A culpa é pressuposto da pena e limite da medida da pena. Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (ver artigo 40º, nº 2, do Código Penal). O princípio da culpa é uma necessária decorrência do

² «Contribution d'une Recherche Morale à une Politique Pénale: Justice et Droit de Punir», in AAVV, *La Peine, Quel Avenir?*, Actes du Colloque du Centre Tomas More, Paris, 1983, pg. 138.

³ Assim, René Marle, *La Penitence et La Peine – Théologie, Droit Canonique, Droit Penal*, Paris, 1985, pgs. 96 e 97, Mario Cattaneo, *Pena, Diritto e Dignità Umana – Saggio sulla Filosofia del Diritto Penale*, Turim, 1990, pg. 65, e Ítalo Mancini, «La Questione Penale in Dostoievskij», in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LIX, 1982, pgs. 210 e segs.

princípio da dignidade da pessoa humana em que assente a República Portuguesa, como solenemente proclama o artigo 1º da Constituição.

A lógica retributiva poderá conduzir à lógica da *lei de talião* (“olho por olho, dente por dente”), com o barbarismo que lhe está associado e que a história do direito penal anterior ao iluminismo ilustra⁴. Se o mal da pena responde ao mal do crime, a gravidade da pena deverá ser equivalente à gravidade do crime. De acordo com esta lógica, pode advogar-se a pena de morte, como fazia Kant em relação ao homicídio. O que será, então, que distingue a *justiça* da *vingança*?

Contra esta crítica, afirmam os partidários do retribucionismo que a gravidade da pena há-de ser, na lógica retributiva, *proporcional* à gravidade do crime, não necessariamente *igual* ou *equivalente* a essa gravidade. E que a pena é, como o crime, um *mal* em sentido fáctico, mas não é, ao contrário do crime, um *mal* em sentido ético. Afirma, a este respeito, Giuseppe Bettiol, que «o direito penal começa precisamente lá onde acaba a vingança. Não deve identificar-se a ideia de *vingança* com a ideia de *reacção*. A pena retributiva é a expressão de uma justiça que se liga à ideia de proporção e equilíbrio entre dois termos, momento racional que contrasta com qualquer movimento passional, o qual tende à exclusividade, de que decorre sempre a vingança (...). Importa distinguir entre o “mal” em sentido *naturalístico*, como sinónimo ou equivalente de sofrimento físico ou psíquico, e o mal de natureza *moral*, ou seja, algo de intrinsecamente mau enquanto antitético em relação à natureza racional do homem (...). A pena retributiva é uma noção cujo conteúdo não pode esgotar-se no mundo naturalístico, devendo antes elevar-se ao mundo dos valores (...), ao das supremas “exigências” fora das quais a vida se transforma num puro processo biológico»⁵.

Numa primeira aproximação, podemos notar como a teoria retributiva encontra eco em reacções espontâneas de pessoas comuns diante da prática de crimes, motivadas pelo anseio de que «se faça justiça» e de que quem pratica crimes «preste contas», «receba o que merece» e «pague pelo que fez». Porém, aquilo que pode parecer um compreensível anseio de justiça também frequentemente degenera na lógica da *lei de talião* (“olho por olho, dente por dente”), quando se pretende fazer equivaler o mal associado à pena ao mal associado ao crime, com a justificação da pena de morte, ou da severidade das penas à *outrance*.

Como já acima afirmei, a tendência que prevalece hoje na doutrina penalista, entre nós e na generalidade dos países da nossa área jurídico-cultural, aponta no sentido da rejeição da teoria da retribuição. Para Jorge de Figueiredo Dias, esta teoria deve ser «recusada *in limine*»⁶. Em sentido idêntico, pronuncia-se, também, Anabela Miranda Rodrigues⁷. São estes autores que, indiscutivelmente, mais têm influenciado neste aspecto a nossa jurisprudência, como veremos adiante.

Mas importa também considerar vozes discrepantes que também se têm feito ouvir, e até recentemente. No sentido da aceitação da teoria da retribuição podem ver-

⁴ A ponto de fazer afirmar a Giorgio del Vecchio, numa frase que se tornou célebre, que «a história das penas não é menos desonrosa do que a história dos crimes».

⁵ «Punti Fermi in Tema di Pena Retributiva», in *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Pádua, 1980, tomo II, pgs. 939 e 942.

⁶ Ver *Temas Básicos de Doutrina Penal*, Coimbra, 2001, pgs. 67 e segs., e *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, pgs. 72 e 73.

⁷ Ver *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, 1993, pgs. 152 e segs., «Sistema Punitivo Português – Principais Alterações no Código Penal Revisto», in *Sub Iudice*, vol. 11, Janeiro – Junho 1996, pgs. 27 e segs., e «O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº 2, pgs. 147 e segs.

se, na doutrina portuguesa recente, José de Sousa e Brito⁸, José de Faria e Costa⁹ e A. Lourenço Martins¹⁰.

Sobre as consequências práticas destas opções, não deixarei de debruçar-me adiante (mantenho a minha promessa de “descer á terra”).

Três ordens de argumentos têm servido para a rejeição desta teoria. Por um lado, alega-se que o princípio do livre-arbítrio, pressuposto básico de que ela parte, não pode ser objecto de demonstração científica. Por outro lado, afirma-se que a realização de uma “justiça divina”, ou de um “ideal metafísico de justiça” não é compatível com um Estado laico, democrático e pluralista. Por último, diz-se que não é racionalmente compreensível que se possa eliminar um mal (o que resulta da prática de um crime) acrescentando-lhe um mal equivalente, ou, pelo menos, um outro mal (como é, sempre, a pena).

A respeito destas críticas e argumentos, tenho a dizer o seguinte.

Releva de uma concepção estreitamente positivista a rejeição de quaisquer dados ou princípios apenas porque estes não podem ser demonstrados cientificamente. Essa rejeição levar-nos-ia muito longe e haveria de conduzir a resultados desastrosos. Também se poderia dizer que não têm demonstração científica princípios que alicerçam um Estado de Direito democrático, como o da dignidade da pessoa humana, na base de todos os direitos fundamentais¹¹. Para além da evidência científica, há a evidência filosófica. Para lá dos dados externamente observáveis, há os dados da consciência, e é no plano dos dados da consciência (são estes que me revelam que estou a escrever este texto quando, apesar de muitos condicionalismos, poderia não o estar, porque sou livre) que se situa a evidência do livre arbítrio^{12 13}.

⁸ Ver «Medida da Pena no Novo Código Penal», in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ap Professor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pgs. 555 e segs, e «Os Fins das Penas no Código Penal», in *Problemas Fundamentais do Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, pgs. 157 e segs..

⁹ Ver *Linhas de Direito Penal e Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, 2005, pgs. 69 e segs. e 205 e segs.

¹⁰ Ver *Medida da Pena – Finalidades- Escolha – Abordagem Crítica de Doutrina e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2011.

¹¹ Afirma Maurice Cusson, (in *Porquoi Punir?*, Paris, 1987, pg. 115) a propósito da relação entre os fundamentos de um regime democrático protector das liberdades e o livre-arbítrio:

«...não se pode valorizar a liberdade se se nega o livre-arbítrio. Que sentido poderiam ter as liberdades individuais se os seres humanos fossem marionetas incapazes de auto-determinação?

Por outro lado, as leis que visam assegurar a liberdade seriam inoperantes se as pessoas não tivessem discernimento ou vontade. Estas não poderiam captar o sentido dessas leis e conformar-se a elas. Por outras palavras, as leis que protegem a liberdade não teriam efeito se os seres humanos fossem incapazes de compreender uma mensagem como a que lhes diz: Respeitai as liberdades dos outros.»

Nesta linha, afirma também José de Sousa Brito (in «Os Fins das Penas...», *loc. cit.*): «Só que a liberdade humana é um pressuposto sem o qual não é possível falar não só de culpa mas desde logo de norma e mais geralmente entender actos linguísticos dirigidos ao comportamento de outrem: não só normas, com o pedidos e conselhos, que todos pressupõem a possibilidade de agir diversamente».

¹² Sem entrar na análise desta complexa questão, não quero, porém, deixar de reproduzir o que afirma Ana Paiva (in «António Damásio e a “Nova Sociologia”», *Brotéria*, vol. 164, 2, Fevereiro de 2007, pg. 138), a respeito do livre arbítrio e dos dados científicos decorrentes dos trabalhos de António Damásio e expostos no seu livro *Ao Encontro de Espinosa – As Emoções Sociais e a Neurologia do Sentir* (Lisboa, 2003):

«Parece lícito concluir que o livre arbítrio é praticamente o único determinismo biológico do ser humano. A sua existência é a garantia de que o Homem não está deterministicamente preso a qualquer acção homeostática particular, mas, ao contrário, que pode e deve escolher entre um leque possível de opções de acção.»

É o que também salienta A. Lourenço Martins (*op. cit.*, pgs. 91 e 92, notas 87 e 88, e 121 a 127)

¹³ Numa perspectiva da filosofia da ciência, é de assinalar a tese indeterminista de Karl Popper, que salienta o absurdo da crença na previsibilidade de algo como uma sinfonia de Mozart (ver Karl Popper e

Mas, como também já disse, os críticos do retribucionismo não levam, normalmente, tal crítica às últimas consequências e, concretamente, neste aspecto, não chegam a pôr em causa o pressuposto do livre arbítrio e o princípio da culpa, que dele é corolário¹⁴.

Não me parece que os princípios de um Estado laico, democrático e pluralista sejam incompatíveis com a fundamentação metafísica e absoluta (já seriam incompatíveis com uma fundamentação puramente teológica, mas esta não se confunde com a fundamentação metafísica e absoluta) do direito de punir. A laicidade e a democracia não implicam o relativismo axiológico, mas assentam em princípios absolutos, como o da dignidade da pessoa humana, que não resultam de uma opção contingente ou arbitrária do Estado (é essa como poderia ser outra), mas têm uma validade anterior ao próprio Estado e vinculam o próprio Estado¹⁵. As conveniências sociais, ou mesmo o facto de os valores acolhidos pelo sistema penal beneficiarem da adesão maioritária numa determinada sociedade, não são fundamento ético suficiente para que daí possa derivar uma restrição tão acentuada dos direitos individuais como é a sanção penal. Esse fundamento há-de encontrar-se para além das opções políticas ou do direito positivo, não na teologia (a secularização do direito penal é um dado adquirido), mas no direito natural (a secularização do direito penal não implica o positivismo, a fundamentação metafísica não é irracional). Afirma, a este respeito, Giuseppe Bettiol: «o crime não é um simples desvio de uma regra de comportamento social», mas supõe a «distinção fundamental de natureza ontológica entre o bem e o mal», é «uma escolha consciente e voluntária do mal»¹⁶. E Maurice Cusson: «O furto não é injusto por ser proibido, é proibido por ser universalmente considerado como acto injusto»¹⁷.

Atribuir à punição um suporte metafísico traduz-se num baluarte que protege o princípio da culpa (princípio que não é, pois, contingente) e impede que alguma vez se caia na tentação de prescindir donexo entre culpa e punição, e de proporção entre culpa e medida da pena, em nome de exigências de prevenção geral e especial¹⁸.

E não me parece que tal seja incompatível com dois princípios hoje também adquiridos nos Estados laicos, democráticos e pluralistas: a distinção entre o direito e a moral (porque esta não se confunde com a neutralidade axiológica do direito) e o da subsidiariedade do direito penal ou da intervenção mínima do direito penal (porque o direito penal não tem de intervir sempre que uma conduta é eticamente censurável, mas, para intervir, deve estar eticamente legitimado para tal)¹⁹.

A associação entre a teoria da retribuição e a *lei de talião* (“olho por olho, dente por dente”) e a ideia de que a resposta a um mal com outro mal não tem base racional já serão, em minha opinião, mais difíceis de afastar. É certo que, como já atrás se referiu, a

Konrad Lorenz, *O Futuro Está Aberto*, trad. portuguesa, Lisboa, 1990, e Karl Popper, *Em Busca de Um Mundo Melhor*, trad. portuguesa, Lisboa, 1992, pgs. 209-219)

¹⁴ Assim, claramente, os dois autores portugueses (Jorge de Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues) acima citados.

¹⁵ Afirma, a este respeito, João Paulo II na encíclica *Centesimus Annus* (edição portuguesa, C.E.P.- Rei dois Livros, Lisboa, 1991, pgs. 100 e 101):

«Se não existe nenhuma verdade última que guie e oriente a acção política, então as ideias e as convicções podem ser facilmente instrumentalizadas para fins de poder. Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo dissimulado, como a história demonstra.»

¹⁶ «La Concezione della Pena in Aldo Moro», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pgs. 1263 e segs.

¹⁷ *Op. Cit.*, pg. 9.

¹⁸ É contra essa “deriva” que se insurge Andrew von Hirsh e a teoria do “justo merecimento”, a que aludirei de seguida.

¹⁹ Numa linha de conciliação entre o retribucionismo e estes princípios, pode ver-se José de Faria Costa, *op. cit.*

pena representa um mal em sentido fáctico, não em sentido ético, e que entre a gravidade da pena e a gravidade do crime deve verificar-se uma relação de proporcionalidade, não uma relação de equivalência. Também é certo que a pena tem uma dimensão aflitiva incontornável: se não provocasse sofrimento (fosse qual fosse a sua finalidade), não seria uma pena, seria um prémio ou uma medida assistencial. Mas é difícil encontrar numa pena paradigmática como a de prisão uma dimensão social positiva que contrarie a imagem da resposta a um mal com outro mal. Embora reconheça que a retribuição parece corresponder a uma exigência co-natural dos seres humanos, Mário Cattaneo considera «difícilmente superável a ideia de que na sua base esteja a ideia de vingança»^{20 21}.

Para superar esta suspeita, ou a lógica da resposta a um mal com outro mal, haverá, então, que – em meu entender – conceber e aplicar penas com uma dimensão social positiva marcante, como sucede, de forma paradigmática, com a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade. Nesta, será nítido que ao mal do crime se responde com um bem, com uma actividade socialmente meritória²². Ma a dimensão retributiva não está ausente dessas penas. A prestação de trabalho a favor da comunidade não deixa de ter um alcance sancionatório efectivo (não se confunde com uma medida educativa ou de apoio social).

Também não me parece incompatível associar o alcance retributivo da pena ao alcance ressocializador desta. A pena deve favorecer a reinserção social do agente do crime e deverá ser concebida como apelo e convite à “reconciliação” entre esse agente e a comunidade ofendida com a prática do crime. O primeiro passo para essa “reconciliação” é a aceitação, pelo agente, da necessidade de “saldar” a “dívida” que contraiu com a prática do crime. Quando há arrependimento sincero, essa aceitação, ou até essa exigência, é espontânea e natural^{23 24}.

Mas a pena encarada como apelo e convite à ressocialização, ou à “reconciliação” entre o agente do crime e a comunidade não pode ser vista como um mal que responde a outro mal.

²⁰ *Op. cit.*, pg. 131.

²¹ Para Maurice Causson (*op. cit.*, pgs. 40, 41, 60 e 177), entre pena e *vendetta* não há uma oposição radical, antes uma equivalência funcional, e a justiça penal não é a antítese da vingança, antes a sua “domesticação”. A história e a antropologia demonstram como ambas se substituem mutuamente. A abstenção da justiça penal conduz espontaneamente ao renascer da vingança.

Parece-me que o progresso civilizacional que representa a justiça penal impõe uma muito mais clara superação do espírito vindicativo, como procuro demonstrar ao longo deste trabalho.

²² É este princípio de que ao mal do crime se deve responder com o bem que, para Giorgio del Vecchio, deveria servir de base ao direito penal. À *malum actionis* deveria uma *bonum actionis*, uma actividade e sentido contrário do autor do crime, que anula ou reduza os seus efeitos na medida do possível. A pena de prisão impediria, na prática, o ressarcimento do dano provocado á vítima e à sociedade («Justiça Divina e Justiça Humana», in *Direito e Paz – Ensaios*, trad. port., Braga, 1968, pgs. 40 e segs.)

²³ Afirma o juiz francês Michel Anquestil (*op. cit.*, pg. 135):

«Quando a culpa é reconhecida, raramente o princípio da pena é contestado. São as condições do julgamento, e depois de execução da pena, que suscitam um formidável sentimento de revolta e matam à nascença a possibilidade de reconciliação.»

²⁴ Também poderá ser oportuno evocar as palavras de João Paulo II na mensagem para o Dia Mundial da Paz de 1 de Janeiro de 2002 (*Mensagens para a Paz*, Comissão Nacional Justiça e Paz – Principia, Cascais, pg. 300), a propósito da relação entre justiça e perdão (sendo este último um ideal que se pode aproximar do ideal de “reconciliação” entre o agente do crime e a comunidade):

«O perdão não se opõe de modo algum à justiça, porque não consiste em diferir as legítimas exigências de reparação da ordem violada, mas visa sobretudo aquela plenitude de justiça que gera a tranquilidade da ordem, a qual é bem mais do que uma frágil e provisória cessação de hostilidades, porque consiste na cura em profundidade das feridas que sangram nos corações. Para tal, justiça e perdão são essenciais.»

Procurando conciliar a natureza repressiva da pena, e a sua justiça, com a reintegração social do agente do crime, afirma Cavaleiro de Ferreira:

«É assim, a pena não constitui intrinsecamente um mal. Enquanto restringe a esfera jurídica dos condenados, é castigo e como tal deve ser sentida. O castigo, porém, na sua essência, está na reprovação do crime pela condenação.

A pena, na sua aplicação e execução, deve ao invés apontar para a redenção da culpa (repressão), através da readaptação social. A pena não será, portanto, um mal ou sofrimento equivalente ao mal cometido ou sofrimento causado; mas o meio adequado a suscitar a restituição à sociedade pelo delinquente do bem equivalente ao mal cometido, presuntivamente correspondente à extinção da culpa, a qual reage à pena»²⁵.

Também neste aspecto, uma pena como a de prestação de trabalho a favor da comunidade pode ser paradigmática e exemplar: porque, sem deixar de ter um alcance retributivo, é reveladora de um esforço (recíproco) de aproximação e “reconciliação” entre o agente do crime e a comunidade.

Mas estamos a entrar, por esta via, no âmbito de outra das finalidades da pena, a prevenção especial positiva, que adiante analisarei. Já nos situamos fora do âmbito da teoria da retribuição na sua pureza. Ma também verificamos, desde já, como é possível conciliar, ou combinar, contributos de várias das teorias sobre os fins das penas.

As teorias relativas

Para as teorias relativas, a legitimidade da pena depende da sua necessidade e eficácia para evitar a prática de crimes. A pena não se justifica por si mesma («porque tem de ser», porque é um puro imperativo de justiça), mas tem uma finalidade relativa e circunstancial, uma utilidade. E essa utilidade traduz-se na circunstância de funcionar como obstáculo à prática de novos crimes. Não se trata de realizar a justiça, mas de proteger a sociedade. Não se castiga *porque* o agente praticou um mal, um crime, mas *para que* ele próprio, ou outros, não pratiquem crimes no futuro. Se se pretende evitar que seja o próprio agente a praticar novos crimes no futuro, estamos no domínio da prevenção especial, que adiante analisarei. Se se pretende evitar que sejam os agentes sociais em geral a praticar novos crimes no futuro, estamos no domínio da prevenção geral, que será agora analisada na sua vertente de prevenção geral negativa ou de intimidação.

A teoria da prevenção geral negativa ou intimidação

Para a teoria da prevenção geral negativa ou intimidação, a pena funciona como exemplo que pretende dissuadir (intimidando) os potenciais criminosos.

Tal como as doutrinas retributivas assentam em pressupostos antropológicos (a concepção da pessoa humana como agente livre, responsável, eticamente motivado e fim em si mesmo, como vimos), também a doutrina da prevenção geral negativa ou intimidação assenta numa concepção do Homem: o ser humano é motivado pelo prazer que possa retirar de determinada acção e contra-motivado pelo “desprazer” (ou sofrimento) que a essa acção possa estar associado. Antes de decidir pela prática de determinada acção, ponderará, pois, como dois pratos de uma balança, as vantagens e desvantagens (o prazer ou o “desprazer”) que dela possam derivar.

²⁵ *Direito Penal Português*, II, Lisboa, 1982, pgs. 309 e 310.

A oportunidade de aplicação de cada uma das penas e a medida destas não-de, pois, ser vistas à luz da sua capacidade de dissuadir o potencial criminoso, que pondera as vantagens e inconvenientes decorrentes da sua acção.

Também encontramos facilmente reflexos, mais ou menos conscientes, desta teoria em reacções espontâneas do cidadão comum diante da prática de crimes e da aplicação de penas. Sempre que – como é frequente – se proclama a necessidade de aplicação de penas severas para dissuadir da prática futuras de crimes por parte de potenciais criminosos, ou se advogam alterações legislativas nesse sentido para combater a criminalidade, é a ideia de intimidação como finalidade da pena que subjaz a tais posições.

Numa apreciação crítica desta teoria, impõe-se começar por reconhecer que tem algum fundamento e que a visão algo pessimista da natureza humana que lhe subjaz (claramente redutora, como veremos – é certo) não deixa de ser dotada de algum realismo. Assim, se pensarmos, por exemplo, no aumento generalizado da criminalidade que se verifica em momentos de crise da autoridade do Estado (de revolução ou de guerra civil, por exemplo²⁶). Também não podemos ignorar como é, tão só, o medo das sanções (não certamente um súbito acesso de consciência cívica) que leva muitos automobilistas a reduzir a velocidade quando, alertados por “solidários” sinais de luzes, avistam agentes policiais em missão de fiscalização, para voltarem a acelerar logo que tais agentes deixam de os avistar²⁷...

Mas, de qualquer modo, são várias e relevantes as críticas que podem ser endereçadas a esta teoria.

De um ponto de vista pragmático e de eficácia, contrariando a ideia de que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor, severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não se guiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas (até as desconhecem, na maior parte dos casos), mas, antes, pela maior, ou menor, probabilidade de os seus actos virem a ser efectivamente detectados e perseguidos criminalmente. É intuitivo que o factor que pode demover, nesta perspectiva, um potencial homicida, não será tanto a probabilidade de a sua condenação ser de oito ou dezasseis anos (porventura, qualquer delas poderia demovê-lo, ou não) mas de ser, ou não, efectivamente condenado. Nesta perspectiva, o maior ou menor incremento da criminalidade não dependerá, tanto, da severidade das penas, como, sobretudo, dos mecanismos fiscalizadores que reforçam a probabilidade de efectiva aplicação da pena.

Também é errado pensar que à decisão de prática do crime está sempre subjacente uma ponderação racional. Muitas vezes, trata-se de uma decisão fruto de um impulso momentâneo, alheio a qualquer ponderação racional de vantagens e inconvenientes futuros. E isso sucede, frequentemente, em crimes graves, como o de homicídio.

Para não falar nos casos de terroristas dispostos a tudo perder (até a própria vida) em nome da causa que os move. Não será certamente o medo da pena (por mais severa que seja) a demovê-los...

Por outro lado, mesmo sem discutirmos, ainda, os redutores pressupostos antropológicos de que parte esta teoria, sem nos afastarmos, ainda, de uma perspectiva pragmática, impõe-se reconhecer que não será nunca viável um qualquer sistema jurídico alicerçado, fundamentalmente, na intimidação. Para isso, seria necessário ter

²⁶ Vejam-se as pilhagens ocorridas no Iraque imediatamente após o derrube do regime de Saddam Hussein.

²⁷ É por isso que, no Japão, se colocam, ao longo de estradas, manequins que simulam a presença desses agentes...

um agente policial sempre ao lado de cada cidadão (também outro agente policial ao lado desse agente policial para «guardar o guardião», e assim sucessivamente). A generalidade dos cidadãos respeita as leis, não por medo das sanções a que possa vir a estar sujeita, mas por razões éticas e educacionais. E tem de ser assim, independentemente de quaisquer pressupostos filosóficos, por razões de “sobrevivência” do sistema. Talvez o exemplo que evoquei anteriormente (relativo ao controlo dos limites de velocidade na estrada) pareça contrariar esta ideia. No entanto, a “ressonância ética” é muito mais marcante no domínio penal, onde situamos esta nossa reflexão sobre os fins das penas (em crimes contra bens jurídicos como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a propriedade, etc., onde mais claramente se pode dizer que a generalidade das pessoas se abstém da sua prática por razões éticas e não pelo medo das sanções), do que no domínio das infracções contra-ordenacionais (como são a generalidade das infracções rodoviárias), a que não são aplicáveis penas, mas outro tipo de sanções. Afirma-se geralmente que reside aí, na presença ou ausência dessa “ressonância ética”, ou no grau dessa “ressonância”, a distinção entre crimes e contra-ordenações. Mas, mesmo no domínio das infracções contra-ordenacionais, deve dizer-se que é na modificação das mentalidades e hábitos cívicos que deve apostar-se para diminuir a frequência dessas infracções, mais do que na severidade das sanções ou na intensidade da fiscalização policial (precisamente porque não pode estar um agente em cada curva de uma qualquer estrada).

Entrando já na análise dos pressupostos filosóficos desta teoria, dir-se-à que atribuir à pena uma função utilitária e intimidatória que é independente de considerações éticas e de justiça, se levado às últimas consequências (as quais são decorrência directa dos pressupostos de que se parte), põe em causa a dignidade da pessoa humana em que assenta o Estado de Direito. Já atrás evocámos a objecção kantiana à instrumentalização da pessoa em função de interesses sociais de combate à criminalidade. Numa perspectiva puramente utilitária, a intimidação até poderia fazer-se à custa da condenação de inocentes (a experiência dos totalitarismos do século XX demonstra-o²⁸), ou poderia justificar a aplicação de penas para “servir de exemplo”, numa medida desproporcional em relação à culpa do agente em concreto. Fala-se, a este propósito, em *terrorismo penal* (que pode traduzir-se em *terrorismo legislativo* quando, para tal, se privilegia a função legislativa, ou em *terrorismo judiciário*, quando, para tal, se privilegia a função judicial). Não deixa de ser significativo que a reacção a esta teoria se tenha evidenciado de modo particular na doutrina e jurisprudência alemãs no período imediatamente posterior à II Guerra Mundial e à queda do regime nacional-socialista.

Nos Estados Unidos, diante do pretense insucesso dos programas de ressocialização, tem-se acentuado a severidade das penas em nome de exigências utilitaristas de prevenção geral, em termos que poderão ser considerados desproporcionais (a população prisional foi multiplicada por cinco nos últimos trinta anos). Contra esta tendência, em nome do primado de critérios éticos de justiça, que impõem a proporcionalidade objectiva entre a pena e a gravidade do crime, sobre critérios utilitaristas, reage Andrew von Hirsh²⁹, expoente da doutrina do “justo merecimento”. Tal proposta seria mais justa e igualitária e conduziria a penas menos severas, desde logo porque qualquer pretensão de redução da criminalidade não caberia no âmbito das funções da pena, mas de medidas políticas situadas noutros âmbitos.

O Direito não pode afirmar-se fundamentalmente através da intimidação e da superioridade própria do monopólio estadual do uso da força. A afirmação, a força e a

²⁸ Veja-se, a este respeito, por exemplo, Hannah Arendt, *O Sistema Totalitário*, trad. portuguesa, Lisboa, pgs. 571 e segs.)

²⁹ Ver *Censurar y Castigar*, tradução castelhana, Valladolid, 1998.

superioridade do Direito não-de assentar na ética e na justiça. Por isso, nunca os seus instrumentos poderão contrariar, por razões pragmáticas e utilitárias (como se os “fins” justificassem os “meios”), as bases éticas do sistema, sob pena de este se desmoronar a partir da erosão dos seus próprios alicerces. Tal não ocorrerá, porventura, de imediato, mas certamente ocorrerá numa perspectiva de, mais ou menos, longo prazo. Este é um princípio que importa não esquecer hoje, quando, em nome da luta contra o “inimigo” (que poderá ser o terrorismo internacional) se sugere o sacrifício de princípios adquiridos (autênticas conquistas civilizacionais) de direito processual penal que decorrem do primado da dignidade da pessoa humana (a começar pela proibição da tortura, por exemplo). Quando se fazem estas cedências, é a autoridade e a superioridade ética do Direito que é posta em causa, são o Estado e o Direito que começam a descer ao nível do “inimigo”, começam a deixar de se distinguir desse “inimigo” no plano ético e começam (para além de qualquer eficácia imediata) a dar-se por vencidos³⁰.

A teoria da prevenção geral positiva ou da integração

Como vimos, a função da pena enquanto instrumento de prevenção geral negativa tem como destinatários os potenciais criminosos. Ora, estes são sempre (como também vimos) uma minoria. A generalidade dos cidadãos adere espontaneamente à pauta de valores tutelada pelo direito penal. É a estes cidadãos, que confiam na validade da ordem jurídica, que se dirige a função da pena como instrumento de prevenção geral positiva. Essa função traduzir-se-á, assim, no reforço dessa confiança, no reforço da consciência comunitária quanto à validade da ordem jurídica. Diante da violação da ordem jurídica, a consciência jurídica comunitária poderá ficar abalada e, se o sistema jurídico-penal não reagir, fechar os olhos a tal violação, tal confiança será posta em causa. A pena serve, pois, de interpelação social que chama a atenção (como sinal dirigido a todos) para a relevância do bem jurídico atingido pela prática do crime (a vida, a integridade física, a liberdade, o património, a autoridade pública, etc.). Sem essa reacção, e sem essa interpelação, poderiam surgir na consciência jurídica comunitária dúvidas quanto a essa relevância. A pena exerce, pois, uma função pedagógica, dirigida à interiorização dos bens jurídico-penais pela consciência jurídica comunitária e, por isso, de integração e de tutela desses bens. Como instrumento de reforço da confiança da consciência comunitária na validade da ordem jurídica, consciência que havia sido abalada pela prática do crime, a pena exerce, também, uma função de pacificação social.

A reacção que a consciência comunitária espera do sistema jurídico-penal diante da prática do crime traduz-se na aplicação de uma pena justa e adequada à culpa, pois é

³⁰ Há outros domínios onde se jogam conflitos entre exigências pragmáticas de combate à criminalidade e considerações de justiça. Penso, por exemplo, no tratamento dos chamados “arrepentidos”, agentes da prática de crimes que, pelo facto de colaborarem com a justiça, beneficiam de um tratamento penal mais benévolo, ou podem ser, mesmo, isentos de pena (ver o artigo 299º, nº 4, do Código Penal). É indubitável a utilidade prática deste procedimento (que permitiu, em Itália, por exemplo, dismantelar organizações criminosas como a Máfia). Mas não será justo que quem, às vezes durante largos anos, participou na actividade criminosa e dela beneficiou, às vezes tanto ou mais do que outros agentes condenados, veja “apagado” todo esse seu passado por ter colaborado com a justiça e por razões pragmáticas de combate à criminalidade. É certo que também será justo compensar os graves riscos que para o “arrepentido” decorrem do facto de colaborar com a justiça, como será justo considerar o próprio arrependimento (quando é autêntico e não fruto de um juízo de conveniência, como muitas vezes sucede). E também pode optar-se por soluções de conciliação entre as exigências pragmáticas e as considerações de justiça em jogo, afastando a pura e simples isenção de pena. Mas este “entorse” ético, esta cedência às razões pragmáticas com sacrifício de princípios de justiça e igualdade, não deixa de afectar a credibilidade e autoridade do próprio sistema.

esta pena que vai de encontro ao sentimento jurídico colectivo e é esta pena que corresponde, em coerência, à referida função pedagógica. Deste modo, a esta teoria não poderá ser dirigida a crítica dirigida à teoria da prevenção geral negativa ou da intimidação, segundo a qual esta permitiria a instrumentalização da pessoa em nome de interesses sociais e punir segundo critérios utilitários sacrificando considerações de justiça e de adequação à culpa concreta do agente³¹.

Esta teoria encontra significativo eco na doutrina portuguesa contemporânea³².

Há quem veja nesta doutrina uma versão disfarçada da doutrina retributiva e a critique por isso. É certo que a reacção que satisfaz a consciência jurídica comunitária, que impede o “abalo” dessa consciência e que reforça a confiança dessa consciência na validade da ordem jurídica é, inegavelmente, uma reacção de tipo retributivo (embora também haja situações em que tal função pedagógica se cumpre com reacções apenas simbólicas). Quem adira às doutrinas retributivas, ou não as rejeite liminarmente, encontrará neste facto um significativo apoio em favor das suas posições.

No entanto, há que assinalar duas importantes diferenças entre a doutrina retributiva e a doutrina da prevenção geral positiva.

Uma primeira é a de que a doutrina da prevenção geral positiva se situa claramente, ao contrário da doutrina da retribuição, no âmbito das teorias relativas, e não das teorias absolutas. As exigências de reforço da consciência comunitária na validade da ordem jurídica são situadas no tempo e no espaço, variarão de acordo com os diferentes contextos sociais, culturais e históricos. Serão maiores ou menores de acordo com esse contexto. A frequência de crimes de tráfico de estupefacientes, incêndio ou abuso sexual de crianças, por exemplo, numa determinada sociedade e num determinado momento, e o despertar da opinião pública para a particular gravidade das consequências desses crimes, tornarão mais fortes as exigências da prevenção geral positiva. As exigências de punição de acordo com a justiça são, nesta perspectiva, relativizadas e despidas de qualquer conotação metafísica.

Por outro lado, que a pena deva ser adequada à culpa não significa que a culpa seja (como é na perspectiva retribucionista) *fundamento* da pena, mas, antes, que a culpa é *pressuposto* e *limite* da pena. A culpa é condição necessária da aplicação da pena, mas não sua condição suficiente. Fala-se, assim, em princípio unilateral da culpa, por contraposição ao princípio bilateral da culpa. Há situações em que a comunidade tolera um certo grau de renúncia à pena que seria adequada à culpa do agente, porque a consciência jurídica colectiva não se sente, com isso, abalada (dada a pequena gravidade do crime, ou porque essa consciência é sensível à necessidade de evitar os efeitos nocivos e dessocializadores da pena de prisão). E é assim porque a pena só poderá justificar-se por necessidades de prevenção, não por uma exigência absoluta de adequação à culpa do agente (uma vez que não é esta o fundamento da pena).

Reflectem estes princípios alguns aspectos do regime jurídico-penal vigente entre nós. A pena de prisão, que poderia ser adequada e proporcional à culpa do agente (atendendo à gravidade do crime), observados determinados requisitos e dentro de determinados limites, será substituída por multa se a execução da pena de prisão não for exigida pela necessidade de evitar a prática de futuros crimes (artigo 44º, nº 1, do Código Penal), ou por prestação de trabalho a favor da comunidade, se desta forma se realizarem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigo 58º, nº 1, do Código Penal), sendo estas finalidades encaradas na perspectiva preventiva indicada. A

³¹ Ver, neste sentido, Figueiredo Dias, *Temas Básicos...*, *cit.*, pgs. 77 e 78.

³² Ver as obras de Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues acima citadas e também Américo Taipa de Carvalho, «Prevenção, Culpa e Pena – Uma Concepção Preventivo – Ética do Direito Penal», in *Liber Discipulorum Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pgs. 317 a 329..

pena de prisão, que também poderia ser adequada e proporcional à culpa do agente, será, se observados determinados requisitos e dentro de determinados limites, suspensa na sua execução, também se desta forma se realizarem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigo 50º, nº 1, do Código Penal). Também reflecte esta ideia o critério geral de escolha da pena decorrente do artigo 70º do Código Penal: se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa de liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. E será, até, possível, observados determinados requisitos e dentro de determinados limites, dispensar a própria pena se a esta não se opuserem razões de prevenção (artigo 74º, nº 1, c), do Código Penal).

Numa apreciação crítica desta teoria, poderá dizer-se o seguinte.

É de louvar que à pena sejam atribuídas funções positivas de cariz pedagógico, dirigidas à generalidade dos cidadãos, que, como vimos, adere espontaneamente, por razões éticas e educacionais, ao quadro de valores tutelados pelo direito penal. E que se acentue como o direito penal não pode afirmar-se pela força, mas pela coerência com tais valores, na linha do que acima salientei. A este respeito, virá a propósito salientar como contraria abertamente tal função pedagógica a pena de morte: como poderá afirmar o valor da vida humana, e reforçar a consciência comunitária relativa a esse valor, a aplicação de uma pena que, numa lógica taliónica de vingança, nega, em si mesma, esse valor? Não é supérfluo repetir: o Direito não se afirma pela força, mas pela coerência ética.

Há que reconhecer que as versões desta teoria que têm tido acolhimento na doutrina portuguesa salvaguardam, como vimos, o respeito pelo princípio da culpa, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Mas não está excluído que dos pressupostos utilitaristas e relativistas de que parte esta teoria se não possam retirar conclusões contrárias a tais princípios, que levem até às últimas consequências tais pressupostos. Para Jakobs, numa perspectiva sistémico-funcional que tende a afastar limites liberais e materiais à intervenção penal, o papel da culpa na determinação da pena estaria reduzido à maior ou menor necessidade social de «estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada», o que, segundo Américo Taipa de Carvalho, seria uma forma de a desvirtuar totalmente³³.

É certo que as expectativas comunitárias e o sentimento jurídico colectivo apontam, normalmente, no sentido da aplicação de uma pena justa e adequada à culpa. Mas também verificamos como a opinião pública tantas vezes reage de forma emotiva e nem sempre racional, ou está sujeita a flutuações constantes (tão depressa é sensível à gravidade de determinados crimes e exige condenações desproporcionalmente severas, como passa a ser sensível aos excessos repressivos da actuação policial e judicial). A maior ou menor sensibilidade perante a gravidade de cada um dos crimes também nem sempre reflecte padrões objectivos. No âmbito da criminalidade fiscal, por exemplo, haverá uma frequente tendência desculpabilizadora pouco conforme a padrões objectivos de danosidade social³⁴.

³³ Ver *op. cit.*, pg. 320

³⁴ Saliente-se, porém, que também há quem acentue que, pelo contrário, em obediência à função pedagógica das penas, as exigências de prevenção geral positiva serão tanto maiores quanto mais acentuada for a ausência de sensibilidade da consciência jurídica comunitária (mal formada) perante a lesão de determinados bens jurídicos, como poderão ser os que são atingidos pela criminalidade económica, fiscal ou ambiental (assim, Américo Taipa de Carvalho, *op. cit.*, pg. 327). Mas os perigos de sacrifício de princípios objectivos de igualdade e proporcionalidade manter-se-ão.

Deverá o juiz guiar-se por esta tão volátil e incerta concepção do sentimento jurídico colectivo? Neste desvio relativista não haverá sempre perigos de sacrifício de princípios racionais e objectivos de igualdade e proporcionalidade?³⁵

A frequência e visibilidade (hoje cada vez mais frequentemente mediatizada) dos vários tipos de crime podem acentuar as exigências de prevenção geral positiva, assim entendidas, sem correspondência a esses critérios racionais e objectivos de igualdade e proporcionalidade.

Como vedes, estou a “descer à terra”, ao nosso quotidiano... E, sem aludir a algum caso em concreto (“qualquer semelhança com personagens da vida real será pura coincidência”), gostaria de lançar um pequeno desafio à nossa reflexão: não serão hoje os juízes, à luz das exigências de prevenção geral positiva assim concebidas, tentados a tratar de forma diferenciada os casos mediáticos? Ou seja, a punir mais gravemente apenas e tão só por causa da repercussão inerente à mediatização do caso (puniriam de forma mais branda se não se verificasse tal mediatização, porque não se trata, verdadeiramente, de um caso distinto e mais grave do que muitos outros que enchem os tribunais), porque o impacte no plano pedagógico e de pacificação social é muito maior devido a essa mediatização? Mas não poderemos cair, assim, na instrumentalização da pessoa como *bode expiatório* para além da proporcionalidade com a medida da culpa e com desprezo das exigências de ressocialização do agente do crime, que não deixam de colocar-se nestes casos com a mesma acuidade do que nos outros? E também com desprezo de elementares exigências de igualdade e objectividade (tratando de forma desigual o que é substancialmente igual), com sobreposição das exigências utilitárias a critérios de coerência ética?

Por outro lado, como aferir as expectativas da consciência jurídica comunitária, sem cair no subjectivismo, na ausência de dados empíricos objectivos? Como interpretar essa consciência? Quem a representa, quando as valorações socialmente vigentes são heterogéneas e contraditórias? Será que a comunicação social a espelha de forma fiel? Terá o juiz (para além do legislador, que opera no âmbito da generalidade e tem legitimidade democrática) legitimidade para se fazer intérprete dessas exigências (que serão, normalmente, genéricas e não específicas do caso concreto sujeito à sua apreciação, campo em que a sua legitimidade já não seria questionável)?^{36,37}

Poderá questionar-se, por outro lado, até onde é que poderá dizer-se, com critérios seguros e objectivos, que a consciência jurídica comunitária é, ou não, abalada

³⁵ Será oportuno evocar, a propósito das reacções emotivas populares diante da prática de crimes, os perigos associados ao mecanismo do *bode expiatório*, a necessidade de encontrar uma qualquer vítima, como instrumento de catarse colectiva e pacificação social. Podem ver-se, sobre esta questão, com referência ao sistema penal, os aprofundados estudos de René Girard, *La Violence et le Sacré*, Paris, 1972, e *Des Choses Cachées Depuis la Fondation du Monde*, Paris, 1878.

³⁶ Maria Fernanda Palma (in «As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na Revisão de 1995: Desmantelamento, Reforço e Paralisia da Sociedade Punitiva», *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, 1998, pgs. 40 e 41) alerta para os perigos desta concepção do juiz como “arauto” da consciência jurídica colectiva.

³⁷ A. Lourenço Martins faz-se eco deste tipo de preocupações (*op. cit.*, pgs. 156 a 160 e 256 a 258). Salienta a carência de índices relevantes para auscultar ou sentir o pulsar da comunidade sobre o *quantum* necessário à preservação da confiança na validade das normas e no ordenamento geral para protecção dos bens jurídicos («como se o *abalamento das expectativas* fosse passível de ser *medido por uma espécie de sismógrafo* de que o Julgador estivesse munido quando ditasse a sentença). Adverte para o facto de nem sempre os receios da população se basearem em informação rigorosa, mas mais em estereótipos alimentados pela imprensa popular. E para o facto de apenas uma percentagem de crimes praticados ser objecto de condenação, de onde resulta que os poucos condenados são transformados em instrumento da reafirmação da validade do sistema, mas essa instrumentalização acaba por ser inútil, pois continuará fora do sistema a maioria dos que cometem crimes e não são condenados.

pela renúncia à pena ajustada à culpa. Não haverá sempre alguma forma de “abalo”, ou, pelo menos, de frustrante incompreensão face à injustiça da impunidade, por exemplo, em muitas situações de suspensão, pura e simples, da execução da pena (situações que reclamariam, segundo critérios de justiça, talvez não a execução da pena de prisão, mas a imposição de deveres (ao abrigo do artigo 51º do Código Penal) de alcance efectivamente sancionatório, como condição dessa suspensão?

Também já se tem dito, em crítica a esta teoria, que ao crimes mais graves (como os do regime nacional-socialista, por exemplo), por serem objecto de uma condenação unânime e indiscutível, não chegam a causar a necessidade de reforçar a confiança da consciência jurídica comunitária na validade da ordem jurídica. Se esses crimes mais graves não forem punidos, não será por isso que surgirão dúvidas ou hesitações na consciência jurídica comunitária quanto à relevância dos bens jurídicos em jogo. E a punição não deixa, nestes casos, de se justificar por simples exigências de justiça.

Mas estas são simples reflexões pessoais, que não podem fazer esquecer o acolhimento que esta teoria tem tido (em termos que analisarei melhor de seguida, e que, como veremos, a fazem escapar a algumas destas críticas) na doutrina portuguesa mais autorizada e na própria legislação vigente.

As exigências da prevenção geral e a medida da pena

Gostaria de analisar agora (regressando mais uma vez a questões da prática judiciária mais comum) a questão da influência das exigências da prevenção geral na determinação da medida da pena. Não é raro invocar em sentenças tais exigências (ligadas à frequência de determinado tipo de crime e a necessidade de combater a sua prática) como circunstâncias agravantes (a propósito de crimes como os rodoviários, de tráfico de estupefacientes, roubo, furto, e muitos outros).

Penso que esta tendência é susceptível de crítica e aqui deixo, por isso, outro desafio à nossa reflexão.

Exigências de ordem geral são consideradas pelo legislador ao determinar a moldura abstracta da pena, não deverão sê-lo pelo juiz ao aplicar a Lei ao caso concreto. O que é geral e independente das circunstâncias específicas, únicas e particulares do caso concreto cabe ao legislador. Ao juiz cabe considerar, precisamente, o que o caso concreto tem de específico, único e particular, não aquilo que poderia ser dito desse caso concreto como de qualquer outro caso de prática do mesmo tipo de crime. Se as exigências da prevenção geral são particularmente acentuadas, isso há-de reflectir-se em molduras abstractas particularmente severas (é o que sucede com o crime de tráfico de estupefacientes, por exemplo), não tem que reflectir-se de novo, sob pena de violação do princípio da proibição da dupla valoração, na medida concreta da pena.

Dir-se-á que pode distinguir-se entre a consideração das exigências da prevenção geral pelo legislador e a consideração dessas exigências pelo juiz, que actua num contexto histórico eventualmente diferente do do legislador. Podem tais exigências ter-se acentuado desde o momento da publicação da Lei. Ou pode o legislador não ter considerado certas circunstâncias da prática de determinado crime (o uso de uma seringa pretensamente infectada, por exemplo) que só a prática judiciária vem a revelar ser de verificação frequente e que, precisamente por ser frequente, suscitam particulares exigências de prevenção geral. Nesta perspectiva, não estaríamos perante uma violação do princípio da proibição da dupla valoração. Mas o juiz estaria a substituir-se ao legislador, a suprir as suas supostas lacunas, extravasando do seu papel de aplicador da Lei ao caso concreto. Violar-se-ia, assim, o princípio da separação de poderes.

Poderá, ainda assim, dizer-se que deveria distinguir-se entre a consideração das exigências de prevenção geral pelo legislador e a consideração dessas exigências pelo juiz, que actua num contexto, já não histórico, mas espacial (ou territorial) próprio. Na verdade, não é raro encontrar alusões em sentenças às exigências da prevenção geral e a frequência da prática de determinado tipo de crimes com referência à realidade da comarca. A este respeito, o que pode questionar-se é se, à luz de um princípio de unidade do sistema jurídico, por um lado, e considerando a realidade de uma mediatização que cada vez mais assume dimensões nacionais, por outro lado, é legítimo e razoável considerar uma dimensão regional ou comarcã das exigências de prevenção geral. Deixo a questão à nossa reflexão.

Devo salientar, de qualquer modo, que, também quanto a este aspecto, a percepção pelo juiz das exigências de prevenção geral se baseia normalmente em dados pouco precisos e rigorosos (raramente se citam estatísticas, que por vezes não existem, mas de outras vezes existem).

Sobre esta questão, e a propósito da análise das circunstâncias elencadas no artigo 71º, nº 2, do Código Penal como circunstâncias de que depende a medida da pena, pronunciou-se José de Sousa Brito³⁸ nestes termos:

«É de notar que na enumeração das circunstâncias que gradua a pena dentro da sua moldura dentro da sua moldura legal (assim o nº 2 do artigo 71º) não há nenhuma que faça variar as exigências preventivas gerais independentemente das circunstâncias que fundamentam a ilicitude material do caso concreto e são abrangidas pela culpa.

Não são, portanto, de admitir considerações relativas ao aumento geral da criminalidade ou à frequência de certo tipo de crimes (acidentes de trânsito mortais, por exemplo) para justificar a irrelevância total ou parcial da prevenção especial.

A solução contrária é uma constante tentação da prática judicial, mas deverá entender-se que o legislador, ao fazer intervir a prevenção geral como mera excepção à prevalência da prevenção especial para graduar a pena dentro da medida da culpa ou abaixo dela, quis evitar os perigos daquela tentação. Tais perigos são, como é sabido: a parcialidade e a emocionalidade da decisão sob o impacto do caso concreto, a inconstitucional instrumentalização do indivíduo criminoso como meio de atemorizar os outros em nome da utilidade geral, o desrespeito pela separação de competências entre o legislador penal e os juizes, e a reduzida racionalidade da opção por uma alternativa de prevenção geral, em face da falta de base empírica para afirmar que uma certa medida da pena – e não a simples descoberta e punição do crime – tem um efeito intimidante geral diferenciado do de uma pena alternativa».

É de salientar que Sousa Brito entende que o regime do Código Penal vigente exclui a consideração das exigências de prevenção geral na determinação da medida da pena, mas já não da escolha da pena ou da opção por uma pena de substituição (é nestes âmbitos que o legislador faz intervir a prevenção geral como «excepção à prevalência da prevenção especial para graduar a pena dentro da medida da culpa ou abaixo dela»)

Mas, diante do que venho afirmando e da tese de Sousa Brito, é natural que se pergunte: «que sentido dar, então, à referência genérica, no nº 1, do artigo 71º do Código Penal às “exigências da prevenção” como circunstâncias a considerar na determinação da medida da pena?

“Exigências de prevenção” poderão ser, para este efeito, indubitavelmente as exigências de prevenção especial. Por definição, as exigências de prevenção especial dependem das particularidades do caso concreto e cabem, por isso, no âmbito de competência próprio do juiz.

³⁸ In «Medida da Pena...», *cit.*, pgs. 586 e 587.

Por outro lado, pode considerar-se as exigências da prevenção geral de um modo indirecto, tornando-as dependentes dos graus de ilicitude e culpa do crime em concreto: essas exigências serão tanto mais acentuadas quanto mais acentuados esses graus de ilicitude e culpa. Nesta perspectiva, tais exigências deixarão de ser uma variável independente das particularidades do caso concreto e poderão ser consideradas na determinação da medida da pena.

A teoria da prevenção especial negativa

A prevenção especial, enquanto fim da pena, traduz-se na tentativa de evitar a prática de futuros crimes por parte do próprio agente. Na sua vertente negativa, visa-se a protecção da sociedade perante um agente que se considera perigoso. Fala-se, então, em *separação* ou *segregação*, *neutralização* ou *inocuidação* desse agente.

Numa versão radical, esta teoria parte de um pressuposto determinista, que nega o livre arbítrio. Para a escola clássica do positivismo (Lombroso, Ferri, Garofolo), o criminoso (o *homo criminalis*) é levado à prática do crime por factores (para uns, antropológicos, para outros, psíquicos ou sociais) que escapam à sua vontade. Situámo-nos, assim, nos antípodas das teorias que assentam numa concepção de pessoa humana como ser livre e responsável.

A apreciação crítica desta doutrina há-de centrar-se na própria concepção determinista que lhe subjaz (pelo menos, na sua versão radical). O princípio da dignidade da pessoa humana em que assenta um Estado de Direito (artigo 1º da Constituição portuguesa) não pode deixar de supor uma concepção da pessoa humana como ser livre e responsável. A pena, por definição, distingue-se das medidas de segurança.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre, também, como seu corolário, e como venho salientando, o princípio da culpa. Este funciona, pelo menos, como pressuposto e limite da aplicação das penas (se assim não for, a pessoa é reduzida a instrumento e objecto, contra o que impõe o respeito pela sua dignidade). Atribuir à pena uma função de simples prevenção especial negativa, se deste princípio se retirarem todas as suas consequências, levará a sacrificar o princípio da culpa. A pena seria, assim, medida em função da perigosidade do agente, e não em função da sua culpa. Se (para usar um exemplo muito próximo da experiência quotidiana dos tribunais) um toxicodependente pratica sucessivos furtos de pequena gravidade para satisfazer as suas exigências de consumo de estupefacientes, enquanto ele não se libertar da toxicoddependência, manter-se-à a sua perigosidade e o perigo de prática de futuros crimes. Mas a pena deixará de ser justa se for desproporcional em relação à objectivamente reduzida gravidade desses crimes³⁹. E também a pena aplicada a um agente que nunca logrou (seja qual for o motivo) ser socialmente reinserido no decurso da sua execução, e, por isso, nunca chegou a afastar o perigo de prática de futuros crimes, não pode deixar de estar limitada por uma relação de proporcionalidade com a culpa e gravidade objectiva do crime efectivamente cometido.

E há que considerar, também, que um juízo sobre a probabilidade de o agente vir a cometer crimes no futuro é sempre incerto. A pena não pode basear a sua legitimidade num juízo desse tipo. Como princípio, pode dizer-se que é legítimo punir por causa do

³⁹ É interessante, a este respeito, o acórdão da Relação de Coimbra de 17 de Janeiro de 1996 (*in Colectânea de Jurisprudência*, 1996, I, pgs. 38 e segs.), relativo à medida da pena adequada a um agente com graves antecedentes criminais e condenado por crimes de pequena gravidade.

crime cometido, não por aqueles que *possam* vir a ser cometidos. É certo que um juízo de perigosidade decorre, muitas vezes, dos antecedentes criminais e estes conduzem, naturalmente, a uma maior severidade da pena. Mas esta maior severidade não se justifica tanto por essa perigosidade, como, sobretudo, pelo facto de tais antecedentes agravarem o próprio crime cometido (na medida em que este se traduz num desrespeito pela advertência que deveriam representar as condenações anteriores).

Também se me afigura desconforme com o princípio da dignidade da pessoa humana conceber alguma forma de “irrecuperabilidade” do criminoso. Trata-se de um axioma indiscutível para quem parta desse princípio: mesmo diante dos crimes mais graves, ou da personalidade mais mal formada, porque a pessoa é livre, a capacidade de mudança (de *metanóia*) por parte do agente nunca poderá ser posta em causa. A sua dignidade como pessoa nunca se perde, por mais indignos que sejam os actos que possa ter praticado. Será, porventura, utópico e irrealista raciocinar nestes termos. Mas é o que impõe o princípio da dignidade da pessoa humana. Também esta visão concorre no sentido da rejeição da legitimidade da pena de morte. Tal como concorre no sentido da rejeição da legitimidade da prisão perpétua. Nunca podem ser totalmente fechadas as portas da regeneração ou reinserção social do agente do crime, deve permanecer sempre “uma luz ao fundo do túnel”.

A teoria da prevenção especial positiva

As doutrinas da prevenção especial positiva assumem, a este respeito, uma postura radicalmente diferente da das doutrinas da prevenção especial negativa. A pena não visa, fundamentalmente, a protecção da sociedade diante da perigosidade do agente do crime, mas a sua *regeneração, reeducação, ressocialização* ou *reinserção social* (cada um destes termos corresponderá a matizes diferentes, correspondentes às diferentes versões destas doutrinas). Dela está afastada qualquer ideia de “irrecuperabilidade” do agente do crime. Pelo contrário, o que com a pena se pretende é a sua “recuperação” (concebida de formas diferentes, de acordo com as várias doutrinas).

Doutrinas clássicas com particular expressão nos finais do século XIX, como a doutrina correcionalista (que exerceu influência na Península Ibérica) e a *teoria da emenda* acentuaram o papel da pena como instrumento dirigido à reforma interior do condenado, procurando influenciar os seus critérios e opções no plano ético. Nesta vertente, as doutrinas da prevenção especial positiva atribuem à pena objectivos ligados à *regeneração moral* ou *reeducação* (expressão utilizada no artigo da Constituição italiana que enuncia explicitamente os fins das penas) dos agentes do crime.

Outra é a postura das doutrinas mais influentes nos tempos mais recentes, como a da *Nouvelle Defense Sociale*⁴⁰, que, nalguma medida, inspirou o Código Penal português vigente. Acentua-se, como função da pena, um objectivo de *reinserção social* ou *ressocialização*⁴¹. Trata-se, tão só, de prevenir a reincidência. Haverá que respeitar, também em nome da neutralidade axiológica do Estado, as concepções de vida e juízos de valor próprios do condenado, sem pretender qualquer forma de doutrinação ou

⁴⁰ Ver a obra de referência de Marc Ancel, *La Defense Sociale Nouvelle, Un Mouvement de Politique Criminelle Humaniste*, Paris, 1981, e, sobre esta e outras doutrinas, Jean-Hervé Syr. *Punir et Réhabiliter*, Paris, 1990.

⁴¹ Muitas vezes, trata-se, antes, de inserção social ou socialização, porque o agente, verdadeiramente, nunca chegou a estar socialmente inserido ou socializado. De outras vezes, trata-se, antes, de evitar a “desinserção” social, porque o agente nem chega a estar, à partida, socialmente deinserido. O que poderá suceder é que uma pena de prisão seja, nesta perspectiva, contraproducente. Haverá que buscar, então, a aplicação de penas alternativas à pena de prisão.

“lavagem ao cérebro”. Estatui, nesta linha, o artigo 43º, nº 1, do Código Penal: «A execução da pena de prisão (...) deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes».

Estas doutrinas tenderão a dar outro relevo, que não é dado pelas doutrinas anteriores, aos factores sociais que estão na génese do crime. Afirma Marc Ancel que «não se trata de defender a sociedade contra os delinquentes porque são perigosos, mas de defender estes, porque estão em perigo, socializando-os».

O objectivo da reinserção social decorre de um dever de solidariedade próprio de um Estado de Direito social. Porque a desestruturação social contribui, nalguma medida, para a prática do crime e a facilita, é dever da sociedade criar condições que contribuam para a reinserção social e a facilitem.

Porque a pena de prisão se tem demonstrado nociva e contraproducente na perspectiva da reinserção social (ao contrário do que vaticinavam as doutrinas oitocentistas que lhe atribuíam benéficos efeitos pedagógicos), propugnam-se penas alternativas à pena de prisão, que, pelo contrário, facilitem e estimulem a reinserção social (ou, pelo menos, evitem a “desinserção” social associada à pena de prisão). Este princípio está presente no já citado artigo 70º do Código Penal, que estabelece, como critério de escolha da pena, a preferência por pena não privativa da liberdade sempre que esta «realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».

Cabe-me, agora, como tenho feito em relação às outras teorias, tecer alguns comentários a respeito das teorias da prevenção especial positiva.

Em primeiro lugar, importará realçar como esta dimensão positiva se coaduna com o (sempre presente nos meus comentários, por compreensíveis e constitucionalmente fundamentadas razões) princípio da dignidade da pessoa humana. Esta dignidade mantém-se para além da prática do crime, por muito grave que este seja. O agente do crime (o “criminoso”) não deixa, por ser agente do crime, de ser pessoa, com as virtualidades (eventualmente escondidas devido múltiplos factores) que daí decorrem. E não deixa de ser membro da comunidade. É, pois, também uma visão solidarista⁴² que, de certa maneira, subjaz a estas doutrinas. O agente do crime não se torna um excluído que deva ser ostracizado, mas é chamado a reatar os laços que o unem à comunidade e que a prática do crime, de algum modo, quebrou. Uma cultura marcada por raízes cristãs (para além dos limites estritamente confessionais) descobrirá nas imagens evangélicas do regresso do filho pródigo e da ovelha perdida que se reencontra algum eco desta dimensão positiva de reconciliação entre o agente do crime e a sociedade, ou mesmo, mais modestamente, de ressocialização e reinserção social. E também esse eco torna espontaneamente aceitável nas nossas sociedades, apesar de algumas aparências em contrário, esta vertente do sistema jurídico-penal.

A prevenção especial positiva permite, por outro lado, encarar de forma mais radical a própria protecção da sociedade e das vítimas. É a reeducação, ou a ressocialização, que permitem atingir, na sua raiz, os factores que estão na génese do crime, mais do que a sanção em si mesma. E evitar, mais do que a severidade das penas, a reincidência, como o demonstra a aplicação de penas de prisão. Voltando a evocar um exemplo do quotidiano dos tribunais, quando é a toxicod dependência a contribuir para a prática do crime, mais do que qualquer pena (que também se justificará por outros motivos), só o tratamento da toxicod dependência permitirá afastar o perigo de

⁴² Ou que, mais ambiciosamente, dê relevo ao valor da fraternidade, o terceiro do mote da Revolução Francesa, até agora mais esquecido. Ver, sobre esta questão, António Maria Baggio (ed.), *Il Principio Dimenticato – La fraternità nella Riflessione Politologica Contemporanea*, Roma, 2007, e Giovanni Caso (ed.) *Relazionalità nel Diritto: quale Spazio per la Fraternità?*, Roma, 2006.

continuação da actividade criminosa. Olhar a todos os factores que contribuem para a prática do crime ou a facilitam, sem que essa prática deixe de ser encarada como um acto livre e sem que se desresponsabilize o agente (como “vítima da sociedade”), é, além do mais, uma forma realista de combater a criminalidade.

Há que reconhecer que o entusiasmo com que estas doutrinas foram acolhidas a partir dos anos sessenta do século XX foi, progressivamente, esmorecendo. E, nos Estados Unidos, vem-se acentuando, até, um movimento constante de recurso cada vez mais frequente à pena de prisão (multiplicado por cinco nos últimos trinta anos). O balanço das experiências de aplicação de penas alternativas à pena de prisão, que não contribuíram para a diminuição da reincidência, desiludiu, falou-se em “efeito-zero” desses programas e tornou-se célebre, a este respeito, o adágio: *What works? Nothing works*⁴³. No entanto, o balanço de aplicação de penas alternativas à pena de prisão não é assim tão unívoco. Há dados que revelam algum sucesso na perspectiva da diminuição da reincidência⁴⁴. E não pode dizer-se que o regresso à aplicação sistemática da pena de prisão se tenha traduzido numa conseqüente diminuição minimamente relevante dos índices de reincidência ou da criminalidade em geral. Entre nós, nunca a aplicação de penas alternativas à pena de prisão, como a suspensão de execução da pena com regime de prova ou de prestação de trabalho a favor da comunidade encontrou uma expressão minimamente significativa que permita fazer qualquer tipo de balanço⁴⁵. Antes de cruzar os braços e desistir, importa saber se foi feito (pelo sistema judicial e pela sociedade) tudo o que está ao nosso alcance⁴⁶.

Importa, porém, assinalar, também, alguns limites destas doutrinas.

Uma primeira questão tem a ver com o sentido da ressocialização.

Como vimos, há quem afirme que o sistema jurídico-penal não pode pretender do agente do crime a adesão a qualquer pauta de valores, bastando-se com a conformação externa à lei vigente e a abstenção da prática de crimes⁴⁷. Ao Estado

⁴³ Ver, neste sentido, entre nós, José António Veloso, «Pena Criminal», in *Polis, Enciclopédia Verbo do Direito e do Estado*, IV, Lisboa, 1986, pgs. 1091 e segs.

⁴⁴ Anabela Miranda Rodrigues, in *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade, Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982, pgs. 142 a 144, contesta a validade de tais conclusões. Jean-Hervé Syr, (*op. cit.*, pags. 122 e segs.) faz referência e estudos donde se retira que o sucesso ou insucesso dependerá da atitude de maior ou menor acolhimento e colaboração por parte do agente. O estudo de Carolina Estarte, Núria Rosell e Maria Eulália Reina, «Penas Alternativas a la Prisión y Reincidência: um Estúdio Empírico», monografia da *Revista Arazandi de Derecho y Proceso Penal*, nº 16, demonstra o sucesso da aplicação dessas penas, em relação à pena de prisão, na perspectiva da diminuição da reincidência.

⁴⁵ Ver o estudo de João Luís Moraes Rocha, «Crimes, Penas e Reclusão em Portugal: uma Síntese», in *Sub Júdice*, nº 8, Julho-Dezembro 2000, pgs. 104 e segs.

⁴⁶ Afirma a propósito A. Lourenço Martins (*op. cit.*, pg. 452): «Ainda que tenha esmaecido, de algum modo, a ilusão de que a reabilitação do delinquente, a sua reinserção (ou inserção, para muitos), era sempre possível, não se pode instalar a crença derrotista sobre a sua inviabilidade: aqui o êxito não tem uma dimensão quantitativa pois a solidariedade é um ideal sem limite.»

⁴⁷ Ver, neste sentido, de forma aprofundada, Anabela Miranda Rodrigues, *A Posição ...*, *cit.*, pgs. 97 e segs. Aí se afirma (pag. 121):

«Ao pretender alcançar o objectivo de reinserção social não se quer portanto que o indivíduo assuma como próprio o modelo social e os valores. O que se tem em vista é apenas torná-lo capaz – criando-lhe disposição interior nesse sentido -, em qualquer caso, de não cometer crimes. Trata-se, assim, em último termo, da afirmação de que basta alcançar o respeito externo pela legalidade, enquanto a reinserção social que pretende fazer o indivíduo assumir ou interiorizar os valores sociais ou morais se aproxima perigosamente dos métodos próprios de um qualquer sistema totalitário.»

Mas, também, de seguida (pg. 122):

«Se o indivíduo deve, por um lado, pura obediência à lei jurídico-penal - é a adaptação externa ou o momento imperativo *tout court* -, deve, por outro lado, aderir aos valores que lhe estão subjacentes, esperando-se que se corrija, que se adeque *no sentido de se tornar capaz de os respeitar*. Desta forma se

democrático e pluralista faleceria, até, legitimidade para optar por uma qualquer pauta de valores e impô-la⁴⁸. Mas será possível conduzir um agente à observância dos ditames do sistema jurídico-penal sem apostar na sua motivação interior? E essa motivação não terá de ser mais sólida do que a que decorre do temor das sanções e das desvantagens que, no plano puramente utilitarista, lhe possam estar associadas?⁴⁹

Um Estado democrático não é – já o disse – um Estado “agnóstico” no plano dos valores, ou assente no relativismo ético, porque a própria democracia não se reduz a um conjunto de regras processuais e terá de assentar num forte suporte ético (que parte do princípio da dignidade da pessoa humana). E o sistema jurídico-penal há-de espelhar a pauta de valores própria da democracia. Estes valores não podem, por coerência interna, ser *impostos* (numa qualquer espécie de “lavagem ao cérebro”)⁵⁰, mas podem, e devem ser *propostos*. A adesão a esses valores não pode ser imposta aos agentes de crimes, mas tal não significa que não seja pretendida ou almejada pelo próprio sistema jurídico-penal⁵¹.

Qualquer forma de assimilação dos esforços de reeducação ou ressocialização a uma terapia segundo um modelo médico não pode ignorar que a prática do crime é fruto de uma decisão livre.

As expectativas a respeito de uma qualquer forma de reeducação ou reinserção social também nunca podem ignorar que estão em causa propostas que podem ser livremente rejeitadas. O insucesso dessa reeducação ou ressocialização não retira

salvaguarda a necessária interiorização – agora não apenas no sentido mecânico - que, não se nega, sempre será pressuposto real de uma verdadeira socialização».

Essa interiorização não pode, porém, ser pretendida ou imposta. Deve ser salvaguardada a liberdade do homem «a quem compete, em último termo, decidir sobre a adesão, ou não aos valores que a ordem jurídico-penal defende» (pg. 123).

⁴⁸ Para a criminologia crítica ou radical, o próprio ideal ressocializador seria ilegítimo por representar o conformismo diante do modelo social que, com as suas disfunções e injustiças, gera o próprio crime. Situamo-nos, aqui, já no domínio da abolição do direito penal e de uma qualquer função da pena.

⁴⁹ Afirma, a este respeito, Manuel Cavaleiro de Ferreira (*in apontamentos policopiados*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982-3, pgs. 70 e 71):

«O homem como delinquente não seria o homem, mas tão só o cidadão. Uma caricatura deformada, exangue, do homem.

Se a iminente dignidade da pessoa humana é alicerce dos seus direitos, não o será o seu dever de se perfazer ou refazer como homem?

E sem esta perspectiva total, toda a influência regeneradora é destinada ao insucesso (...).

A finalidade recuperadora do homem deve ter por fim o próprio homem. Desde que se considere ilegítima toda a finalidade moral no conceito de ressocialização, destrói-se necessariamente a verdadeira possibilidade de reforma de cada um.»

⁵⁰ Sugragamos inteiramente a afirmação de Anabela Miranda Rodrigues já acima citada, segundo a qual deve ser salvaguardada a liberdade do homem, «a quem compete, em último termo, decidir sobre a adesão, ou não, os valores que a ordem jurídico-penal defende.»

⁵¹ Deve assinalar-se que – di-lo a minha modesta experiência como juiz - a generalidade dos agentes da prática de crimes não contesta ou rejeita a pauta de valores tutelada pelo direito penal vigente. Tal como, por exemplo, a generalidade dos toxicodependentes que pratica crimes ligados a essa toxicod dependência não rejeita deliberadamente, por uma qualquer postura “contestatária”, a vontade de dela se libertar. Mas é nítido que qualquer deles precisa de alguma ajuda para assumir com perseverança qualquer propósito de mudança.

Afirma C. Roxin (*apud* Anabela Miranda Rodrigues, *A Posição...*, *cit.*, pag. 125): «O criminoso não é, como muitas vezes julga o leigo, um homem forte cuja vontade tem de ser quebrada, antes, em grande número de casos, um ser diminuído, inconstante e pouco dotado, por vezes com traços psicopáticos e que procura compensar através de crimes o seu complexo de inferioridade provocado por uma deficiente preparação para a vida. Para o ajudar é necessário a cooperação de juristas, médicos, psicólogos e pedagogos contribuindo para o aperfeiçoamento de um programa de ressocialização».

sentido ao esforço que é realizado, pois estamos perante simples propostas⁵² (haverá, sim, que apurar se tudo foi feito no sentido da mais correcta formulação dessa proposta, se o Estado e a sociedade fizeram “toda a sua parte”). Mas, se essas propostas forem rejeitadas, também a pena não deixa de ter sentido, seja na sua dimensão puramente retributiva, seja numa dimensão de prevenção geral, positiva ou negativa, seja no plano da prevenção especial negativa. Aqui reside, pois, um limite das doutrinas da prevenção especial positiva: qualquer proposta de reeducação ou ressocialização pode ser rejeitada, sem que, com isso, a pena perca sentido.

E, por outro lado, a pena também não perde sentido em várias situações em que não se colocam particulares exigências de reeducação ou ressocialização: os crimes ocasionais (como são quase todos os crimes de homicídio) ou os crimes negligentes. Não se colocarão exigências de ressocialização (pelo menos, na forma como esta é tradicionalmente encarada) nos chamados “crimes de colarinho branco”, praticados por pessoas sem problemas de inserção social. E a pena não deixa de ter sentido em relação a qualquer deste tipo de crimes.

Também os chamados “crimes por convicção” (como os de terrorismo) tornam, à partida, ilusório um qualquer esforço de reeducação⁵³, precisamente porque qualquer adesão aos valores tutelados pelo direito penal não pode ser imposta e, nestes casos de forma particular, o respeito externo da legalidade sem essa adesão é muito pouco provável. E a pena também não deixa de ter sentido em relação a este tipo de crimes.

Também foram alvo de justificadas críticas tentativas de suplantarem o critério tradicional de determinação certa da pena, com a introdução de penas relativamente indeterminadas⁵⁴, cuja duração seria variável não em função da gravidade do crime ou da culpa, mas em função da evolução ou sucesso da própria socialização. Se levado às últimas consequências (a duração da pena passaria a depender de factores discricionários e alheios ao crime cometido), este sistema entra em claro conflito com princípios jurídico-penais básicos, como o princípio da culpa, da legalidade e da igualdade. Poderá, mesmo, ser socialmente injusto, precisamente porque a duração da pena seria maior ou menor segundo o grau de inserção social dos agentes, o que normalmente prejudicaria os mais pobres. Estes desvios serviram de fundamento, na Escandinávia e nos Estados Unidos, ao abandono desse tipo de penas e ao regresso a sistemas baseados na proporcionalidade objectiva entre a gravidade da pena e a gravidade do crime. Andrew von Hirsch, expoente da doutrina do “justo merecimento” faz-se eco desta exigência, afirmando, como já vimos, que tal critério, se abstrair também de considerações de prevenção geral (o que não tem, normalmente, sucedido nos Estados Unidos), além de ser mais justo e igualitário, reduziria a severidade das penas⁵⁵.

A estrutura e função da pena pode não se adequar inteiramente a um programa de socialização. Trata-se, porém, de uma desadequação com que se terá de lidar necessariamente, se não for desvirtuado o sentido da pena, substituindo-o pelo próprio programa de socialização. Esta há-de ser instrumental em relação à pena, e não pode substituir-se a ela.

⁵² Como já tem sido salientado, a reinserção social não depende apenas do sistema jurídico-penal, depende do próprio agente e da sociedade. Ver, neste sentido, Jean-Pierre Dintilhac no prefácio a Jean-Hervé Sy, *op. cit.*, pags. 8 a 10.

⁵³ É certo que a história política italiana recente regista casos de verdadeiras “conversões” de pessoas condenadas por terrorismo no âmbito da acção das Brigadas Vermelhas. Mais difícil será transpor tal tipo de situações para o de militantes fundamentalistas islâmicos...

⁵⁴ Entre nós, a pena relativamente indeterminada, prevista nos artigos 83º a 85º do Código Penal, tem uma expressão circunscrita e limitada.

⁵⁵ Ver *op. cit.*, pag. 147 e segs.

Numa outra perspectiva, também há quem acentue a desadequação entre um programa de “tratamento” segundo modelos terapêuticos e a estrutura necessariamente coerciva da própria pena⁵⁶. Tal como a anterior, trata-se de uma desadequação com que se terá de lidar necessariamente, se não for desvirtuado o próprio sentido da pena. O “tratamento” há-de ser instrumental em relação à pena e não pode substituir-se a ela.

Regressemos à nossa prática judiciária quotidiana.

Identificamos facilmente as exigências da prevenção especial positiva nos critérios que guiam a escolha da pena com preferência pelas penas não privativas da liberdade e pelas penas de substituição (artigos 44º, 45º, 46º, 50º, 58º e 70º do Código Penal)

Penso que são também, e tão só, as exigências da prevenção especial positiva que justificam a aplicação do regime especial dos jovens (Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro), ou podem justificar, para além da aplicação desse regime, a consideração da idade jovem como circunstância atenuante. Não se trata, em meu entender, de considerar que a imaturidade juvenil se traduz num menor grau de culpa («*são novos, não pensam...*»). Não há uma semi-maioridade penal. O jovem não é, por ser jovem, menos culpado ou responsável do que o adulto⁵⁷. O que se verifica é que a nocividade da pena de prisão, com o perigo dos seus efeitos criminógenos e estigmatizantes, é particularmente acentuada quando aplicada numa fase etária em que as opções de vida ainda estão por consolidar.

No outro extremo do espectro etário, na idade avançada, também se justificará a consideração da idade como circunstância atenuante por outro tipo de razões de prevenção especial positiva, e também não por razões de grau de culpa. Não se trata de considerar que a diminuição das faculdades mentais e físicas na idade avançada pode toldar o raciocínio e a vontade. A atenuação pode justificar-se independentemente dessa diminuição de faculdades. E o que justifica a atenuação pode ser, para além da inexistência de alguma forma de desinserção social, a necessidade de evitar, mesmo em crimes graves, que a idade avançada transforme uma pena de prisão de longa duração numa efectiva “prisão perpétua” que comprometa a possibilidade de regresso à normal vida familiar e comunitária. Há que não apagar «a luz ao fundo do túnel”.

A consideração das condições sociais do condenado na escolha da pena e determinação da sua medida

Como vimos, as correntes que vimos analisando, que acentuam a perspectiva da prevenção especial positiva, levam a considerar o contexto familiar, social e económico do agente do crime, para além de uma visão isolada do facto criminoso na sua objectividade. Trata-se de seguir a célebre máxima de Ortega y Gasset: «Eu sou “eu” e a minha circunstância». A consideração desse contexto não se destina a influenciar o juízo de culpa, como se a adversidade dessas condições familiares, sociais e económicas, por si só, tornasse desculpável, ou menos culpável, a prática de qualquer crime (pois agentes em condições igualmente adversas fazem opções diferentes e abstêm-se de praticar crimes). Há, porém, que atender à motivação do agente na determinação da medida da pena. E quando essa motivação (em crimes contra o património) é a penúria económica e a necessidade de a ela obstar, é óbvio que a

⁵⁶ Ver, por exemplo, as referências de Jean-Hervé Syr *in op. cit.*, pags. 90 e segs.

⁵⁷ A. Lourenço Martins (*op. cit.*, pgs. 188 a 203) identifica nalguma jurisprudência o aflorar da ideia de que «numa personalidade ainda em formação podem exacerbar-se as paixões, acicatar-se os impulsos e as emoções, dizendo-se imatura a noção de responsabilidade»

condição social e económica do agente não pode ser ignorada na perspectiva do juízo de culpa.

O contexto familiar, social e económico releva, sobretudo, para a escolha da pena mais adequada à reinserção social (ou não desinserção social) do agente. Tal contexto deve ser considerado na escolha dessa pena, na escolha dos deveres que podem condicionar a suspensão da execução da pena (artigo 51º do Código Penal), ou na elaboração do plano de reinserção social em que assenta o regime de prova (artigo 53º, nº 2, do mesmo Código).

A este respeito, gostaria de alertar para um risco que pode correr-se se seguirmos um raciocínio que já vi aflorado (embora de forma ténue) em algumas sentenças. A adversidade das condições familiares, sociais e económicas do agente não serve, por si só, como vimos, de circunstância atenuante. Mas também não deve, obviamente, ser circunstância agravante. Explico o porquê deste meu receio. Pode fazer-se este raciocínio: porque as perspectivas de reinserção social são mais difíceis devido às condições adversas que rodeiam o arguido (desemprego, falta de apoio familiar, residência num bairro dos que hoje se designam como “problemáticos”), ele não beneficiará de um tratamento (suspensão da execução da pena, por exemplo) de que poderia beneficiar se não se verificassem essas condições adversas (se estivesse empregado ou tivesse apoio familiar ou residisse num bairro de classe média). Estamos perante condições alheias à vontade do arguido (não perante antecedentes criminais, que indiscutivelmente relevam negativamente na escolha da pena a aplicar como sinal da dificuldade do objectivo de reinserção social do arguido). Fazer dessas condições motivo para um tratamento mais desfavorável do arguido representa uma perversão dos objectivos solidaristas das teses que acentuam as exigências da prevenção especial positiva. E conduz a resultados manifestamente contrários ao princípio da igualdade. Na linha das críticas da corrente do “justo merecimento” (“*jsut deserts*”) às teses que dão predomínio aos objectivos da reinserção social do agente, podemos aqui identificar efeitos (perversos) da desvalorização, em prol de objectivos utilitários, de critérios éticos objectivos de igualdade e proporcionalidade.

O Código Penal português e os fins das penas

É chegado o momento de nos determos na análise do regime legal vigente em Portugal a respeito dos fins das penas e da doutrina que, a partir desse regime, mais tem influenciado a jurisprudência.

Para tal, há que partir da análise do artigo 40º do Código Penal, resultante da revisão deste diploma operada em 1995 e que tem por epígrafe, precisamente, “Finalidades das penas e das medidas de segurança”. É este o teor dos dois primeiros números deste artigo:

«1- A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2 – Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.»

Na referência deste nº 1 à protecção de bens jurídicos, descortinam a doutrina mais influente e a jurisprudência corrente uma alusão à finalidade de prevenção geral positiva: é através do reforço da consciência comunitária a respeito da validade desses bens jurídicos que se concretiza tal protecção.

Na referência à reintegração do agente na sociedade, identificamos a finalidade da prevenção especial positiva.

O nº 2 consagra o princípio da culpa na sua dimensão unilateral de limite: não há pena sem culpa, a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

Pode discutir-se, e tem sido discutida, a questão de saber se deste artigo decorre a consagração de uma opção clara e acabada por uma teoria a respeito dos fins das penas.

Afirma-se na exposição de motivos do diploma que procedeu à revisão do Código Penal em 1995 (Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março) e formulou a redacção actual do citado artigo 40º, a respeito deste: «Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.»

O legislador não pretende encerrar o assunto, como se à doutrina nada restasse para discutir, no âmbito do quadro legal em vigor, a respeito desta tão profunda e recorrente questão dos fins das penas. Mas, mesmo assim, algumas opções a esse respeito são tomadas, para orientar, e também vincular, o aplicador da lei penal.

Sobre a extensão e alcance dessas opções e dessa vinculação, algumas divergências subsistem, porém.

Poderá considerar-se que a questão não está encerrada por via legislativa, nem o artigo 40º representa a “dogmatização” de uma qualquer teoria sobre os fins das penas. Mas, de qualquer modo, este artigo fornece ao aplicador do direito critérios seguros para proceder a essa determinação. Assim, do nº 2 desse artigo decorre a consagração inequívoca do princípio da culpa, na sua vertente unilateral de limite. A pena supõe a culpa e não pode ultrapassar a medida da culpa. Mas, por outro lado, porque deliberadamente se rejeita a consagração do princípio bilateral da culpa (segundo o qual, não há culpa sem pena), não será possível, à luz desse artigo, invocar considerações de culpa para recusar a aplicação de uma pena de substituição, de uma pena não privativa de liberdade em substituição da pena de prisão. Não é a gravidade do crime, na perspectiva da culpa, por si só, que impõe a aplicação de uma pena de prisão efectiva, independentemente das exigências de prevenção, geral ou especial, positiva ou negativa.

Jorge de Figueiredo Dias⁵⁸ vai um pouco mais longe e entende que do teor do citado artigo 40º decorrem quatro postulados básicos que devem orientar de forma vinculativa o aplicador da lei jurídico-penal.

O primeiro desses postulados é o de que a pena tem finalidades exclusivamente preventivas (de prevenção geral ou especial, positiva ou negativa) e nunca puramente retributivas. É o que impõem os princípios, de base constitucional, da necessidade, da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal. O direito penal é a *ultima ratio*, um último recurso quando outras formas de intervenção social e legislativa não são suficientes para atingir objectivos de protecção da comunidade. Estatui o artigo 18º, nº 2, da Constituição portuguesa que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos nesse mesmo diploma, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos. A pena representa sempre uma restrição de direitos (à liberdade, à honra ou de propriedade). Esses direitos só podem ser restringidos na estrita medida do que é exigido pelas necessidades de funcionamento da sociedade e de livre desenvolvimento dos seus membros. São as finalidades preventivas (não um simples imperativo ético categórico, a simples exigência ético-retributiva de resposta e um mal) que representam, no que à repressão penal se refere, esse tipo de necessidades de funcionamento da sociedade e de livre desenvolvimento dos seus membros

⁵⁸ Ver *Direito Penal Português...*, cit., e *Temas Básicos...*, cit..

Partindo deste postulado, um segundo postulado a ter em conta é o de que o ponto de partida para a determinação da medida da pena são as exigências de prevenção geral positiva ou de integração. Estas exigências representam as necessidades de tutela dos bens jurídico-penais no caso concreto, de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada. As exigências de prevenção geral positiva estabelecem uma moldura situada entre um limiar máximo, que coincide com o ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos, e um ponto mínimo, que coincide com as exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.

Este tipo de moldura não se confunde com uma moldura de culpa, como a que era proposta, como ponto de partida de determinação da medida da pena, pela doutrina portuguesa mais antiga (Manuel Cavaleiro de Ferreira e Eduardo Correia)⁵⁹. Mas tal não significa que, na prática, os resultados a que se possa chegar, por uma ou outra via, sejam muito diferentes. É que, no entendimento de Jorge de Figueiredo Dias (tal como o de Anabela Miranda Rodrigues), a pena adequada à tutela da confiança e às expectativas da comunidade na manutenção da ordem violada é, em regra, a pena adequada à gravidade objectiva e subjectiva de um crime em concreto. É a aplicação dessa pena justa que a comunidade espera e reclama e é essa aplicação que reforça a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e na validade dos bens jurídicos em questão. Não será assim em situações em que essa mesma consciência comunitária tolera a não aplicação da pena adequada à culpa, em nome de outras exigências e valores (como podem ser a necessidade de evitar a desinserção social do agente, que aconselha a não aplicação de uma pena de prisão efectiva, mesmo que esta fosse a mais adequada ao grau de culpa), sem que essa não aplicação coloque em causa a defesa do ordenamento jurídico, abalando os seus alicerces ao criar perplexidades nessa consciência comunitária a respeito da validade dos bens jurídicos em questão e da vigência desse ordenamento⁶⁰.

A partir deste ponto de partida, funcionam como ponto de chegada (é este o terceiro dos postulados apontados por Jorge de Figueiredo Dias) as exigências de prevenção especial, nomeadamente as de prevenção especial positiva ou de socialização.

Assim, em regra, a medida da pena há-de corresponder às necessidades de socialização do condenado. Em situações em que não se verifiquem necessidades de socialização (designadamente, porque a conduta criminosa é ocasional), a pena terá uma função de simples advertência e deverá aproximar-se do limite mínimo da moldura dada pela prevenção geral positiva, coincidente, como vimos, com o limiar mínimo de defesa do ordenamento jurídico.

Excepcionalmente, no caso de delinquentes “incorrigíveis”, em que é improvável o sucesso de qualquer tentativa de socialização, ficam em aberto as possibilidades de a pena ter por finalidade primordial a de prevenção especial negativa, de “inocuidade” ou de protecção social contra a perigosidade do agente.

Como quarto postulado, está assente o princípio, claramente consagrado no n.º 2 do artigo 40.º do Código Penal, de que a culpa é o limite inultrapassável da pena. Não há pena sem culpa e a medida da pena não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da

⁵⁹ E é, hoje, proposta por José Sousa Brito (ver *op. cit.*)

⁶⁰ Como exemplo de uma situação em que está em causa o traçar da fronteira entre o que é, ou não, tolerável na perspectiva da defesa do ordenamento jurídico assim concebida, e se, em consequência, será, ou não, aceitável uma suspensão de execução da pena de prisão, pode ver-se o acórdão do S.T.J. de 17 de Maio de 2000 (*in B.M.J.* n.º 467, pg. 150), relativo à prática de ofensas à integridade física graves numa escola.

culpa. A culpa é condição necessária, embora não suficiente, da aplicação da pena (princípio unilateral, e não bilateral, da culpa)⁶¹.

Não muito distante desta tese de Jorge de Figueiredo Dias, situa-se a de Américo Taipa de Carvalho⁶², para quem a medida da pena deve ser dada pelas exigências concretas de prevenção especial positiva dentro de um quadro delimitado, no seu limite máximo, pela medida da culpa (a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa) e, no seu limite mínimo, pelas exigências da prevenção geral positiva, de defesa do ordenamento jurídico encarada na perspectiva da prevenção geral positiva.

É dentro destes parâmetros, em particular os que são indicados por Jorge de Figueiredo Dias, que se tem movido a jurisprudência. (nem sempre com a recomendável profundidade no plano da fundamentação – há que reconhecê-lo⁶³).

Aos meus formandos auditores de justiça alertava para a necessidade de considerar o sentido maioritário da jurisprudência na elaboração de sentenças, que não serão certamente a sede mais adequada para discorrer sobre teorias dos fins das penas ponde em causa a posição dominante.

Em todo o caso, e porque estamos noutra sede, permito-me ir para além desta posição dominante e abrir os horizontes a outros modos de pensar, que também se têm manifestado na doutrina portuguesa.

Mesmo dentro dos parâmetros do Código Penal vigente e do citado artigo 40º, há quem considere que a pena é não apenas o pressuposto e limite da pena, mas também o seu fundamento. É o que defendem José de Sousa Brito⁶⁴ e José de Faria Costa⁶⁵. Para este autor, a culpa é não apenas limite, mas fundamento da pena, pois só com base num juízo de culpa pode encontrar legitimidade a pena enquanto intervenção estadual na esfera pessoalíssima do delinquente. E daqui não decorre necessariamente que a pena deva ser aplicada sempre que se formula um juízo de culpa (o princípio bilateral da culpa). O facto de a pena não ser necessariamente aplicada quando se impõe um juízo de culpa (como se verifica em caso de dispensa de pena, prevista no artigo 74º do Código Penal para situações de comprovada prática de crimes) não invalida que a culpa seja o fundamento da pena sempre que esta é aplicada. Os princípios da necessidade, da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal impõem que se puna só na estrita medida da necessidade de protecção de bens jurídicos, mas tal não invalida que, para intervir na esfera jurídica pessoal dos agentes, o direito penal careça de uma base ética que vai para além do simples interesse social ou da sobreposição deste aos direitos individuais. Esse fundamento há-de assentar no princípio da culpa. Distinguir o direito penal da ética, e conceber o direito penal como *ultima ratio*, não significa prescindir de um sólido fundamento ético, não puramente utilitário, de qualquer intervenção penal.

Nesta linha, merece toda atenção a obra recentemente publicada de A. Lourenço Martins *Medida da Pena – Finalidades- Escolha – Abordagem Crítica de Doutrina e Jurisprudência* (Coimbra Editora, 2011), onde, em síntese, se sustenta o seguinte:

Na culpabilidade do agente reside o fundamento e o limite do direito de punir do Estado, vinculado à censura ética do próprio e da comunidade, sobre a conduta que é a

⁶¹ Em sentido próximo, no que se refere a estes critérios de determinação da medida da pena, pronuncia-se Anabela Miranda Rodrigues in «O Modelo...», *cit.*, pgs. 177 e segs..

⁶² Ver *op. cit.* pgs. 317 e segs.

⁶³ Afirma, a este respeito, A. Lourenço Martins (*op. cit.*, pg. 219): «E, diga-se sem qualquer desprimor – pois se partilhou de perspectiva aproximada -, que muitas vezes se recolhe a sensação de se estar perante fórmulas repetidas (o computador pode potenciá-las), mais do que perante “verdades”, se as há no direito, que se aceitam convictamente.»

⁶⁴ *Op.e loc. cit.*

⁶⁵ In *Linhas de Direito Penal e Filosofia...*, *loc. cit.*, e *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992, pgs. 373 e segs

sua e pela qual haverá que responder. A ideia de retribuição (ou “pena merecida”), no sentido de censura, de reprovabilidade, tem cabimento porque o sujeito podia ter-se guiado pelo Direito e podendo fazê-lo, não o fez. O Direito Penal não pode ficar-se pela superficialidade, esquecendo o âmago de cada ser humano, onde reside a sua liberdade e responsabilidade. Nesta óptica, a medida da pena não poderá deixar de ancorar-se na medida da culpa. É impossível obedecer à proibição de a pena ultrapassar a medida da culpa sem medir a pena pela culpa. E medir a pena pela culpa constitui o conteúdo essencial da ideia de retribuição⁶⁶.

Encontrar a “justa retribuição”, a “pena merecida” constitui a finalidade primeira da sanção, embora logo seguida das finalidades preventivas, especial e geral. O julgador esforçar-se-á por conseguir a *concordância prática* das três finalidades. Não sendo possível obter tal concordância prática, a prevalência de uma ou outra das modalidades da prevenção, dentro dos limites da culpa, dependerá do que se mostrar mais adequado a conseguir o êxito do sistema penal no seu conjunto, no qual a pacificação social e a contenção da criminalidade, em limites razoáveis, são objectivos essenciais, dentro dos critérios de Justiça. E aceita-se que, por razões de reinserção ou reintegração social do delinquente, a pena possa ficar aquém do limite mínimo de culpabilidade, salvaguardando que tal posição não se mostre desconforme ao senso comum e não potencie a personalidade defeituosa que o infractor tenha revelado nos factos⁶⁷.

Esta visão não seria incompatível com o direito constituído. O artigo 18º, nº 2, da Constituição contém um limite à restrição de direitos, não um critério de fundamentação da responsabilidade penal⁶⁸. O enfoque do artigo 71º do Código Penal é bem expresso no sentido de que a determinação da medida da pena, dentro dos limites da lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. Do artigo 40º, nº 1, do Código Penal não resulta que tenha de ser afastado um “modelo de culpa” e retribuição que se preconiza como integrador dos diversos fins das penas⁶⁹.

As considerações que teci inicialmente sobre a fundamentação da punição levam-me a aproximar-me desta tese, contrária ao sentido prevalente da jurisprudência actual.

Mas, apesar das notórias diferenças de pressupostos, talvez não sejam muito diferentes os resultados a que se pode chegar ainda que partindo desses diferentes pressupostos.

O princípio da culpa

Para além das divergências, num ponto há unanimidade doutrinal e perfeita clarificação constitucional e legislativa: a culpa é um limite inultrapassável da pena. Estamos, como venho repetindo, perante um corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Este princípio tem notórias implicações no tratamento de casos frequentes que preenchem o quotidiano dos tribunais e em que particulares exigências de prevenção geral (originadas pela dimensão que atinge a prática desses crimes e pela necessidade de combater essa prática) se fazem sentir com especial acuidade e encontram eco na opinião pública, sem que, de qualquer modo, tais exigências se possam sobrepor ao princípio da culpa.

Alguns exemplos podem ajudar a a compreender o alcance deste princípio: podemos pensar em crime de incêndio praticados (o que não é raro) por agentes de

⁶⁶ *Op. cit.*, pgs. 134 a 136.

⁶⁷ *Op. cit.*, pg. 515.

⁶⁸ Assim, Maria Fernanda Palma, *op. e loc. cit.*, pgs. 27 e segs.

⁶⁹ *Op. cit.*, pgs. 458, 491 e 492.

imputabilidade diminuída; crimes de tráfico de estupefacientes praticados por agentes consumidores para satisfazer as suas necessidades de consumo ou por agentes que ocupam na “cadeia” da actividade um lugar de pequena relevância mas mais facilmente detectável; crimes de furto praticados por toxicodependentes para satisfazer as suas exigências de consumo, considerando que as suas faculdades volitivas estão, devido a essa dependência, limitadas (não excluídas, porém)⁷⁰; crimes praticados em estado de embriaguez, também num estado de limitação das faculdades intelectuais e volitivas do agente; ou crimes rodoviários de consequências graves quando o grau de negligência (de culpa, portanto) não tem uma gravidade proporcional a essas consequências (pode haver colisão de culpas, ou concorrência de culpa da própria vítima, por exemplo)⁷¹. Em todos estes exemplos, de uma ou de outra forma, entram em conflito, por um lado, exigências de prevenção geral ou especial (naturalmente a considerar) que apontariam para uma maior severidade da pena e, por outro lado, um juízo de culpa atenuado que apontaria para uma menor severidade da pena. Neste conflito, a prevalência há-de ser dada a esse juízo de culpa, porque, como vimos, em caso algum a medida da pena pode ultrapassar a medida da culpa. O princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da culpa impedem que o agente sirva de instrumento, numa lógica de *bode expiatório*, para intimidar e combater a criminalidade através de penas exemplares e desproporcionais em relação à sua culpa em concreto, como se ele tivesse de “pagar” não só pelo que fez, mas também pelo que muitos outros impunemente fizeram e fazem.

A. Lourenço Martins questiona se para chegar a estes resultados não será necessário considerar a pena não apenas limite, mas também medida da pena. Não estaríamos, pois, perante um simples “jogo de palavras” sem consequências práticas⁷². A mim, parece-me que podermos chegar a estes resultados quer se considere que a medida da culpa se deve traduzir na medida da pena, quer se considere que a medida da culpa é limite da medida da pena. Que a culpa seja limite da medida da pena não significa apenas que não há pena sem culpa (*nulla poena sine culpa*), mas também que a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

Sobre o princípio da culpa, parece-me oportuna ainda a consideração seguinte.

O juízo de culpa há-de referir-se ao crime em concreto, não à personalidade do agente. O agente deverá ser punido pelo que *fez*, não pelo que *é* como pessoa, ou aquilo em que se *tornou* por sua culpa. É de rejeitar a concepção da *culpa na formação da personalidade* ou da *culpa na condução da vida*. O facto criminoso não é um simples pretexto para formular um juízo sobre o carácter ou a personalidade do agente. Considerar o contrário exigiria do juiz, em rigor, um esforço de indagação sobre a biografia do agente, sobre a génese (mais ou menos influenciada pelo seu contexto familiar e social, ou mais ou menos adquirida e imputável às suas opções e à sua culpa), da sua propensão para a prática do crime. Um esforço eventualmente inglório que

⁷⁰ Entendo, pois, que a toxicodependência há-de considerar-se circunstância atenuante, e não agravante (sobre a questão, pode ver-se a aprofundada análise jurisprudencial de A. Lourenço Martins *in op. cit.*, pgs. 259 a 292)..

⁷¹ Aos meus formandos auditores de justiça costumava salientar as virtualidades da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade no caso de condenações por crimes rodoviários de consequências graves (vg. homicídio), por ser uma pena mais adequada ao grau de culpa e às exigências de prevenção geral e de prevenção especial positiva do que a pena de prisão efectiva (esta eventualmente desproporcional à culpa e desadequada às exigências da prevenção especial positiva, embora eventualmente adequada à exigências de prevenção geral) e do que a pena de prisão suspensa na sua execução sem imposição de deveres (esta eventualmente desadequada às exigências da prevenção geral).

Uma aprofundada análise jurisprudencial da penologia relativa a este género de criminalidade rodoviária, pode ver-se em A. Lourenço Martins, *op. cit.*, pgs. 341 a 353)

⁷² *In op. cit.*, pgs. 163, nota 183, e 254.

ultrapassa os limites do conhecimento judiciário. E, sobretudo, que entra em domínios de conhecimento pessoal e intimidade incompatíveis com a separação entre o direito e a moral, entre o juízo jurídico de factos e o juízo moral de personalidades.

É a esta luz que deve interpretar-se a referência, como circunstância a considerar na determinação da medida concreta da pena, da alínea f) do n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal à «falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena». O que pode relevar é a «falta de preparação para manter uma conduta lícita» que se manifesta “no facto”, não essa falta de preparação em si mesma, o que a facto pode revelar da personalidade do agente, não a personalidade deste em si mesma.

Esta visão não deixa de ter reflexos práticos importantes em questões que dominam o nosso quotidiano judiciário. Dou alguns exemplos.

A respeito dos crimes praticados por toxicodependentes, poderia considerar-se a toxicodependência uma circunstância agravante na base de uma concepção de “culpa na formação da personalidade”: a própria toxicodependência seria devida à culpa do agente. Deve rejeitar-se esta visão, pois exigiria do juiz um esforço de indagação sobre todo o percurso biográfico e a génese da toxicodependência do agente incompatível com as limitações do conhecimento judiciário distinção entre um juízo jurídico de factos e um juízo moral de personalidades. Também por este motivo, deve considerar-se a toxicodependência uma circunstância que pode atenuar a culpa referida ao crime em concreto.

O relevo que deve ser dado aos antecedentes criminais há-de depender deste pressuposto: os antecedentes criminais relevam não tanto como elementos de um juízo de culpa sobre a personalidade independente do crime em concreto, mas como elementos que tornam mais grave esse crime em concreto, pois a sua prática traduz o desrespeito da advertência que representaram as condenações anteriores. Isto significa que a agravação decorrente dos antecedentes criminais há-de estar sempre limitada pela gravidade do crime em concreto. Por muito graves que sejam os antecedentes criminais em causa, a agravação da pena correspondente a um crime de pequena gravidade objectiva há-de estar sempre limitada por uma relação de proporcionalidade com esta pequena gravidade⁷³⁷⁴.

Uma última questão diz respeito ao relevo de factores de apreciação da personalidade na escolha da pena e na determinação da respectiva medida.

É frequente atender a factores como a confissão e o arrependimento, ou ausência desse arrependimento (ou insensibilidade diante da gravidade e consequências do crime), na escolha da pena e na determinação da respectiva medida. Tais circunstâncias dizem respeito à personalidade do agente, e não ao facto criminoso em si (não se trata de apreciar os sentimentos manifestados na prática desse facto, mas os sentimentos manifestados posteriormente e na própria audiência, como reflexo da personalidade)

Não questiono, obviamente, a legitimidade da consideração da confissão e do arrependimento como circunstâncias que podem levar a optar por uma pena mais benévola, ou a fixar uma medida da pena mais benévola. Mas o relevo dessas circunstâncias não decorre de um juízo sobre a personalidade. Decorre da inexistência,

⁷³ É exemplar, a este respeito, o caso (já acima referido) decidido no acórdão da Relação de Coimbra de 17/1/1996 (*in C.J.*, 1996, I, pg. 38) de um furto de pequena gravidade praticado por um agente com antecedentes criminais de gravidade acentuada.

⁷⁴ O mesmo raciocínio se aplicará a um juízo de perigosidade do agente. O perigo de continuação da actividade criminosa que inequivocamente representa a toxicodependência do agente não permite a condenação numa pena desproporcional em relação à culpa referida ao crime em concreto. Se este é de pequena gravidade, a pena há-de reflectir esta pequena gravidade, por muito elevado que seja o perigo de continuação da actividade criminosa e as exigências de prevenção especial negativa.

ou do menor relevo, de exigências de prevenção especial, negativa (inexistência de perigo de continuação da actividade criminosa) ou positiva (inexistência de necessidades de socialização). A confissão e o arrependimento são sintomas da inexistência, ou do menor relevo, dessas exigências. Mas já me parece difícil de aceitar que a ausência de confissão e de arrependimento sejam circunstâncias que possam agravar a escolha e a determinação da medida da pena. Por um lado, porque se o arguido não é obrigado a prestar declarações e o seu silêncio não pode desfavorecê-lo, também não pode dizer-se que a ausência de confissão e de arrependimento (preste ou não declarações) o podem desfavorecer⁷⁵. Mas sobretudo porque o relevo dessas circunstâncias traduzirá um juízo negativo sobre a personalidade que, pelas razões que indiquei, sai fora do âmbito de legitimidade da actividade judicial.

Dir-se-á que não é diferente afirmar que o arguido não beneficia das circunstâncias atenuantes da confissão e do arrependimento (o que será sempre possível afirmar) ou afirmar que agrava a sua responsabilidade a ausência dessa confissão e desse arrependimento (o que me parece de rejeitar, pelas razões que indiquei). Penso, porém, que é diferente, e tem consequências diferentes, não fazer operar uma circunstância atenuante e fazer operar uma circunstância agravante.

Raciocínio análogo poderá fazer-se a respeito do comportamento do arguido em âmbitos socialmente relevantes mas sem relevo criminal. Pode dar-se relevo ao seu bom comportamento, como circunstância atenuante, enquanto sintomas da inexistência de exigências de prevenção especial. Não pode dar-se relevo ao seu mau comportamento, como circunstância agravante a considerar num juízo sobre a sua personalidade.

Chegamos ao fim deste breve percurso reflexivo a respeito dos fins das penas e a prática judiciária. Muito fica por aprofundar. Penso que estamos, de qualquer modo, perante questões das mais cruciais da nossa actividade, que se prendem com os seus significado e finalidade mais profundos. Algumas das questões que levantei são obviamente passíveis de crítica e discussão, que espero possa surgir do debate que se segue.

Agradeço a vossa atenção.

Albufeira, 1 de Julho de 2011
Pedro Maria Godinho Vaz Patto

⁷⁵ Em sentido contrário a este pronuncia-se A. Lourenço Martins, *in op. cit.*, pg 513..