

ALGUMAS NOTAS SOBRE A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA JUDICIAL DA PENA NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS (*)

Pelo Doutor José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

1. A questão e o seu enquadramento
2. Seu relevo e significado
3. O problema subjacente fundamental: o problema dos fins (imediatos) das penas e a sua antinomia
 - 3.1. Ao nível do Direito Penal em geral
 - 3.2. Nas várias fases de realização do Direito Penal
 - 3.3. Na determinação da medida judicial da pena

PARTE I — A QUESTÃO NO PLANO JURÍDICO-DOGMÁTICO

4. Razão de ser da sua prévia discussão
5. Passado e futuro da teoria dos fins das penas
 - 5.1. Evolução da teoria dos fins das penas
 - 5.2. Estado actual do problema
6. A autonomia do Princípio da Culpa como fundamento e limite da pena, no quadro das relações entre a Culpa e a Prevenção
 - 6.1. A crise do Princípio da Culpa e as suas razões próximas
 - 6.2. Correntes que visam suprimir o Princípio da Culpa
 - 6.2.1. Princípio da necessidade da pena
 - 6.2.2. Princípio da proporcionalidade da pena
 - 6.2.3. Outros princípios

(*) O presente escrito reproduz, sem alterações, o relatório apresentado pelo autor na disciplina de Direito Penal, no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Comerciais da Universidade Católica (1985/86).

- 6.3. Correntes que visam limitar o seu conteúdo tradicional próprio
 - 6.3.1. Teses que substituem tal conteúdo por uma ideia de Prevenção (JAKOBS). Apreciação crítica
 - 6.3.2. Teses que pretendem rever tal conteúdo à luz duma teoria relativa dos fins das penas (ROXIN). Apreciação crítica
- 6.4. Breve conclusão

PARTE II — A QUESTÃO NO PLANO JURÍDICO-POSITIVO

7. O art. 72.º, n.º 1 do Código Penal. Letra, história e sentido do preceito
8. O papel da Culpa na determinação da medida da pena
9. O papel das exigências de Prevenção na determinação da medida da pena
 - 9.1. Os problemas a resolver
 - 9.2. O problema da possibilidade de aplicação de uma pena superior pena da à culpa por razões de Prevenção Geral e Especial
 - 9.3. O problema da possibilidade de aplicação de pena inferior à pena da culpa por razões de Prevenção Especial
 - 9.4. O contributo da Parte Especial do Código Penal

ABREVIATURAS DE PERIÓDICOS CITADOS

- ADPCP— Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
 AöR— Archiv des öffentlichen Rechts
 APD— Archives de Philosophie de Droit
 BFDUC— Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
 CP— Código Penal
 CPC— Cuadernos de Política Criminal
 CRP— Constituição da República Portuguesa
 DOCP— Documentos Penales
 GG— Grundgesetz
 IP— L'Indice Penal
 JZ— Juristenzeitung
 RCP— Revista de las Ciencias Penales
 RDES— Revista de Direito e Estudos Sociais
 RDP— Revista de Direito Penal
 RDPC— Revue de Droit Pénal et de Criminologie
 RiDP— Rivista Italiana di Diritto Penale
 RIDP— Revue Internationale de Droit Pénal
 RIDPP— Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
 ROA— Revista da Ordem dos Advogados
 RSC— Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé
 RSP— Revue de Science Pénale
 StGB— Strafgesetzbuch
 ZSTW— Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUÇÃO

1. A questão e o seu enquadramento

A aplicação das penas constitui um terreno jurídico-penal onde parecem convergir, simultaneamente, no plano dos princípios, dois tipos de exigências contraditórias: as exigências da certeza e segurança jurídica (*krathos*), impostas pelo princípio da legalidade, e as exigências da justiça do caso concreto (*ethos*), expressas pelo princípio da individualização.

Historicamente, legalidade e individualização são, na realidade, os dois pólos fundamentais em torno dos quais o problema da aplicação da pena sempre girou, sendo bem conhecidos os sistemas sancionatórios inteiramente opostos a que o entendimento unilateral e rígido de cada um desses princípios deu lugar ⁽¹⁾.

O *princípio da legalidade das penas* — corolário da legalidade do Direito Penal («*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*») — cujas razões do aparecimento histórico se prendem com a reacção iluminista ao Estado absoluto e ao arbítrio judicial ⁽²⁾, conheceu uma formulação inicial extremamente ampla e rígida de acordo com a qual seria a própria lei quem determinaria, de forma inflexível e sem qualquer concessão ao poder judicial, a espécie e a quantidade da pena exactas a impor aos delitos. Este entendimento inicial rígido do princípio da legalidade das penas conduziu

⁽¹⁾ Sobre a relação entre legalidade e individualização (discricionariedade) no actual momento histórico, cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. VII, e ss., 323 e ss..

⁽²⁾ M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, p. 14 e ss.

à defesa de um sistema das «penas fixas» e encontrou um fugaz ensaio histórico no «Code Pénal» de 1791, rapidamente abandonado pela sua injustiça (ao infligir igual quantidade de pena a crimes muito diferentes, realizando uma igualdade puramente aparente) e até pela sua ineficácia (pois o sistema das penas fixas resultava inadequado do próprio ponto de vista preventivo, umas vezes por excesso outras por defeito) (3).

Por seu turno, o exacerbamento das exigências decorrentes do *princípio da individualização das penas* haveria de conduzir ao extremo oposto, ou seja, à defesa dum sistema da «pena indeterminada», no qual, quer a escolha da pena, quer a determinação do «quantum» respectivo, caberiam inteiramente ao poder discricionário do juiz (4). Tal sistema, que chegou ainda a ser defendido por um positivismo criminológico menos consequente, teve escassa aceitação em virtude da sua incompatibilidade com os mais elementares imperativos de segurança jurídica.

Entre um e outro dos extremos, as legislações vieram adoptando quase unanimemente um sistema em que se combinam sucessivamente duas etapas: a da individualização da pena, na sua classe e «quantum», feita pelo legislador (*individualização legal*) e a da individualização dessa mesma pena feita pelo juiz no caso concreto (*individualização judicial*).

A individualização legal consiste na definição dos factos puníveis e quantidade de pena aplicável aos factos assim abstractamente descritos. Porque tal etapa se mantém, pela sua própria natureza, dentro duma relativa abstracção e generalidade, e ainda porque tal pena apresenta, não uma magnitude fixa, mas mais ou menos ampla entre um limite máximo e mínimo (medida legal),

(3) Por essa razão, um tal entendimento lato e rígido do princípio legalista em sede da pena veio a diluir-se completamente na evolução do sistema penal, dando lugar a outro mais restrito em que o que se sublinha é que só a lei pode autorizar a imposição duma pena e fixar os respectivos limites. Cfr. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Lisboa, 1981, I, p. 90 e ss. e II, p. 312 e ss.; em sentido idêntico, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in: XVII RIDPP (1974), p. 338; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 325 e ss.

(4) Sobre a pena indeterminada, M. GARCIA ARAN, *Los criterios de determinación de la pena en Derecho Español*, Barcelona, 1982, p. 66 e ss.

justifica-se — sempre que se trata de aplicar uma pena a um crime em concreto — um novo passo ⁽⁵⁾.

Temos então a individualização judicial à qual cabe, naquele típico movimento caracterizador da dinâmica do direito da teoria à «praxis», do sistema ao problema, realizar uma adequada correspondência da pena ao facto do agente, mediante a específica valoração do caso concreto, que o juiz fará à luz de determinados critérios fixados pela própria lei ⁽⁶⁾.

2. Seu relevo e significado

A questão que constitui o objecto deste trabalho — os critérios de determinação da medida concreta da pena — será porventura uma daquelas cuja dignidade não necessita de ser sublinhada.

Dignidade *prática*, desde logo. Com efeito, parece inegável que é justamente neste momento, em que se trata de determinar em concreto a sanção aplicável ao infractor, que a Justiça se realiza na ordem dos factos — «em nenhum outro momento, o juiz incorpora tão dramaticamente a Justiça como quando fixa a pena aplicável» ⁽⁷⁾ — e em que o próprio Direito se vem a concretizar no caso concreto. Será mesmo difícil encontrar no estudo do Direito Penal questão em que, de modo tão flagrantemente prático, a dinâmica que este ramo vive entre a autonomia dos indivíduos, destinatários das normas, e a heteronomia destas, seja evidenciada e posta à prova.

Dignidade ainda — e agora por outro lado — no plano *científico*, já em virtude de nela convergir uma das «vexata quaestio» da ciência jurídico-penal (a do problema dos fins das penas), já em

⁽⁵⁾ Com razão dizia R. SALEILLES que «a lei não pode prever mais que espécies, não conhece indivíduos» (*La individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, 1927, p. 267).

⁽⁶⁾ E não, como é óbvio, discricionariamente: «o juiz dentro dos limites máximo e mínimo da pena não é livre de fixar concretamente a sanção. Não pode obedecer à sua concepção individual do Direito Penal ou dos fins das penas» (M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *A medida da pena*, Lisboa, p. 62).

⁽⁷⁾ J. SOUSA E BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, Lisboa, 1984, texto polic., p. 1.

virtude de nela podermos rever de modo particularmente expressivo a verdadeira natureza desta ciência, e da própria ciência do Direito em geral.

Efectivamente, a questão agora em análise revela a sua importância quando se reflita que ela tem a si subjacente uma outra questão (se é que com ela se não vem mesmo a identificar) — a do problema dos fins das penas — que tem sido e continuará certamente a ser das mais debatidas na ciência do Direito Penal. Como faz notar CAVALEIRO DE FERREIRA, «são os fins do Direito Penal, ou seja, os fins da própria pena, que nos fornecem os fundamentos em que deve assentar a sua individualização» (8). Vale isto por dizer que a resposta à pergunta acerca dos critérios ou princípios em que deve assentar a determinação concreta da pena depende em grande parte da resposta que se deva dar àquela outra acerca dos fins e sentido que lhe devam ser imputados. Ora, tal será por si o bastante — e isto mesmo sem ser preciso partilhar da opinião mais radical de que «é possível afirmar, sem medo de exagerar, que o equilíbrio do sistema reside está no equilíbrio dos fins das penas» (9) — para confirmar a dignidade do tema em análise e justificar o seu estudo.

Mas aquela dignidade torna-se ainda mais evidente se se reflectir estarmos afinal perante uma daquelas questões jurídico-penais que contribuem, no contexto do Direito Penal e até do Direito em geral, para a caracterização da natureza da ciência respectiva.

A ciência do Direito Penal é um saber prático, pois, ao contrário das ciências teóricas, não vai dirigida a um conhecimento especulativo da realidade sócio-humana a que se dirige, mas antes a um conhecimento prático dessa realidade, com vista a sobre ela actuar e ordenar. Numa fórmula de CAVALEIRO DE FERREIRA, «desde os princípios mais gerais do Direito Penal através dos institutos e regras jurídicas até à aplicação casuística da lei, há um movimento contínuo do conhecimento em direcção às relações

(8) *A medida da pena*, cit., p. 65.

(9) G. D. PISAPIA, *Istituzione di Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 162.

sociais que cumpre ordenar e regular»⁽¹⁰⁾. Ora, amostra por excelência deste movimento incessante da teoria à prática, do sistema abstracto ao problema concreto, em que afinal se revê a ciência jurídico-penal na sua dinâmica própria, parece constituir justamente aquele momento em que o juiz cura de determinar, no caso concreto, qual a pena a aplicar a um dado indivíduo.

E o que se diz para a ciência do Direito Penal em particular, vale até por maioria de razão para o próprio Direito em geral. É hoje cada vez mais necessário acentuar — face a certas interpretações do Direito que arriscam a reduzi-lo a um simples saber teórico, a um mero «social engineering» ordenado a uma redução da complexidade (N. LUHMANN)⁽¹¹⁾ — que a ciência jurídica é uma ciência práctico-normativa (que conhece em vista de um fim) e que o Direito é sempre algo que visa definir o que é justo no caso concreto. Já o pensamento clássico aristotélico-tomista havia notado que o Direito é sempre o direito do caso concreto, o justo do caso singular, o «to dikaion», a «res justa», o «id quod justum est». De facto, a atitude do jurista e do juiz não é uma atitude teórico-especulativa que visa simplesmente contemplar o que é, mas uma atitude prática destinada a estabelecer, no caso singular, o que deve ser: ora, se isto é assim, se «o justo que o jurista pro-

⁽¹⁰⁾ *A medida da pena*, cit., p. 59; vide também *A tipicidade na técnica do Direito Penal*, Lisboa, 1935, p. 80; *Direito Penal Português*, I, cit., p. 28 ss. O enquadramento da Ciência do Direito Penal no contexto das ciências práticas, por oposição às ciências especulativas, retoma assim a classificação aristotélica das ciências e do conhecimento em conhecimento dirigido à realidade, à contemplação do que é, e conhecimento ordenado em função de um fim, que serve para regular e moldar à luz do que deve ser (cfr. G. GRANGER, *La theorie aristotelicienne de la science*, Paris, 1976, p. 18 e E. GARCIA MAYNEZ *La doctrina aristotélica de la justicia*, México, 1973, p. 48). É ainda, no fundo, uma tal distinção entre saber teórico e saber práctico que parece subjazer a muitas das actuais tentativas de caracterização da ciência jurídico-penal, mormente do chamado pensamento problemático e pensamento tópico-retórico de VIEHWEG e ESSER, que não fizeram senão reavivar a teoria da acção aristotélica, objecto duma tradição muito viva junto dos jurisconsultos romanos e dos glossadores medievais. Sobre a «cientificidade» da dogmática jurídico-penal, recorrendo justamente a tal pensamento, vide J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, COIMBRA, 1969, p. 22 e *Direito Penal e Estado-de-Direito Material (Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime)*, in: 31 RDP (1981), p. 40 e ss.

⁽¹¹⁾ N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, in: 94 AöR (1969), p. 7 e ss.

cura é a solução adaptada à nossa condição presente, o acto que «hic et nunc» eu devo realizar» (M. VILLEY) ⁽¹²⁾, então o pensamento jurídico é pensamento que «vive» e desemboca no caso concreto, então a ciência jurídica só alcança o seu termo perficiente no discernimento do justo objectivo da situação concreta ⁽¹³⁾ e, deste modo, o Direito, «o verdadeiro direito é o do caso concreto» (A. VINCENT) ⁽¹⁴⁾. Daí que se torne cada vez mais difundida a opinião daqueles que, retomando aquilo que o pensamento clássico havia já salientado, reafirmam que o Direito se revê na «realização histórico-social da sua intenção normativa» ⁽¹⁵⁾, que ele é intenção axiológica que se cumpre no seio contingente da acção prática ⁽¹⁶⁾ e que, por isso, a sua génese é sempre uma autêntica «concretização» (K. ENGLISH). Ora não será porventura descabido, neste contexto, apontar justamente o problema da medida da pena como um afloramento de eleição desta natureza do Direito e da sua ciência ⁽¹⁷⁾, como ciência prático-normativa e como ordem vocacionada a ordenar a realidade a que se dirige, que cumpre uma intenção axiológica (Justiça) nos casos concretos. Nesse sentido, já se

⁽¹²⁾ M. VILLEY, *Leçons d'Histoire de Philosophie de Droit*, Paris, 1962, p. 143.

⁽¹³⁾ Daqui que hoje se tenha tornado recorrente a ideia de que a função do pensamento dogmático seja a da obtenção da justa resolução do problema posto pelo caso jurídico concreto, «como se este caso se tornasse no ponto de partida de toda a ciência, que a partir dele deva ser alcançada» (SAVIGNY, *apud* J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 18 e 22).

⁽¹⁴⁾ I. ANDRÉ-VINCENT, *L'abstraction et le concret dans l'interpretation*, in: XVII APD (1972), p. 136.

⁽¹⁵⁾ A. CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in: «Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Teixeira Ribeiro», Coimbra, 1979, II, p. 83, onde se pode encontrar ainda uma desenvolvida crítica à visão cientista-positivista da ciência jurídica.

⁽¹⁶⁾ Sobre o plano contingente da actuação do Direito, enquanto «opera humana» (obra dum ser cuja radical condição ontológica é de abertura e exposição ao contingente), e a importância desta concepção antropológica, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Antropologia, existencialismo e direito*, separ. RDES, vol. XII, n.º 1 e 2 (1965), especialmente p. 108 e ss.

⁽¹⁷⁾ Alguns autores, v.g., H.-H. JESCHECK, consideram mesmo a questão da medida concreta da pena como um dos exemplos mais flagrantes desta característica «concrecionista» do Direito, isto é, da sua particular natureza de saber dirigido a um fim prático: o de descobrir o justo no caso concreto (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II, Barcelona, 1981, p. 1190, nota 5).

sublinhou que «a medida da pena é o ponto crucial do Direito Penal: nele convergem, colidem e se articulam os conceitos basilares da dogmática (...). Tais conceitos como que saem da sua posição estática do sistema e dinamicamente se concretizam ao contacto da realidade, adquirindo vitalidade e enriquecendo-se com as contingências concretas que se lhe adaptam» (CAVALEIRO DE FERREIRA) ⁽¹⁸⁾.

Finalmente, a dignidade do tema da medida da pena é ainda patente, e vê-se até reforçada, no próprio plano *legislativo*. Na realidade, também o legislador português (na sua mais recente intervenção de 1982, e na linha, aliás, do que semelhantemente haviam feito o suíço e alemão) veio a ocupar-se desta questão, estabelecendo uma proposição geral sobre a relação entre a determinação da medida da pena e os fins das penas: «A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes» (art. 72.º, n.º 1 Código Penal).

Esta dignidade prática, dogmático-científica, e jurídico-positiva da questão em análise encontra, todavia, uma onerosa contrapartida na sua dificuldade e complexidade.

É que, por um lado, se é certo encontrarmos a doutrina em unísono quando se afirma que «o problema dos fins das penas é velho como o próprio pensamento humano» ⁽¹⁹⁾, e que, por essa razão, «nenhum outro problema do Direito Penal foi objecto duma tão viva especulação como a teoria da pena» ⁽²⁰⁾, não menos certo será notar que o problema da antinomia dos fins das penas corre o sério risco de ser um daqueles que está destinado a não encontrar uma resposta definitiva.

E — agora por outro lado — não terá sido seguramente o legislador quem terá vindo esclarecer esse problema no terreno específico da medida da pena, quando dele se veio a ocupar recentemente no preceito do art. 72.º do Código Penal. Ao vir aparente-

⁽¹⁸⁾ *A medida da pena*, cit., p. 60.

⁽¹⁹⁾ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, cit., II, p. 299.

⁽²⁰⁾ J. CUELLO, *La «ideologia» de los fines de la pena*, in: ADPCP (1980), II, p. 423.

mente consagrar neste preceito dedicado à determinação concreta da medida da pena, como critérios dessa determinação, todos os fins que genericamente o pensamento jurídico-penal e jusfilosófico sempre adjudicou à pena em sede geral (retribuição e prevenção), o novo Código não forneceu um princípio de resposta para o problema da antinomia daqueles fins no terreno particular da medida da pena, antes se limitou a reconhecer tal antinomia e a atribuir a esta atitude de resignação foros de lei ⁽²¹⁾. Ora — isto dito — o que logo ocorre perguntar é qual o contributo da recente intervenção legislativa para a uniformidade e segurança da prática judicial neste específico domínio e qual o acerto jurídico-dogmático da nova construção.

Quanto ao primeiro aspecto, a ainda relativamente curta vigência do actual Código não permitiu fornecer dados seguros

⁽²¹⁾ Cumpre a este propósito sublinhar, aliás, que não se terá porventura atentado convenientemente nos resultados extraídos da vigência de preceitos semelhantes noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros (onde também se optou por regular a determinação da medida da pena sem se indicar, nem sequer tendencialmente, uma hierarquia praticável dos critérios finais orientadores dessa medida) e aproveitado as conclusões que, na sequência de tal vigência, foram sendo retiradas pelas doutrinas respectivas. Assim, por exemplo, em Itália, a disciplina de determinação da pena consagrada no art. 133.º do Codice Penale «que deveria constituir um elemento essencial na modelação das decisões judiciais, traía em grande parte as expectativas, para o que terá contribuído o silêncio da norma sobre os fins da pena no momento comensurativo e a própria equivocidade dos parâmetros nela contidos» (S. LARIZZA, *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in: XXV RIDPP (1982), 2, p. 601), o que, entre outras consequências, originou numerosa jurisprudência contraditória (IDEM, cit., p. 601; no mesmo sentido, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 80 e ss.; F. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in: XIX RIDPP (1976), 1, p. 377). Mais flagrante será ainda porventura o exemplo alemão, cuja legislação penal serviu de principal fonte do nosso legislador: tomaram-se já frequentes, no seio da doutrina alemã, afirmações segundo as quais, no § 46 do StGB (preceito que regula a determinação da medida da pena e ao qual corresponde, com uma ou outra alteração, o nosso art. 72.º), «o legislador deixou o intérprete abandonado à sua sorte na hora em que este mais carecia de ser ajudado» (K. ROXIN, *Prävention und Strafzumessung*, in: Festschrift für H. J. BRÜNS, 1978, p. 183); ou mesmo, mais radicalmente, afirmações segundo as quais «é inimaginável uma disposição sobre as relações entre culpa e prevenção capaz de ser mais obscura do que a prevista no § 46» (G. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, trad. espanhola Bacigalupo/Zugaldia, «Culpabilidad por el hecho y medida de la pena», Madrid, 1980, p. 56). Apesar da sua ainda curta vigência, crítica idêntica começa já aliás a ser endereçada, entre nós, ao art. 72.º, n.º 1 Código Penal (cfr. J. SOUSA E BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, cit., p. 1).

sobre quais os seus efeitos e recepção na prática judicial. O que parece evidente, porém, é o maior factor de insegurança que o art. 72.º parece inevitavelmente trazer consigo para o momento de determinar os critérios que presidem à graduação da pena em concreto: de facto, como já HENKEL ironicamente notara, «o juiz não está em condições de fazer música repressiva e preventiva ao mesmo tempo» (22). E nunca será de mais recordar que, na vigência do correspondente preceito da lei alemã, § 46 do StGB (no qual se parece ter baseado o art. 72.º do Código Penal) — de que também alguma doutrina logo de início denunciou a ambiguidade: «trata-se de fórmula carente de determinação e vazia de sentido, susceptível de se interpretada como se queira» (G. STRATENWERTH) (23), e profetizou os perigos daí advenientes para as concretas decisões judiciais: «a esperança de que os conflitos entre os fins das penas apareçam apenas raramente é vã: a insegurança nos fundamentos asfixiará toda a teoria da individualização da pena» (24) —, a prática judicial ainda não logrou na opinião de muitos superar a irracionalidade e insegurança que, no domínio das operações de individualização da pena, aí amiúde imperou e que as disposições surgidas com a reforma de 75 visaram ultrapassar, como o prova a sua recente jurisprudência donde têm saído frequentes decisões totalmente contraditórias (v.g., as sentenças do BGH 24, 134 e BGH, 24, 42) (25).

Quanto ao segundo aspecto — o acerto jurídico-dogmático das posições subjacentes à nova construção legislativa —, não se

(22) *Die «richtige» Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969, p. 23.

(23) G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, cit., p. 57.

(24) G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, cit., p. 56.

(25) E neste particular não pode deixar de se sublinhar que, se no direito alemão, não existia até há bem pouco tempo qualquer disciplina legal e enquadramento dogmático em matéria de aplicação da pena (que constituía assim — abandonada que estava ao poder discricionário do juiz — uma sorte de «direito feudal» da função jurisdicional e onde reinava uma grande insegurança), o direito português conhecia uma larga tradição neste domínio, tanto mais que a individualização da pena vem regulada desde a Reforma de 1954.

poderá perder de vista que o actual art. 72.º, n. 1 do Código Penal teve como fonte próxima um preceito da lei penal alemã — o § 46 do StGB — cujo teor é o produto mais ou menos directo das novas visões jurídico-dogmáticas do princípio da Culpa (em especial, das suas relações com a ideia de Prevenção) propostas em alguns sectores da doutrina germânica. Desta perspectiva, pois, talvez não seja descabido pensar que, subjacente à fórmula adoptada no referido art. 72.º, terá estado a sensibilidade do nosso legislador para essas inovadoras visões da dogmática alemã; e desta perspectiva também, pois, tudo estará agora em apurar qual o acerto e fecundidade destas concepções jurídico-dogmáticas, as quais, no essencial, vieram pôr em causa o princípio da Culpa como fundamento e limite autónomos da pena ⁽²⁶⁾.

3. O problema subjacente fundamental: o problema dos fins (imediatos) da pena e a sua antinomia

Acabamos justamente de ver que a questão de saber quais os critérios em função dos quais deverá o juiz individualizar e determinar concretamente a pena aplicável a um facto punível (as «causas finais de determinação da medida da pena», como se lhes chama na doutrina alemã) ⁽²⁷⁾, nos remete para o problema dos fins das penas e da sua antinomia. Sem perder muito tempo a acentuar uma relevância que de todos é conhecida, limitar-me-ia a referir a importância que ele parece colher a vários níveis: ao nível do Direito Penal considerado no seu conjunto, ao nível dos vários estádios concretos através dos quais o ordenamento jurídico-penal intervém na esfera dos indivíduos (cominação, aplicação e execução das sanções penais) e ainda, com particular ênfase e relevo, ao nível das operações de determinação da medida da pena.

⁽²⁶⁾ A esse problema se referirá a parte II do presente trabalho.

⁽²⁷⁾ A expressão provém de SPENDEL (*Zur Lehre vom Strafmass*), apud K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, trad. espanhola de F. MUÑOZ CONDE, incluída em «Culpabilidad y prevención en derecho penal», Madrid, 1981, p. 93.

3.1. *Ao nível do Direito Penal em geral*

Nunca será de mais sublinhar, neste momento introdutório, que este problema fundamental não é exclusivo da matéria da medida da pena mas é antes, na verdade, um problema — senão mesmo o problema — do próprio Direito Penal⁽²⁸⁾. E isto quer distinguamos naqueles fins a questão dos fins mediatos da pena (ou seja, a questão do seu fundamento) ou aquela outra, de que aqui particularmente se cura, dos seus fins imediatos⁽²⁹⁾.

Na realidade, por um lado, ocioso é já dizer que falar do fundamento da pena (*fim mediato*) é afinal falar do fundamento do próprio Direito Penal. A pena surge como um meio de tutela ou protecção do ordenamento jurídico: sem aquela este deixaria de constituir uma ordem coactiva para passar a ser apenas um feixe de recomendações não vinculantes⁽³⁰⁾. Deste modo, o problema do fim mediato das penas, não só se vem a reconduzir ao problema do fundamento do Direito Penal⁽³¹⁾, como vem mesmo a desembocar afinal num problema comum a todo o Direito. Certamente, «o Direito é uma ordem de convivência humana com um sentido — e esse sentido é a Justiça»⁽³²⁾: mas precisamente essa pretensão de validade (justiça) com que o Direito pretende conformar a ordem social, só é viável e adquire corpo enquanto ele seja simultaneamente portador duma pretensão de vigência e de eficácia, isto é, uma ordem dotada de coercibilidade: «o direito supõe em princípio uma sanção positiva. Se esta não é da sua essência é pelo menos da

(28) Daí que se afirme que «como quer que a questão seja posta fundamentamente a propósito dos fins das penas, trata-se da própria finalidade do Direito Penal» (T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º vol., Lisboa, 1979/80, p. 410).

(29) A distinção não é irrelevante, já que, como nota A. KAUFMANN, «se é certo que existe unanimidade acerca da missão do Direito Penal, que é a de proteger bens jurídicos (fim mediato)», «falta porém responder como funciona todo ele e em que medida se orienta a sua utilização» (*La misión del Derecho Penal*, in: S. MIR PUIG (ed.), «La Reforma del Derecho Penal II», Belaterra, 1981, p. 18).

(30) H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., vol. I, p. 90 (naquilo que este autor denomina de «justificação jurídico-política da pena»).

(31) M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, cit., II, p. 306 e ss.

(32) J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 33.

sua natureza; (...) caso contrário, estaríamos em presença de uma «lex imperfecta» votada ao fracasso» (J. LE FUR). E eis que o problema do fim mediato das penas — ligando-nos ao problema mais geral das relações entre a sanção e a natureza do Direito (numa palavra, o problema da heteromia das normas jurídicas) — nos lança assim directamente no fulcro das reflexões jusfilosóficas sobre o próprio Direito.

Por outro lado, a questão dos *fins imediatos* da pena. O problema aqui é então o de saber como através das penas se tutela a ordem jurídica, isto é, quais os sentidos que devem ser imputados à dinâmica da pena para que esta possa cumprir o seu fim mediato, quais as funções que lhe podem ser adjudicadas com vista à realização deste fim. A este propósito, se se pretender inventariar na já praticamente ilimitada literatura jusfilosófica e jurídico-penal as posições fundamentais perante tal questão — e sem prejuízo do que mais adiante em detalhe se dirá —, concluir-se-á que até hoje não se terão proposto senão três soluções, que assinalam à pena, ora um fim de Retribuição, ora um fim de Prevenção Geral, ora um fim de Prevenção Especial.

3.2. *Nas várias fases de realização do Direito Penal*

Também neste aspecto a magnitude da questão resulta evidente, pois que a relevância e coordenação dos fins das penas, longe de ser questão cujo relevo se limite a uma das fases em que o Direito Penal intervém na esfera dos indivíduos — a aplicação judicial duma sanção penal —, está antes presente em todas as fases de realização deste Direito: na da cominação legislativa, na da aplicação judicial, e na da execução das penas⁽³³⁾.

Na realidade, o problema dos fins das penas (na sua tríplice dimensão retributiva, preventivo-geral e preventivo-especial) está logo patente na fase da *cominação das sanções* pelo legislador penal.

⁽³³⁾ Vide sobre todo o ponto, A. TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal*, Coimbra: BMJ (separata), 1985, p. 97 e ss.

As cominações legislativas de sanções penais justificam-se, desde logo, e primordialmente, pelo fim de prevenção geral — e isto quer se fale da prevenção geral num sentido tradicional (em que se considera o seu aspecto negativo como intimidação ou dissuasão), quer se fale dela no seu aspecto positivo de integração (em que se salienta o aspecto, não de intimidação, mas de reforço da confiança dos destinatários das normas penais). Na verdade, a função da pena é naturalmente a da intimidação que dirige aos indivíduos em geral: «a sua existência» — diz A. KAUFMANN — «não se discute»⁽³⁴⁾. Inegável, porém, é ainda a importância da prevenção geral num sentido positivo de integração, que WELZEL denominou de «função ético-social do Direito Penal»⁽³⁵⁾ e com a qual se pretende designar a circunstância de a lei penal, pelo simples facto de existir e funcionar, ir conformando a consciência ético-jurídica dos destinatários respectivos (ao recordar-lhes o conteúdo das proibições), favorecendo a identificação destes com os bens que quer tutelar e criando uma atitude interna de fidelidade Direito, através do reforço da sua confiança na capacidade da ordem jurídica se impor no seio da comunidade social⁽³⁶⁾. Bastará pensar-se para tal — se é que isso necessitaria de ser comprovado — na diversidade das molduras penais previstas na Parte Especial do Código Penal, diversidade que logo se explica pela maior ou menor gravidade da ilicitude do facto praticado. Na verdade, a correspondência (ou «proporcionalidade») da gravidade da pena à maior ou menor gravidade do ilícito constitui expressão, ainda que indirecta, da maior ou menor relevância para a comunidade do bem jurídico protegido pela respectiva norma — deste modo se tornando saliente o sentido positivo da pena como de «integração», isto é, de reforço da con-

(34) A. KAUFMANN, *La misión del Derecho Penal*, op. e loc. cit.

(35) H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969 (11.ª ed.), p. 3.

(36) Este entendimento da prevenção — que faz realçar o seu significado «positivo» de integração — é o utilizado predominantemente na doutrina alemã (cfr. H.-H. IESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 1195; HASSEMER/LUDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979, p. 29), espanhola (S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979, p. 25), e portuguesa (J. FIGUEIREDO DIAS, *Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do futuro*, in: 43 ROA (1983), p. 26).

fiança dos destinatários das normas incriminadoras na eficácia protectora das mesmas, através da identificação desses destinatários (e da consciência jurídica da comunidade em geral) com os bens jurídicos por aquelas tutelados ⁽³⁷⁾.

Mas também intervêm porventura na fase da cominação penal considerações relativas aos restantes fins das penas. Pense-se — quanto à finalidade retributiva — na decisiva relevância atribuída pelo legislador à culpa quando estabelece diferentes molduras penais para o mesmo tipo-de-ilícito (consoante o grau de culpa, doloso ou negligente, com que o delito foi cometido); e reflecta-se ainda que — agora quanto à finalidade de Prevenção Especial — também o legislador não terá deixado de atender, no quadro embora das limitações impostas pela Culpa e Prevenção Geral, à consideração de objectivos que se ligam com a ressocialização ou readaptação social do delincente, como o mostram, entre outros, a faculdade conferida ao juiz de, em casos determinados, poder (ou mesmo dever, na letra da lei: cfr. art. 71.º Código Penal) optar por uma pena não detentiva.

O problema dos fins das penas redobra evidentemente de interesse prático na fase da *aplicação e medida das sanções penais* pelo julgador, onde encontrará mesmo porventura a sua sede de eleição. Já que é justamente esta a questão que constitui o objecto central deste trabalho, limitar-me-ia para já a remeter para o que adiante será dito a este propósito ⁽³⁸⁾.

Finalmente, é ainda o mesmo problema que fornece o pano de fundo do debate sobre o modo de *execução das penas*, o último estágio de realização do Direito Penal. Como quer que este estágio seja concebido, nunca à doutrina e aos legisladores terá passado despercebida a importância da finalidade da Prevenção Especial de recuperação ou readaptação social do delincente na execução duma pena. Pode mesmo afirmar-se que o fascínio que o lema da ressocialização exerceu sobre ambos, permitindo-lhe apresentar-se como uma espécie de fórmula mágica contendo em si virtualidades

⁽³⁷⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito, vide K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, trad. cit., p. 101.

⁽³⁸⁾ Vide *infra* págs, 18 e ss.

para constituir alternativa à clássica forma de conceber a punição e meio por excelência de redução da criminalidade, nomeadamente da reincidência criminal, valeu-lhe um lugar de destaque no contexto dos fins das penas, e isto ultrapassando até o mero campo penitenciário, onde teve a sua origem. Deste fascínio exercido na doutrina (especialmente alemã), é talvez o nosso Decreto-Lei 265/79, de 1-8 (mormente art. 2.º), uma expressão viva, para o qual se reclama uma interpretação segundo a qual a consagração da meta primacial da reinserção social do delinquente representa a opção inequívoca e exclusiva, no terreno da execução da pena, de um fim exclusivo de Prevenção Especial⁽³⁹⁾.

Será a altura, porém, de fazer notar que a pretensão — que fez carreira duas décadas atrás — de alcandorar uma certa ideia de ressocialização a finalidade imediata a prosseguir na dinâmica da execução da pena começou aos poucos a ser questionada no valor absoluto que lhe era atribuído, e o mínimo que hoje se poderá afirmar — quando se ouve dizer um pouco por todo o lado que «a reeducação é um mito»⁽⁴⁰⁾ —, será que ela está em franca crise. Dessa situação é particularmente elucidativa a circunstância de ter sido justamente dos países que mais entusiasticamente acolheram o pensamento ressocializador (e onde ele chegou a dominar quase exclusivamente), donde partem agora os maiores testemunhos da descrença nas suas virtualidades, e onde se voltam a reafirmar, quer a importância das finalidades preventivo-gerais⁽⁴¹⁾, quer a

(39) A. MIRANDA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, Coimbra, 1982, p. 115.

(40) H. C. FRAGOSO, *Pena e Culpa*, in: 1 *Ciência Penal* (1973), p. 4; vide também G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in: AA.VV., «Sul problema della rieducazione del condannato», Padova, 1964, p. 15.

(41) Como sublinha TAIPA DE CARVALHO (*Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal*, cit., p. 103 e ss.), assim acontece com os EUA e Suécia, países onde, depois do pensamento ressocializador ter dominado, começa agora a ser abandonado com frequentes «apelos à lei e à ordem», concedendo de novo relevância às necessidades preventivo-gerais. Explicações desta viragem brusca encontram-nas os autores, entre outras, na própria realidade penal e penitenciária (há certos domínios de criminalidade, v.g., criminalidade económica ou estradal, em que o ordenamento jurídico-penal continua a dar prevalência à satisfação das necessidades de prevenção geral: assim KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, in: «Festschrift für T. Württenberger», p. 370) e nos mínguos resultados obtidos com os programas de tratamento, cuja eficácia ficou por comprovar (o peso do

importância da culpa como fundamento e limite da pena ⁽⁴²⁾. Daí que alguns autores venham constatando com desassombro que — depois do fascínio exercido pelo ideal ressocializador no pensamento da execução e dos fins das penas, a ponto de o tomar a doutrina em alguns países como valor «quase axiomático» (E. SPITTLER) — não se pode justificar a premissa de que existia uma clássica execução da pena privativa de liberdade (implicitamente «má») e que temos hoje uma reformada ou moderna execução penal (implicitamente «boa») ⁽⁴³⁾. Com o que — acrescentamos nós — de novo, oculto por alguns momentos, eis que vemos emergir o latente problema da antinomia dos fins das penas.

Tudo isto talvez nos permita agora concluir com a mesma ideia com que abrimos: a de que o problema da antinomia dos fins das penas continua a constituir o pano de fundo dos vários estados de realização do Direito Penal.

3.3. *Na determinação da medida judicial da pena*

O problema dos fins das penas — se bem que, como justamente se vem de sublinhar, atravesse como uma «diagonal fulgurante» todos os estádios de intervenção da justiça penal — conhece, porém, no processo de determinação judicial da pena concreta o seu verdadeiro campo de eleição, processo esse de que constitui efectivamente um pressuposto lógico, necessário e estrutural.

veredicto dos criminólogos terá sido aqui determinante ao demonstrar o quase nulo efeito daqueles programas sobre as taxas de reincidência: «tal como demonstramos, prescindindo de poucas e contadas excepções, os esforços de ressocialização não tiveram qualquer influência relevante no terreno da reincidência» — R. MARTINSON, *The effectiveness of correctional treatment*, p. 10).

⁽⁴²⁾ Assim H.-H. JESCHECK, *Rasgos fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal*, in: DOCP, n.º 7, p. 467.

⁽⁴³⁾ E. SPITTLER, *Contribución a una crítica de la ciencia y de la política criminal de la ejecución de la pena*, in: S. MIR PUIG (ed.), «La reforma del Derecho Penal», cit., p. 85.

Pressuposto lógico pois que, tratando-se de aplicar no caso concreto uma sanção penal, sempre haverá que solucionar primeiro a questão prévia de quais os particulares fins imediatos que àquela irão adjudicados ⁽⁴⁴⁾.

Pressuposto necessário ainda, porque abandonado o sistema das penas fixas e consagrado o princípio da individualização das penas ⁽⁴⁵⁾, a fixação da medida concreta da pena, dentro dos limites máximo e mínimo da respectiva medida legal, passa a ser fruto duma decisão do juiz no caso concreto. Ora importa que uma tal decisão — cujo exercício se vem chamando por vezes de «discricionariedade juridicamente vinculada» ⁽⁴⁶⁾ — esteja subordinada a determinados critérios orientadores e unitários: de facto, como nota CAVALEIRO DE FERREIRA, «o juiz, dentro dos limites da pena, não é livre de fixar concretamente a sanção» ⁽⁴⁷⁾. Sendo a aplicação da pena «estruturalmente aplicação do direito» (BRUNS), importa que aquela respeite os cânones fixados em sede exercício da função jurisdicional, evitando o arbítrio judicial e a violação do princípio da igualdade ⁽⁴⁸⁾. Daí a conseqüente necessidade de subordinar o processo de determinação judicial da pena a critérios (unitários) que vinculem e orientem o juiz na hora deste

⁽⁴⁴⁾ Assim, por todos, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *A medida da pena*, cit., p. 63.

⁽⁴⁵⁾ Em rigor, nunca o direito português conheceu o sistema de penas fixas tal como o concebeu o «Code Pénal» francês de 1791. O próprio Código de 1852, partilhando no geral o ideário subjacente àquele e prevendo em particular um sistema de penas fixas, aceitava a variabilidade da medida das penas nos casos de agravação ou atenuação judicial. A supressão daquele sistema e a consagração do princípio da individualização judicial da pena, com o alcance que ele hoje possui, foram, porém, obra da Reforma de 1954.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., entre outros, H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., p. 1191.

⁽⁴⁷⁾ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *A medida da pena*, cit., p. 62.

⁽⁴⁸⁾ H. J. BRUNS, *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, in: 94 ZSTW (1982), Heft 1, p. 114 e ss. Cumpre aliás aqui realçar que, em muitos países (v.g., em França), a questão em análise tem sido justamente vista na perspectiva da obtenção dum equilíbrio entre o princípio da individualização e o princípio da igualdade, «valores de referência» neste terreno, como lhes chama M. DELMAS-MARTY (*La durée et la sentence; structures et strategies du système pénal français*, in: RDPC (1984), n.º 3, p. 295), ou «vectores fundamentais», na expressão de J. MESSINE (*L'égalité et l'individualization de la peine*, in: «Travaux du Centre de Philosophie de Droit de l'Université de Bruxelles», IV (1975), p. 8).

fixar concretamente as consequências jurídicas dum facto punível, critérios que se retirarão — ao menos mediatamente — dos fins das penas ⁽⁴⁹⁾.

Pressuposto estrutural do processo da determinação judicial da medida da pena, finalmente, já que, e de acordo com uma ideia muito divulgada, tal processo poder-se-ia ver organizado em três sucessivas etapas: a determinação dos prevalentes fins das penas (as «finalen Strafzumessungsgründe» da doutrina germânica ou os «criteri finalisti di valutazione» da italiana); a fixação dos factores influentes nessa determinação (ou seja, as «realen Strafzumessungsgründe» ou a «individualizzazione dei elementi di fatto»); e o exame das considerações fundamentadoras dessa determinação (ou seja, as «logischen Strafzumessungsgründe» ou a «traduzione del amontare di pena nella valutazione effettuate») ⁽⁵⁰⁾. Aceite-se ou não tal estruturação do processo de determinação da pena, o que parece não poder sofrer contestação será que ponto de partida desse processo haverá de ser sempre uma resposta prévia em sede do conflito dos fins das penas. É isso que permite a certos autores — como JESCHECK — concluir que «o paradigma da determinação judicial das penas é a determinação dos seus fins, pois só partindo dos fins das penas claramente definidos se pode julgar que factos são importantes e como se devem valorar no caso concreto para a fixação da pena» ⁽⁵¹⁾; ou a outros — como MANTOVANI — afirmar no mesmo tom que uma clara definição dos fins das penas, se não é suficiente para garantir a racionalidade na determinação da pena, é porém sempre «o postulado indispensável para estabelecer quais os elementos de facto e do agente que são aqui relevantes e como devem ser valorados» ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ Isto sem embargo de se reconhecer que ao exercício da função jurisdicional e à aplicação do direito é, em geral, sempre inerente um elemento individual não controlável (a este propósito, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 119) e, em particular, justamente no terreno da medida da pena em que se trata de converter quantidades de culpa em magnitudes penais.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., para a doutrina alemã, H. J. BRUNS, *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, cit., p. 115, e, para a doutrina italiana, L. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 1979, p. 706 e ss.

⁽⁵¹⁾ H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., II, p. 1194.

⁽⁵²⁾ L. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 707.

Uma boa amostra deste carácter paradigmático que a questão dos fins das penas possui nas operações de determinação da medida da pena encontramos-la afinal no facto de a ponderação das circunstâncias elencadas no n.º 2 do art. 72.º Código Penal estar em grande medida dependente da interpretação que se fizer do seu n.º 1, isto é, da solução a dar à questão da antinomia dos fins das penas (e, em particular, à da relação entre Culpa e Prevenção) no contexto da aplicação concreta duma pena⁽⁵³⁾. E também ainda no facto de o mesmo Código ter deixado claramente outros aspectos da determinação judicial da pena — que não apenas o da fixação concreta da penalidade, tais como dispensa da pena (art. 75.º), regime de prova (art. 53.º), suspensão da execução (art. 48.º, n.º 2), etc.⁽⁵⁴⁾, na dependência da solução que se encontre para aquela questão. Aliás, mesmo quando os autores deixam de fazer considerações «de iure constituto» para passar a fazê-las «de iure condendo», nem mesmo aí deixam de notar que, também nesse plano, a questão dos fins é questão prévia: «uma reforma do sistema das sanções penais não pode ser feito dum modo racional se não concebendo-as como «meios» que operam em vista de fins predeterminados»⁽⁵⁵⁾.

Com o que fica dito, e em conclusão, creio haver já boas razões para se admitir a ideia com que abrimos este trabalho e que

⁽⁵³⁾ Neste aspecto, será importante recordar que a idêntica conclusão tem chegado, quer a doutrina alemã em face do correspondente § 46 StGB, quer a doutrina italiana em face do art. 133 «Codice Penale». Assim, entre a primeira, nomeadamente H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 1201; H.-J. BRUNS, *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, cit., p. 331; G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, cit., p. 66. Entre a segunda, por todos, E. DOLCINI, *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in: RIDPP (1975), p. 1156 e ss.; IDEM, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 42 (concretizando as potencialidades pluriinterpretativas dos vários parâmetros do referido preceito da lei italiana); e ainda S. LARIZZA, *La commisurazione della pena*, cit., que afirma expressamente que «se constatou como a norma do art. 133 e os parâmetros nela contidos se prestam a interpretações equívocas consoante o intérprete afirme a retribuição, ou a ressocialização, ou a prevenção geral, como fim que a pena deve prosseguir no momento da sua aplicação» (pág. 598).

⁽⁵⁴⁾ A este sentido amplo da determinação judicial das penas se refere a doutrina inglesa através da expressão «sentencing».

⁽⁵⁵⁾ A. PLAGIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in: RIDPP (1979), p. 1189.

até aqui procuramos em traços gerais justificar: a tese de que a resposta aos problemas colocados na determinação judicial da medida da pena está visceralmente dependente da resposta que se obtiver à questão prévia da antinomia dos fins das penas nesta sede. Se se aceitar esta ideia, então talvez já se possa compreender e porventura aprovar que justamente se tenha orientado a presente análise para o estudo de uma tal questão prévia, seja no plano jurídico-dogmático (Parte I), seja no plano jurídico-positivo (Parte II) — com o que também ficará explicada a sequência adoptada na exposição subsequente.

PARTE I

A QUESTÃO NO PLANO JURÍDICO-DOGMÁTICO

4. Razão de ser da sua prévia discussão

Poderá parecer dispiciendo dispensar algumas linhas à análise da presente questão num plano teórico-dogmático, em vez de se entrar directamente na sua análise jurídica-positiva, já porque teria sido o próprio legislador, ao vir recentemente ocupar-se da questão no art. 72.º Código Penal, que teria vindo retirar utilidade à reflexão doutrinal neste domínio, já porque uma tal análise, além deter sido objecto de profundas reflexões ao longo da história do pensamento jurídico-penal, excederia decerto as modestas ambições dum trabalho como o presente. Quer-me parecer, todavia, que — se a segunda razão apontada não oferece contestação — já da primeira restam grandes dúvidas. Na realidade, a meu ver, ao vir ocupar-se expressamente da questão, o legislador português — fornecendo ao juiz e ao intérprete, não um critério unitário e inequívoco que os orientasse na hora de se fixar a pena em concreto aplicável a um crime, mas um critério algo equívoco, ou se se preferir, uma justaposição de critérios⁽⁵⁶⁾ —, longe de vir esclarecer a questão em análise e ter querido retirar espaço à reflexão doutrinal,

(56) Cfr. já visto em *supra* págs. 9 e ss.

terá mesmo, bem pelo contrário, vindo a deixar esta, «de caso pensado», a solução dessa questão: que esse foi porventura o seu pensamento, mostra-o à evidência a própria história do preceito e as vicissitudes ocorridas na elaboração do novo Código Penal, onde a eliminação de numerosas disposições do Projecto de EDUARDO CORREIA em sede designadamente de Culpa, teve como razão próxima — na opinião de alguns — «o desejo de libertar o texto do Código de formulações doutrinariamente comprometidas» e «o reconhecimento de que a lei deve fugir tanto quanto possível ao puro doutrinarmismo», «permitindo a mais livre evolução da dogmática jurídica e da ciência respectiva»⁽⁵⁷⁾. Significa isto, em suma, que ficou acrescido, antes que diminuído, o interesse e a necessidade até duma reflexão dogmática sobre a questão.

A este motivo, acresce um outro que não pode deixar de ser referido e que é o seguinte: não se pode ignorar que a recente intervenção do legislador português —ao vir consagrar um preceito que, entre outros do novo Código, se inspirou no correspondente preceito adoptado pelo legislador alemão (§ 46, I, do StGB) — teve provavelmente por detrás de si a sua sensibilidade para o grande debate doutrinal travado além-fronteiras sobre a «vexata quaestio» dos fins das penas que se vem desenrolando na sombra deste último preceito, e em especial, para os recentes ataques que a autonomia do princípio da Culpa, no quadro das relações entre a Culpa e Prevenção, tem sofrido. Ora tudo estará agora em apurar se os novos entendimentos germinados nesse debate tem algo por si.

5. Passado e futuro da teoria dos fins das penas.

5.1. *Evolução da teoria dos fins das penas*

«A pergunta acerca do sentido da pena estatal», diz ROXIN, «coloca-se sempre em todas as épocas»⁽⁵⁸⁾. Com efeito, a teoriza-

⁽⁵⁷⁾ Assim, J. FIGUEIREDO DIAS, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e culpa*, in: «Jornadas de Direito Criminal», I, Lisboa, 1983, p. 68.

⁽⁵⁸⁾ K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, in: trad. espanhola de Lúzin Peña, «Problemas básicos del Derecho Penal», Madrid, 1976, p. 11.

ção dos fins das penas (e dum modo mais geral, a da legitimação e limites do «ius puniendi» estatal) sempre esteve presente na história do Direito Penal. Se se quisesse, dum modo extremamente simples, resumir as ideias fundamentais neste terreno dir-se-ia o que é sabido de todos — que a sanção penal visa imediatamente a retribuição duma culpabilidade e a prevenção de futuras violações da ordem jurídica, é repressão que se verte para o passado («quia peccatum») e para o futuro («ne peccetur»).

A combinação destas ideias fundamentais — e, conseqüentemente, a teoria dos fins das penas — nem sempre ocorreu do mesmo modo, conhecendo diferentes etapas e portanto uma evolução ⁽⁵⁹⁾.

Nessa evolução é possível discernir, desde logo, as chamadas *teorias unidimensionais* (ou monistas), que adjudicam à pena um exclusivo fim, ora de retribuição (KANT, HEGEL), ora de prevenção geral (BENTHAM, FEUERBACH), ora de prevenção especial (KRAUSE, RÖEDER). Cedo, porém, se manifestaram críticas à irreduzibilidade monista destas teorias e se lhe apontaram os pontos débeis ⁽⁶⁰⁾.

De facto, a atribuição à pena duma finalidade absoluta e exclusiva de retribuição («a pena é retribuição dum mal com outro mal», afirmava BINDING) — se se revelou positiva na sua preocupação de impor a pena justa e impedir uma intervenção abusiva do «ius puniendi» — já sofreu críticas, quer no plano dos pressupostos de que arranca (a indemonstrabilidade do livre arbítrio),

⁽⁵⁹⁾ Obviamente, o critério expositivo aqui adoptado não é o único possível, podendo perflhar-se neste terreno outras classificações. Assim o faz, por exemplo, G. KELLENS, que prefere expor a evolução das concepções das penas à luz dos estádios da vingança, expiação, intimidação, emenda, defesa social, trabalho social e conciliação (*La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1982, p. 72 e ss.) — critério que, todavia, nos me parece desnecessariamente prolixo e até, no tocante aos seus dois últimos termos, algo incompreensível. Mais úteis afiguram-se aquelas exposições que obedecem a um critério eminentemente cronológico, sempre importantes para se aperceberem as raízes históricas das actuais diferenças: é o caso da proposta por F. SCHOCKWEILER, *Fondement du droit de punir. Réflexion sur les évolutions des conceptions*, in: RDPC (1982), n.º 1, p. 467 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Para uma crítica detalhada, entre tantos outros, K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 11 e ss.

quer no plano da sua incompatibilidade com os postulados do Estado-de-Direito ⁽⁶¹⁾.

Mas foram sobretudo as teorias relativas da prevenção (geral ou especial) aquelas que mais críticas certas sofreram na sua unilateralidade. Na realidade — e no que concerne à teoria monista da Prevenção Geral — cedo se constatarem as suas debilidades. Desde logo, a sua ilegitimidade em face dos próprios fundamentos de um Estado-de-Direito (do ponto de vista do qual resulta inadmissível a confusão entre duas funções estaduais distintas, a legislativa e jurisdicional, à qual — ao menos teoricamente — a doutrina monista preventivo-geral conduz) e da própria Ordem Jurídica (em virtude da instrumentalização da pessoa humana e da respectiva dignidade que lhe é inerente) ⁽⁶²⁾; por outro lado, reina hoje o maior cepticismo sobre a possibilidade de fundar exclusivamente a aplicação de uma pena em considerações preventivo-gerais, atenta a escassez e a imprecisão dos conhecimentos em matéria da eficácia da pena do ponto de vista de tais finalidades. Finalmente, vêm-se ainda sublinhando as dificuldades de se construir a própria teoria do crime sobre tais bases puramente coactivas, já que a deslocação da fundamentação e legitimidade do «*ius puniendi*» para o aspecto coactivo-intimidatório acarreta a supressão do carácter normativo do direito (de valores vinculantes que provocam a adesão): com efeito, «a coacção pode forçar mas não comprometer, vincular o sujeito» ⁽⁶³⁾. Por seu turno, igual sorte teria a doutrina monista da Prevenção Especial, à qual, para além dalgumas críticas comuns àquelas sofridas pela doutrina anterior (nomeadamente, a imprecisão dos conhecimentos criminológicos sobre a eficácia preventivo-especial das sanções e a possibilidade de manipulação dos indivíduos

⁽⁶¹⁾ Cfr. desenvolvidamente, K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit. p. 15 e ss.; em particular, *Reflexiones político-criminales sobre el principio de la culpabilidad*, in «Culpabilidad y prevención en derecho penal», trad. esp. Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 43 e ss. Para uma apreciação crítica desta visão, vide *infra* p. 31 e ss.

⁽⁶²⁾ Sobre tudo isto, vide desenvolvidamente *infra* p. 52 e ss.

⁽⁶³⁾ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Barcelona, p. 30.

por parte do próprio Estado ⁽⁶⁴⁾, agora em virtude da lógica assaz casuística e individualizadora que anima um direito penal correccionalista na fase da aplicação das penas ⁽⁶⁵⁾, se aponta ainda o tender a acentuar uma «ideologia da divergência» ⁽⁶⁶⁾ e mesmo, no limite, a conduzir a que toda a problemática do Direito Penal seja absorvida por esta perspectiva, desaparecendo a teoria do crime e substituindo-se-a por uma tipologia vaga de criminosos (com o que, de novo, não se destaca o indivíduo para destacar a sua transcendência e dignidade de «fim em si mesmo», mas antes para o converter em objecto ou instrumento da intervenção estatal).

Isto posto, não admira que a evolução da teorização dos fins das penas tenha superado estes entendimentos redutores para dar origem ao aparecimento das chamadas *teorias pluridimensionais* (também denominadas mistas ⁽⁶⁷⁾ ou aditivas ⁽⁶⁸⁾), nas quais se pretende ultrapassar a rigidez unilateral das diferentes teorias monistas mediante a sua combinação. A formulação mais simples provém de F. VON LISZT e consiste na «dupla via» em direito penal, isto é, no reconhecimento da sua natureza retributiva mas, simultaneamente, no da necessidade de aplicação de medidas animadas preventivo-especialmente para certos delinquentes (nas palavras de A. BERISTAIN, «defensa en la retribucion, utilidad en la justicia» ⁽⁶⁹⁾). Outra possibilidade de combinação foi sustentada por A. MERKEL, através da conjugação entre retribuição e prevenção geral: segundo ele, se a pena é um mal e uma resposta à acção praticada, então terá como fim «o fortalecimento das normas e deveres violados por meio de tal acção delitosa» ⁽⁷⁰⁾. Finalmente, outra fórmula pluridimensional encontro-la entre aqueles autores que, realçando o carácter

⁽⁶⁴⁾ Vide em geral M. COSTA ANDRADE, *O novo Código Penal e a moderna criminologia*, in: «Jornadas de Direito Criminal», fase I, 1983, Lisboa.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., assim, K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 16.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. F. e R. BASAGLIA, *L'ideologia de la diversità*, p. 19 e ss.

⁽⁶⁷⁾ R. A. DOTTI, *Bases e alternativas para o sistema das penas*, Curitiba, 1980, p. 168.

⁽⁶⁸⁾ K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 33.

⁽⁶⁹⁾ A. BERISTAIN, *Fines de la pena*, in: RGLG (1961), p. 30.

⁽⁷⁰⁾ Num sentido idêntico, no século passado, CARRARA e, neste século, de forma mais elaborada, G. JAKOBS.

preventivo do Direito Penal, tentaram conjugar prevenção geral e especial (concedendo, no entanto, quase sempre uma maior preponderância à primeira) ⁽⁷¹⁾.

Todavia, também estas posições pluridimensionais ou mistas, se tiveram de positivar o alerta para os perigos do monismo como critério metodológico na teorização dos fins das penas, cedo se defrontaram com várias críticas — algumas particularmente radicais, como as de H. ZIPF na Alemanha ⁽⁷²⁾ ou a de F. CARNELUTTI em Itália ⁽⁷³⁾, as quais, porém, no seu essencial, se reconduzem à objecção de ROXIN segundo a qual «os defeitos de cada teoria não se suprimem entre si mas antes acabam por se multiplicar» ⁽⁷⁴⁾.

Estas e outras razões explicarão porventura o porquê de as mais recentes etapas de evolução da teoria dos fins das penas se caracterizarem pelo aparecimento de numerosas tentativas de superamento, quer do rígido monismo inicial, quer do posterior ecletismo pluridimensional. Entre estas novas tentativas, que por vezes vêm agrupadas sob a denominação de teorias *superadoras* ou *pós-sintéticas* ⁽⁷⁵⁾, salientam-se a da «prevenção geral positiva» defendida por HASSEMER (que, abandonando a prevenção geral negativa ou intimidatória de FEUERBACH, se inclina para

⁽⁷¹⁾ Assim, segundo creio, J. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, p. 99 e ss.; I. MUÑGORRI, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, 1977, p. 128; D. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, p. 61.

⁽⁷²⁾ Para este autor, «enquanto se trate da justificação fundamental da pena, não é concebível propriamente um compromisso. Aqui é sempre necessário tirar a máscara e, com isso, dar um fundamento ou absoluto ou relativo para a justiça penal» (H. ZIPF, *Introducción a la Política Criminal*, trad. esp., Madrid, 1979, p. 33).

⁽⁷³⁾ Segundo este autor, «logicamente, concepção retributiva e preventiva são incompatíveis; porém, o ecletismo superficial de muitos estudiosos do Direito Penal pode fazer com a Retribuição e Prevenção algo que, em vez duma síntese, constitui um «*pasticcio*». As teorias ecléticas, ou antes «acomodatícias», só servem para demonstrar quão modesto foi até agora o contributo que a ciência penal deu ao conhecimento do problema da pena» (F. CARNELUTTI, *Meditazione sulla essenza della pena*, in: RIDP (1955), p. 4).

⁽⁷⁴⁾ K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 19.

⁽⁷⁵⁾ J. CUELLO, *La «ideología» de los fines de la pena*, in ADPCP (1980), II, p. 429.

aquela que persegue a estabilização da consciência no direito, com o que se pretende converter o Direito Penal num instrumento de controle social, como tantos outros) ⁽⁷⁶⁾; a da «prevenção especial democrática» proposta por BACIGALUPO (o qual, partindo da prevenção especial para dotar de um novo conteúdo o Direito Penal e o delito, encara a pena como um meio de reintegração social do delinquent e o sistema jurídico-penal como sistema preventivo «democraticamente» orientado) ⁽⁷⁷⁾; é ainda o caso da «prevenção geral democrática» sustentada por MIR PUIG (para quem o modelo do Estado social e democrático de direito exige que a pena «cumpra uma missão (política) de regulação activa da vida social, que assegure o seu funcionamento satisfatório mediante a protecção dos bens jurídicos dos indivíduos» — o que só se poderá obter acometendo à pena um sentido ou função de prevenção geral, função essa que, a fim de evitar o «terrorismo» penal, há-de estar estritamente limitada pelos princípios que regem um Estado de Direito) ⁽⁷⁸⁾; é ainda também o caso do «interaccionismo» defendido por CALLIES (que, apoiando nas teses interaccionistas de PARSONS e MEAD, atri-

⁽⁷⁶⁾ W. HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in: HASSEMER-LUDERSSEN-NAUCKE, «Hauptprobleme der Generalprävention», cit., p. 52. A este propósito, fala HAFFKE dum «controle social jurídico-penal racional e esclarecido» (*Tiefen Psychologie und Generalprävention*, Frankfurt, 1976, p. 166).

⁽⁷⁷⁾ E. BACIGALUPO, *Significación y perspectivas de la oposición «derecho penal-política criminal»*, in: RIDP (1978), n.º 1, p. 22 e ss. Não se vê bem, porém, em que é que o carácter democrático atribuído por este autor à prevenção especial possa contribuir para eliminar os seus problemas: o que parece estar em causa, como o próprio autor o reconhece aliás (p. 27 e ss.), é a exigência de derrogação dum direito penal retributivo, sem que, no entanto, se forneça claramente qualquer hipótese alternativa.

⁽⁷⁸⁾ S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 25 e ss. Apesar das aparências, cremos que esta posição não progrediu muito relativamente ao monismo preventivo-geral de FEUERBACH e, em geral, ao positivismo crasso que lhe é subjacente quer ao nível da pena quer ao nível da própria teoria do crime: na verdade, e por um lado, a função que aqui se adjudica à pena é ainda uma função intimidatória geral (ainda que pretensamente limitada pelos princípios gerais do Estado-de-Direito), que utiliza o indivíduo que comete o crime como exemplo da força estatal em relação à comunidade; por outro lado, tal função acaba por conduzir a que o essencial na própria norma jurídico-penal seja a sanção (o acto de coacção), relegando a conduta humana à condição de mero pressuposto fáctico da sua aplicação, à boa maneira kelseniana.

bui à pena — enquanto parte de um sistema dialogal — uma função regulativa da interação social, permitindo preservar a confiança no sistema apesar da infracção e, ao mesmo tempo, criar possibilidades de participação social) (79); é ainda também o caso da «teoria unificadora dialéctica» de ROXIN (segundo a qual o Direito Penal actuaria através da pena em momentos distintos: no momento da ameaça penal apareceria primacialmente a prevenção geral; no da aplicação, a retribuição duma culpa; no da execução, a prevenção especial) (80); etc., etc..

Se quiséssemos resumir o aspecto porventura mais significativo desta recente etapa da evolução da teoria dos fins das penas, talvez se pudesse afirmar, com J. CUELLO, que ela se caracteriza por ser uma «discussão sobre os fins das penas em torno do princípio da culpabilidade; em definitivo, do que se trata é de dotar de um conteúdo teleológico (prevenção geral) o princípio da culpabilidade, em que a ideia preventivo-geral não vai ser algo que modifica desde fora a culpa mas sim um elemento subjacente da mesma» (81).

5.2. *Estado actual do problema*

Creio ser justamente neste ponto que se encontra o actual debate sobre os fins das penas, do qual, num esforço de síntese, me parece já possível extrair duas linhas de força fundamentais.

Uma, no plano doutrinal, que consiste na negação da autonomia do conceito tradicional do princípio da Culpa, enquanto fundamento e limite da medida da pena. E isto, seja através do

(79) R. P. CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, p. 176 e ss.

(80) K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 20 e ss. No rigor dos termos, a posição defendida por este autor é ainda — apesar do seu aparente geometrismo — uma teoria preventista, já que o momento retributivo foi totalmente esvaziado no seu conteúdo tradicional e reduzido a uma função de limite das exigências de prevenção: para uma apreciação crítica desta posição, vide *infra* p. 63 e ss.

(81) J. CUELLO, *La «ideologia» de los fines de la pena*, cit., p. 429.

apelo a uma renúncia total e aberta a esse princípio (e consequente substituição por um princípio da proporcionalidade — ELLSCHEID, HASSEMER —, por um princípio da necessidade da pena — G. ORDEIG —, ou por um princípio da avaliação sociológica — A. BARATTA, H. SUTHERLAND); seja através do apelo a uma renúncia parcial a esse princípio (ora fazendo-o funcionar só como limite mas não como fundamento da pena ⁽⁸²⁾); ora dotando-o de um conteúdo material de natureza preventiva, na base das novas concepções sobre a relação entre culpa e prevenção ⁽⁸³⁾). Não admira, pois, que hoje se fale já — ao cabo das actuais reflexões sobre os fins das penas — em crise do princípio da Culpa: «o princípio de culpabilidade, de acordo com o qual esta constitui o fundamento e limite da pena, tem experimentado uma crise na moderna Ciência do Direito Penal de vários países europeus» ⁽⁸⁴⁾.

Um outro vector de força encontramos-lo agora no plano legislativo, que aparece, de resto, como efeito mais ou menos directo do anterior. Consiste ele na tendência introduzida pelo «Alternativ-Entwurf» alemão de 1966 (parcialmente acolhida na Reforma de 1975) de vir elevar as exigências de prevenção, ao lado da culpa, a critério a ter em conta nas operações de determinação da medida da pena.

As próximas linhas serão justamente dedicadas a apurar se terá havido boas razões para esses novos entendimentos doutrinários (que apontam para a negação da autonomia do suporte tradicional da pena — o princípio da Culpa — no quadro das recentes reflexões sobre as relações entre culpa e prevenção) e, concomitantemente, se as haverá também para as tendências legislativas que na base daqueles despontaram.

⁽⁸²⁾ K. ROXIN, «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales», e «Reflexiones político-criminales sobre el principio de la culpabilidad», in «Culpabilidad y prevención en derecho penal», cit., respectivamente, p. 57 e ss., 41 e ss.

⁽⁸³⁾ G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 8 e ss.

⁽⁸⁴⁾ J. CERESO MIR, *Culpabilidad y pena*, in: ADPCP (1980), fasc. 1, p. 347.

6. A autonomia do Princípio da Culpa como fundamento e limite da pena, no quadro das relações entre a Culpa e a Prevenção

6.1. *A crise do Princípio da Culpa e suas razões próximas*

Seria moroso, senão mesmo impossível, elencar sistematicamente as razões históricas que terão conduzido o princípio da culpabilidade à actual crise que atravessa. Num apanhado avulso, ocorre-nos logo falar, entre outras, da cisão entre a pena retributiva e culpa (de que a publicação do «Alternativ-Entwurf» de 1966 terá constituído simultaneamente motivo e expressão)⁽⁸⁵⁾; nas novas tendências de relação da dogmática jurídico-penal com a Política Criminal e a Criminologia; na proliferação das correntes que pretendem rever os problemas da responsabilidade e da imputação à luz de análises económicas ou sociológicas (v.g., as correntes funcionalistas-sistémicas de N. LUHMANN), etc.

Não se andar, porém, muito longe da verdade se se apontar como razão fundamental dessa crise os ataques sofridos pelo postulado do indeterminismo, a sua pretensa indemonstrabilidade empírica e a sua não correspondência às necessidades político-criminais. Pode-se mesmo constatar que o reconhecimento da indemonstrabilidade daquele postulado (cunhado na expressão germânica do «poder agir doutro modo» e significando, no essencial, a impossibilidade de se provar se o agente criminoso podia naquele caso concreto ter agido de maneira diferente) é actualmente objecto dum relativo consenso, sendo aceite mesmo por alguns daqueles que continuam defendendo a primazia e autonomia do princípio da Culpa. Assim, entre tantos outros, o próprio WELZEL, que analisou profundamente o problema do livre arbítrio, nos seus aspectos antropológico, caracteriológico e categorial, e que concebe a liberdade como um acto de autodeterminação conforme

(85) Bem patente, aliás, na afirmação de H. SCHULTZ, um dos seus feitores, segundo a qual «a imposição duma pena é, fora de qualquer pensamento metafísico, uma amarga necessidade numa comunidade de seres imperfeitos».

a um sentido, conclui dizendo: «Com isto, já se atingiu o limite máximo da análise do problema da liberdade. A pergunta de como pode o Homem libertar-se da pressão causal para a autodeterminação conforme a um sentido e assumir esta como uma tarefa plena de sentido, não pode ser respondida» (86); e acrescenta mais adiante, fazendo suas as palavras de um «determinista» (K. ENGISCH) que, «em linha com o nosso ponto de partida, temos de deixar sem resposta a pergunta de se o autor, de acordo com a sua natureza, tal como se manifestava na situação concreta, tivera podido fazer uso de uma maior força de vontade ou duma maior diligência» (87).

Não interessará por ora averiguar qual a razão que assistirá a tais ataques (embora, de facto, não se veja como o Direito possa sequer ser pensado sem se postular necessariamente a natureza livre do Homem). O que por agora se pretende realçar é que, posto em causa o postulado tradicional em que assenta o conceito da culpabilidade (a liberdade do Homem), ficou aberta uma crise no princípio da Culpa como princípio fundamentador e base de medida das penas. Ora seria justamente na sequência dela que vimos emergir dois grandes núcleos de novas propostas doutrinárias:

- uns que advogaram uma renúncia total e aberta a esse princípio e a sua substituição por princípios de natureza distinta (6.2.);
- outros que propuseram uma renúncia parcial, através da substituição do seu conteúdo próprio por uma ideia de Prevenção ou através da revisão desse conteúdo a uma nova luz (6.3).

(86) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, p. 85.

(87) *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, p. 25, apud CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 427. Assim também J. FIGUEIREDO DIAS: «a pergunta pela liberdade da vontade que presidiu à prática dum facto (pelo poder individual do agente para, na situação concreta, agir doutra maneira), continua e há-de continuar a ser uma pergunta sem resposta» (*Direito Penal Estado de Direito Material*, cit., p. 49).

6.2. *Correntes que visam suprimir o Princípio da Culpa*

6.2.1. *Princípio da necessidade da pena*

Ante a impossibilidade de demonstrar, por meio duma constatação empiricamente controlável, que determinado delinquente, na situação concreta em que se encontrava, podia ter agido doutro modo, autores houve que propuseram o abandono da culpa como fundamento e limite da pena⁽⁸⁸⁾. Na realidade — raciocinam estes autores — a possibilidade de culpabilidade pressupõe a liberdade da vontade (livre-arbítrio) e esta é indemonstrável. Desta premissa partiam eles para a conclusão, por um lado, da inexistência da culpa e, por outro, conseqüentemente, da necessidade de fundar a pena noutro lugar. A pena constituiria então uma sanção que se fundamentaria num princípio político-criminal da sua *necessidade*, isto é, fundamento e critério da medida da pena passariam a ser as exigências político-criminais de Prevenção, já geral, já especial⁽⁸⁹⁾.

A supressão do princípio da Culpa e a sua substituição por um tal princípio da necessidade (orientado finalisticamente por aquelas exigências) constitui, porém, uma posição radical que oferece o flanco a críticas várias e certeiras.

Desde logo, dir-se-ia que uma tal doutrina — tendo vindo advogar a supressão do princípio da Culpa com base no argumento da (pretensa) indemonstrabilidade empírica do seu tradicional pressuposto — vem afinal, ela própria também, e até em medida maior, a partir de *pressupostos* não demonstrados. Na realidade, como nota BACIGALUPO, ao actual nível do desenvolvimento criminológico é pelo menos duvidoso que se pudesse alcançar um maior grau de racionalização do Direito Penal, substituindo-se o princípio da Culpa por considerações, quer de Prevenção Geral,

⁽⁸⁸⁾ E. GIMBERNAT ORDEIG, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, in: XXXII RCP (1973), p. 30 e ss.; IDEM, *Tiene un futuro la dogmatica juridico-penal?*, in: «Problemas actuales del Derecho Penal y Processual», 1971, p. 88 e ss.

⁽⁸⁹⁾ Coincidindo com esta análise, R. BERGALLI, *Observaciones criticas a las reformas penales tradicionales*, in: «La Reforma del Derecho Penal», II, cit., p. 76.

quer de Prevenção Especial, enquanto fundamento das sanções penais.

Ganha hoje foros de consenso a ideia de que os nossos conhecimentos em matéria da eficácia da pena dum ponto de vista da Prevenção Geral são escassos e imprecisos (assim, CÓRDOBA RODA ⁽⁹⁰⁾, CEREZO MIR ⁽⁹¹⁾, GARCIA ARAN ⁽⁹²⁾, A. MARTIN ⁽⁹³⁾, na doutrina espanhola; HAAG ⁽⁹⁴⁾, HASSEMER ⁽⁹⁵⁾, A. KAUFMANN ⁽⁹⁶⁾, na doutrina alemã; DOLCINI ⁽⁹⁷⁾, PLAGIARO ⁽⁹⁸⁾, RABOSI ⁽⁹⁹⁾ na doutrina italiana; VERSELE ⁽¹⁰⁰⁾, HULSMAN ⁽¹⁰¹⁾ na doutrina francesa; J. ANDENAES ⁽¹⁰²⁾ no mundo anglo-saxão), bem assim como é sublinhado com cada vez maior insistência — retomando a lição de BECCARIA ⁽¹⁰³⁾ — que a eficácia real da prevenção geral não depende tanto da severidade e quantidade das penas aplicadas quanto da rapidez e certeza da administração da justiça ⁽¹⁰⁴⁾ (ilustrativo é, a este respeito, o facto de os preceitos da lei de circulação rodoviária possuírem uma maior eficácia preventiva das infracções de tráfego estradal do

⁽⁹⁰⁾ *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, p. 39 e 63 e ss.

⁽⁹¹⁾ *Culpabilidad y pena*, cit., p. 354.

⁽⁹²⁾ *La prevención general en la determinación de la pena*, in: ADPCP (1981), p. 316.

⁽⁹³⁾ *El efecto disuasor de la pena*, in: «Estudios Penales y Criminológicos», 1984, vol. VIII, p. 11 e ss.

⁽⁹⁴⁾ *Rationale Strafzumessung*, Köln, 1969, p. 154.

⁽⁹⁵⁾ *Generalprävention und Strafzumessung*, cit., p. 29 e ss.

⁽⁹⁶⁾ *La misión del Derecho Penal*, op. loc. cit.

⁽⁹⁷⁾ *La commisurazione della pena*, cit., p. 232.

⁽⁹⁸⁾ *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., p. 1192.

⁽⁹⁹⁾ *Sobre la justificación moral del castigo*, p. 188, citado in I. MUÑAGORRI, «Sancción penal y política criminal», cit., p. 126: «a prevenção não resulta tanto do castigo quanto da ameaça e publicidade do acto de castigar».

⁽¹⁰⁰⁾ *Vers un concept pénal plus réaliste*, in: RDPC (1947-48), p. 445.

⁽¹⁰¹⁾ *Le choix de la sanction pénale*, in: RSC (1970), p. 519.

⁽¹⁰²⁾ *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e della esecuzione della pena*, in: W. Hassemer, «Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati», trad. it., Bolonha, 1980, p. 35.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. A. TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal*, cit., pág. 54.

⁽¹⁰⁴⁾ Assim M. CAVALEIRO DE FERREIRA: «mais do que a severidade da pena, tem eficácia intimidativa a certeza da reacção jurídica» (*Direito Penal Português*, II, cit., p. 305).

que os preceitos do Código Penal, dotados de sanções mais graves, em atenção à mais elevada percentagem de aplicação e maior eficácia) ⁽¹⁰⁵⁾.

E também agora no que concerne à eficácia da pena do ponto de vista da Prevenção Especial e à ideia de uma pena orientada exclusivamente por este fim, o consenso não será porventura menor, ante o abandono mais ou menos generalizado do mito ressocializador e da eficácia da «ideologia do tratamento» com ela conexiada ⁽¹⁰⁶⁾. Já vimos ⁽¹⁰⁷⁾ quão sintomático é a circunstância de ser hoje do próprio sector criminológico — que foi afinal o grande responsável pelo germinar das teses que pretendiam adjudicar à pena uma pura função preventivo-especial — donde partem os primeiros desmentidos (países como os EUA e a Suécia, onde o ideal ressocializador chegou a dominar em absoluto nos terrenos da medida judicial da pena, são hoje os primeiros a dar os testemunhos da descrença, ante a subida em flecha das taxas de reincidência) ⁽¹⁰⁸⁾. Mas mesmo do próprio quadrante dogmático-doutrinal vemos agora avançarem-se algumas dúvidas quanto à própria eficácia e legitimidade da Prevenção Especial. Assim, pergunta-se CORDOBA RODA até que ponto é lícito explicar a génese de todo o delito pela falta de uma adaptação à sociedade ⁽¹⁰⁹⁾. No mesmo tom, interrogam-se outros autores, como R. BERGALLI, se tem sentido falar de readaptação social, justificativa dum tratamento, em relação àqueles indivíduos cujo processo psico-social de aprendizagem das normas e valores jurídicos não teve lugar ou foi defeituoso ⁽¹¹⁰⁾; se, inversamente, tem sentido punir (dum ponto de vista

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. G. KAISER, que nota ainda que nos delitos de tráfego tão pouco se logria maior eficácia preventivo-geral aplicando penas de prisão ou de multa com execução efectiva, em vez de as deixar em suspenso (*Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen, 1970, p. 400 e ss.).

⁽¹⁰⁶⁾ É disto sintomático, por exemplo, o que dispõe o Boletim do Comité Nacional Sueco para a Prevenção do Delito (n.º 5), «Um Novo Sistema de Penas», onde se nega a possibilidade de justificar as sanções penais em virtude das exigências de tratamento.

⁽¹⁰⁷⁾ Vide *supra* pág. 16 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. E. SPITTLER, *Contribucion a una critica de la ciencia y de la politica criminal de la ejecucion de la pena*, cit., p. 91 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ *Culpabilidad y pena*, cit., p. 65.

⁽¹¹⁰⁾ *Readaptación social por medio de ejecución penal?*, Madrid, 1976, p. 33.

da Prevenção Especial assim entendido) aquele autor da infracção que em toda a sua acção — inclusivé a criminosa — dá mostras de encarnar os valores sociais e de representar, assim, um indivíduo perfeitamente adaptado socialmente (v.g., o autor de infracções que são, por qualquer razão, tidas como práticas frequentes num certo sector da vida social, como o profissional, o negocial); ou se, finalmente, é de entender que o tratamento é necessário naqueles casos em que o infractor, necessitado embora de internalizar os valores vigentes na ordem social, pode ver esse objectivo alcançado através da aplicação de medidas diferentes da execução (v.g., educação). Ao que acresce a simples mas talvez decisiva razão de que, considerando aqueles que defendem a «readaptação social» do delinquente como único fim a ter em conta na legitimação, medida e execução da pena, que a «não-adaptação social» (pois só assim tem sentido falar de readaptação social ou ressocialização) está conexas com as adversas condições sociais, então a sede própria para obter aquele efeito ressocializador não será certamente a da sanção criminal mas outra qualquer, assim como o problema já nada tem que ver com o Direito Penal mas sim com outro género de considerações (sociológicas, ideológicas, políticas). São estas e outras cogitações que lançam o maior cepticismo sobre a pretendida eficácia preventiva (geral ou especial) das sanções penais, e assim sobre a possibilidade de se explicar a imposição de uma pena à luz de exclusivas considerações de necessidade, como quer GIMBERNAT ORDEIG. O que acontece, como muito bem nota CORDOBA RODA ⁽¹¹⁾, é que por vezes se tem feito uma utilização abusiva dos fins preventivos das penas como «critérios de argumentação» no debate, devido a uma concepção algo simplista e acrítica daqueles, que concebem, sem mais, a Prevenção Geral como um efeito geral da cominação legal duma pena e a Prevenção Especial como uma consequência imediata da sua execução.

Além de discutível nos seus pressupostos, esta posição, que pretende ver num princípio da necessidade da pena, orientado finalisticamente pela Prevenção Geral ou pela Prevenção Especial, o fundamento e base de medida das penas, é ainda criticável pela sua

(11) *Culpabilidad y pena*, cit., p. 67.

incapacidade de fornecer uma explicação e enquadramento viáveis a certos pontos da dogmática jurídico-penal, tais como a inimputabilidade, o erro de proibição, a distinção entre crime doloso e culposo, o problema da responsabilidade pelo resultado, etc., e de manter simultaneamente todas as consequências que, em matéria de limitação da responsabilidade, se extraem tradicionalmente do princípio da Culpa ⁽¹¹²⁾.

Desde logo, no que toca à questão da *inimputabilidade*, que autores como G. ORDEIG crêem poder reconduzir a critérios de necessidade preventiva da pena. Na realidade, depois de observar que «o homem normal sabe muito bem diferenciar os imputáveis dos inimputáveis» e que «a impunidade do louco em nada relaxa a eficácia inibitória da pena face aos imputáveis que com aquele se não identificam e se sabem diferentes» ⁽¹¹³⁾, vem aquele autor a terreiro defender a ideia de que: para os sujeitos normais, deve-se partir da presunção de que todos eles são afectados pela eficácia inibidora da pena, e de que, por conseguinte, para todos eles a pena seja necessária (e isto em virtude de, a discriminar-se entre aqueles que estão e aqueles que não estão carecidos de pena, se ocasionaria um relaxamento indesejável na aplicação das normas penais); para os sujeitos anormais, inversamente, a pena deixaria de ser necessária, seja duma perspectiva preventivo-geral, seja preventivo-especial ⁽¹¹⁴⁾. Numa palavra, o problema da fronteira da impu-

⁽¹¹²⁾ Na exposição subsequente, seguimos de perto as reflexões de J. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 350 e ss.

⁽¹¹³⁾ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene un futuro la dogmatica juridico-penal?*, cit., p. 105

⁽¹¹⁴⁾ No mesmo sentido, entre outros, LUZON PEÑA, para quem «a imposição duma pena ao inimputável tão pouco é necessária por razões preventivo-gerais face aos imputáveis, pois a impunidade do primeiro não supõe a perda do efeito inibitório da cominação penal para o indivíduo normalmente motivável, já que este se não identifica com aquele; e por esta razão é menor a necessidade de prevenção geral se a imputabilidade é diminuída» (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 46); e ainda MIR PUIG, *Fundamento constitucional de la pena y teoria del delito*, in: «La Reforma del Derecho Penal», p. 145) e MUÑOZ CONDE, segundo quem «se se considera que o enfermo mental, o menor de 16 anos, ou aquele que actua em erro de proibição não são punidos com uma pena, com tal não se pretende debilitar a prevenção geral (...) mas antes, pelo contrário, porque o efeito intimidatório geral se robusteceria ao declarar inculpadus uns poucos entre aqueles de quem, como a experiência ensina, não se pode esperar o cumprimento

tabilidade com a inimputabilidade assentaria, não num juízo feito sobre a capacidade de culpa do agente, mas num critério de necessidade preventiva. Porém, logo se vê como isto é insustentável. Assim, por um lado — no que toca aos imputáveis —, a presunção segundo a qual em relação a todo o sujeito normal imputável, que pratica um facto punível, a pena resulta necessária por razões de Prevenção Geral ou Prevenção Especial, nada tem por si: recorde-se só a título de exemplo que a aplicação duma pena pode ser absolutamente desnecessária (quando não até prejudicial), devido aos efeitos que a privação da liberdade acarreta, para uma grande quantidade de sujeitos normais, v.g., na área da criminalidade ocasional — um exemplo desta ideia parece justamente dado, entre nós, pelo art. 75.º Código Penal. Por outro lado, inversamente, também não é possível afirmar que a imposição duma pena seja desnecessária para todos os sujeitos inimputáveis do ponto de vista da Prevenção Geral ou da Prevenção Especial, pois estes poderão ser em certos casos susceptíveis de intimidação e, por maioria de razão, o poderá ser a comunidade. Como nota BURKHARDT, «ainda que se aceitasse que a cominação penal não tem nenhuma eficácia face aos incapazes de culpa e aos que actuam com causa de exculpação, isso em nada impediria que o seu castigo tivesse um efeito preventivo-geral junto dos destinatários normais» ⁽¹¹⁵⁾.

das expectativas de condutas contidas nas normas penais, confirmando a necessidade de cumprimento para os demais». Assim se obteria «uma separação tangente entre cidadãos normais e anormais, obtendo um efeito marginalizador e estigmatizador destes com a declaração de inimputabilidade» (in nota introdutória a K. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., 29).

⁽¹¹⁵⁾ B. BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, in: «Goldammer Archiv für Strafrecht», 1976, p. 336. No mesmo sentido, SCHÖNEBORN, que se interroga mesmo: «quem poderá hoje afirmar de um modo seguro que o castigo de anormais não pode ser útil para a manutenção da confiança no Direito do círculo dos destinatários normais?» (*Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, in: 88 ZSTW (1976), p. 351); e ainda G. STRATENWERTH, *El futuro del principio de la culpabilidad*, cit., 94 e ss., 98 e ss.; S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social e democrático de derecho*, cit., 72, 74 e ss.; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 39 e ss.; J. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 351. Para uma conclusão idêntica nos vemos remetidos — para a conclusão de que uma pena pode ser necessária da perspectiva da prevenção geral, apesar de não existir culpa do agente — se reflectirmos ainda no seguinte. Se, como querem os próprios adeptos da substituição do princípio da Culpa por um

E, na realidade, não estará excluído que na configuração pela lei de circunstâncias dirimentes da responsabilidade penal, como a imputabilidade, sobretudo na determinação do seu conteúdo pela jurisprudência e doutrina, influam considerações preventivas gerais ou especiais. A própria redução dos limites da maioria penal (a que a história do Direito Penal vem assistindo) poderá ser justamente factor sintomático de que a imposição duma pena a um sujeito (antes dessa redução inimputável) vem também determinada por razões de Prevenção Geral e Prevenção Especial, nomeadamente, neste último caso, por se considerarem insuficientes ou ineficazes as medidas de carácter (re)educativo aplicadas pelos Tribunais de Menores.

Também na questão do *erro de proibição* ⁽¹¹⁶⁾, trata G. ORDEIG de justificar o efeito de isenção da responsabilidade penal do errante pela inecessidade da pena, sustentando que em todos os casos em que o agente incorreu num erro de proibição inevitável ou invencível então a sua punição resulta inútil do ponto de vista, seja da Prevenção Geral, seja da Prevenção Especial — segundo ele, não é preciso fortalecer pela execução da pena o efeito motivador da proibição e a atitude de fidelidade ao Direito daquele que não desatendeu àquela motivação, pela simples razão de que desconhecia a proibição. Mas também aqui a sua posição sugere reparos fundamentais. Por um lado, é evidente que a aplicação duma pena nos casos de erro de proibição invencível poderá estar justificada — antes que ser desnecessária — pela ideia de prevenção geral, ao vir fortalecer justamente um maior cuidado dos indivíduos no exame, em cada caso, da licitude ou ilicitude das suas condutas. Por outro lado, a circunstância de que um delito

princípio da necessidade, a avaliação da capacidade de culpa do agente vem já determinada e orientada por exigências de carácter preventivo-geral, então a ausência de culpabilidade não pode excluir as necessidades de prevenção geral. Bem ao contrário, são sim os critérios de Prevenção Geral os que influirão justamente na decisão de saber se o autor teve ou não culpa. Daí que, na altura de se fazer um juízo sobre a capacidade de culpa, a falta de culpabilidade não exclui as necessidades preventivas: pelo contrário, é um factor determinante na hora de a afirmar ou negar.

⁽¹¹⁶⁾ Sobre o problema do erro de proibição, vide desenvolvidamente J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969.

haja sido cometido com erro de proibição não obsta de modo algum a que o seu autor possa assim manifestar uma perigosidade criminal especial — e então seria essa mesma circunstância a fundamentar, antes que a afastar, a aplicação duma pena por razões de Prevenção Especial. Importa referir ainda, finalmente, que se — como quer G. ORDEIG — ao erro de proibição fosse atribuído o efeito de isenção da responsabilidade penal por ter impedido (em virtude do seu desconhecimento) que a norma penal violada motivasse a conduta do sujeito, então dever-se-ia em boa lógica exigir, não só o conhecimento da contrariedade ao Direito da sua acção, como também o conhecimento da norma que a incrimina: o que lança esta posição na velha crítica de que então só os juristas estariam em condições de delinquir.

Não é possível ainda — como pretende o autor referido — explicar a menor punição dos *crimes culposos em relação aos crimes dolosos* com base num princípio da necessidade orientado finalisticamente pela Prevenção. Na realidade, sendo os crimes culposos muito mais frequentes que os dolosos, então forçoso seria deduzir — na estrita lógica da posição defendida por aquele autor — que seria necessário punir os primeiros com maior e mais grave pena do que os últimos (os homicídios culposos são muito mais numerosos que os dolosos: pense-se, v.g., nos homicídios culposos derivados do tráfego estradal). O argumento aduzido por G. ORDEIG de que a elevação da pena por crimes culposos seria nestes casos ineficaz do ponto de vista da Prevenção Geral, porque neles o sujeito confia justamente em que o resultado se não produzirá e este pode ser mais grave ainda do que a pena ⁽¹⁷⁾, não convence. Como nota CERESO MIR, sempre podia o legislador estabelecer penas mais elevadas para os crimes de perigo, isto é, para aquelas condutas que não observam o dever objectivo de cuidado que é devido (como, nomeadamente, o parece fazer a nossa lei: arts. 253.º e segs. Código Penal). E quando se replica dizendo que com isso se produziria um «caos valorativo» que afectaria a eficácia da Prevenção Geral da pena, não se faz senão reconhecer que

(17) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene un futuro la dogmatica jurídico-penal*, cit., p. 102 ss..

— justamente porque tal caos consistiria na subversão das valorações sociais actualmente vigentes, que assentam, nos terrenos da fundamentação da pena, no princípio da Culpa e não no da sua necessidade — quando se pretende justificar a pena exclusivamente com base nas necessidades de Prevenção, então é na verdade preciso levar a cabo uma subversão de valores ⁽¹¹⁸⁾. Dificilmente se poderia encontrar melhor denúncia para as inconsistências da tese supressora do princípio da Culpa e da consistência com que este princípio, onde quer que um problema penal nos saia a caminho, se afirma.

Como desta análise (que não pretendeu ser sequer exhaustiva) claramente resulta, se se abandona o princípio da Culpa, enquanto fundamento e limite da pena, e se pretende substituí-lo por um princípio da necessidade fundado nas exigências de prevenção, não é possível, ao mesmo tempo, manter todas as suas consequências em matéria de limitação da responsabilidade que daquele tradicionalmente se extraem e explicar certos pontos da dogmática jurídico-penal ⁽¹¹⁹⁾.

Finalmente, cumpre ainda notar que não será só no plano dos seus pressupostos e no plano dogmático-penal que se revela a e inconsistência da tentativa de substituir um princípio da Culpa por um princípio da Necessidade orientado preventivamente. Essa substituição é também problemática e indesejável do ponto de vista das *garantias que, num Estado-de-Direito, deve gozar o indivíduo em face da intervenção estatal*.

Como nota CORDOBA RODA, «toda a doutrina que trate de determinar as penas em atenção prevalente à sua necessidade, sob o ponto de vista da prevenção geral ou especial, conduz a conse-

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit. 352 e s., que seguimos de perto.

⁽¹¹⁹⁾ Como, de facto, parece pretender GIMBERNAT ORDEIG: na realidade, cumpre aqui salientar que, para este autor, o fundamentar a pena nas exigências de Prevenção não implica renunciar a certas consequências extraídas à luz do princípio da Culpa: antes ele é claro quando afirma que o Direito Penal deve reconhecer «a relevância do erro invencível de proibição, excluir a responsabilidade pelo resultado, e aplicar aos inimputáveis medidas de segurança» (*La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, cit., p. 32).

quências perfeitamente conhecidas» (120). Ou seja, por motivos de Prevenção Geral caberá propor a aplicação de penas desproporcionadas à gravidade do acto, se tal resulta necessário para prevenir a prática de actos perturbadores da ordem jurídica socialmente estabelecida e causadores de «alarme social»; e por razões de Prevenção Especial postular-se-á que, manifestando a conduta do agente uma especial perigosidade, se imponha uma sanção adequada a fazer face a esta, ainda quando a gravidade objectiva daquela seja diminuta. Em qualquer dos casos, a vulnerabilidade do indivíduo a um poder de intervenção estatal agindo sob um critério de necessidade — e que resulta da lógica da tese proposta por GIMBERNAT ORDEIG — é evidente, sendo hoje pacífico o entendimento segundo o qual uma tal posição pouco terá progredido relativamente às teorias do Estado absoluto hobbesiano. Ora nunca é demais lembrar que, como a experiência o demonstrou (121), só o princípio da Culpa (através da exigência de proporcionalidade entre a gravidade da pena e o grau da culpa do agente, de molde àquela nunca ultrapassar os limites por este traçados) tem demonstrado virtualidades para obter o equilíbrio *possível*, nessa zona de charneira indivíduo-Estado, entre as exigências da organização social e as garantias da pessoa humana. Por essa razão é que, mesmo entre aqueles autores que pretendem reduzir o papel primordial tradicionalmente desempenhado pelo princípio da Culpa como fundamento e limite da pena, se vem reconhecendo avisadamente que o próprio efeito da Prevenção Geral e Prevenção Especial está, em grande medida, dependente da adequação da pena à medida da Culpa ou, pelo menos, da exigência de que a pena não ultrapasse o limite máximo dessa medida (122), e ainda que só o

(120) *Culpabilidad y pena*, cit., p. 114.

(121) Acentuando justamente a falta de consistência histórica de uma coincidência entre exigências preventivas e garantias da dignidade da pessoa humana, J. FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, 1983 (2.ª ed.), p. 242.

(122) Assim, entre muitos, A. ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, cit., p. 93 e ss., e K. ROXIN, *Reflexiones político-criminales sobre el principio de la culpabilidad*, in: «Culpabilidad e prevención en derecho penal», cit., p. 46.

princípio da Culpa está em condições de exercer uma efectiva função protectora da Pessoa Humana em face do poder estatal ⁽¹²³⁾.

Podemos já concluir, pois, para afirmar, em resumo, que não se pode aceitar a tese que pretende — na fundamentação e medida da pena — substituir o princípio da Culpa por um princípio da Necessidade orientado preventivamente, já que só aquele se demonstra apto para, a um tempo, constituir a base do edifício jurídico-dogmático penal e exercer uma função protectora do indivíduo em face do Estado. Se se pretendesse, a terminar, sintetizar as razões do fracasso das teses radicais atrás analisadas, ocorreria no fundo, e para além daquilo que já foi referido, salientar estas duas razões nodais:

- por um lado, porque, quer queiramos quer não, temos de pensar a Liberdade e Culpa do Homem como fundamento de todo o Direito e certamente também do Direito Penal: numa fórmula feliz de CAVALEIRO DE FERREIRA, «sem liberdade do Homem, não pode haver nem bem nem mal, moral ou jurídico, mas só necessidade causal fatal e irresponsável» ⁽¹²⁴⁾. Ao renunciar à ideia de liberdade pela pretensa indemonstrabilidade desta, aqueles autores não testemunhavam apenas uma errada concepção da verdadeira natureza da Ciência Jurídica e dos seus problemas, como afastaram também a hipótese de se encontrar uma solução pela positiva — e daí até negar a Culpa, a Pena e o próprio Direito Penal (tal como estes sempre foram entendidos) foi só um passo ⁽¹²⁵⁾: «caso o homem esteja dominado tão só por leis causais, será irrealizável um

⁽¹²³⁾ Assim, ainda, K. ROXIN, *Reflexiones politico-criminales sobre el principio de la culpabilidad*, op. e loc. cit.. Em sentido oposto, mas sem razão, HAFFKE, para quem o princípio da culpabilidade só pode desencadear alguma eficácia protectora à custa da desprotecção do inimputável, que fica à mercê do terror da instrumentalização e manipulação por todas as medidas (de segurança ou de «recuperação») do poder estatal (*Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, «Strafrecht», T. III, p. 163).

⁽¹²⁴⁾ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, vol. I, 1985, p. 320.

⁽¹²⁵⁾ «Encontramo-nos» — diz o insuspeito GIMBERNAT ORDEIG — «perante uma teoria do dominó: a crise da ideia da culpa traz consigo a da pena; e sem pena não pode haver Direito Penal no sentido tradicional» (*Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, cit., p. 89).

Direito Penal no sentido pleno da palavra, no sentido clássico de Direito Penal da Culpa⁽¹²⁶⁾. O que certamente terá escapado a tal entendimento terá sido o facto inelutável de que a questão da liberdade está aí como realidade ontológica do ser humano, que este não pode renegar sem se renegar a si próprio, à sua natureza; e desta perspectiva já nem surpreende que seja agora até dos próprios sectores deterministas mais ferrenhos que se lancem avisos segundo os quais «a Humanidade está determinada ao indeterminismo» (M. ERNEST MAYER);

- por outro lado, e conseqüentemente, abandonadas as ideias da Culpa e Liberdade do Homem — alcunhadas de «base irracional do Direito e Ciência Penal» (NIEDELMAN)⁽¹²⁷⁾ — e substituídas por aquelas outras pretensamente racionais da causalidade e necessidade, em ordem a converter a ciência do Direito Penal «numa ciência das circunstâncias causais» (NIEDELMAN)⁽¹²⁸⁾ ou numa ciência construída na base dos conhecimentos das ciências empíricas (G. ORDEIG)⁽¹²⁹⁾, estar-se-á justamente a ignorar a verdadeira natureza do Direito Penal e até do Direito em geral⁽¹³⁰⁾.

6.2.2. *Princípio da proporcionalidade da pena*

Outras posições, igualmente defensoras da supressão do princípio da Culpa e da respectiva substituição por princípios de natu-

⁽¹²⁶⁾ H. KAUFMANN, *Que deja en pie la criminologia en el Derecho Penal*, trad. in: ADPCP (1963), p. 236.

⁽¹²⁷⁾ NIEDELMAN, *Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter den Dogma des Strafsprinzipes*, p. 21-22.

⁽¹²⁸⁾ NIEDELMAN, *Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter den Dogma des Strafsprinzipes*, cit., p. 25.

⁽¹²⁹⁾ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene un futuro la dogmatica juridico-penale?*, cit., p. 92.

⁽¹³⁰⁾ É, sem dúvida, do esquecimento da específica natureza «normativa» da ciência jurídica, por contraposição às ciências naturais, que resultam boa parte dos mal-entendidos nesta matéria (cfr. *infra* págs. 7 e ss.).

reza distinta, têm entretanto surgido na doutrina dalguns países, mas relativamente às quais — até porque coincidentes nos resultados com a anteriormente vista — nos quedaremos por uma breve referência.

Tal foi o caso da posição daqueles que advogaram a substituição do princípio da Culpa pelo *princípio da proporcionalidade* (ELLSCHIED e HASSEMER). Posição todavia insustentável, quer porque tal princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, constituindo princípio instrumental que visa uma otimização em termos de eficácia entre dois bens jurídicos em colisão, se revela inadequado para traduzir uma relação entre grandezas de natureza diferente, a pessoa humana e a pena; quer porque, como demonstrou STRATENWERTH⁽¹³¹⁾, assim se reduziria drasticamente a protecção do autor de crimes em face da intervenção penal.

6.2.3. *Outros princípios*

Insustentável é também a posição daqueles críticos radicais do próprio Direito Penal que, germinando na sombra dalgumas escolas criminológicas, preconizam a abolição, não só do princípio da Culpa, como da própria Pena e do Direito Penal, e a sua substituição por um sistema de puras medidas de segurança: estamos a pensar no caso das «teorias das subculturas criminais» de SUTHERLAND e COHEN, que vêm relativizar a ideia de culpa e de imputação⁽¹³²⁾.

6.3. *Concorrentes que visam limitar o seu conteúdo tradicional próprio*

Após se ter tentado (sem sucesso como vimos) substituir o princípio da Culpa, em sede de fundamentação da pena e do pró-

⁽¹³¹⁾ G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, trad. esp. (Bacigalupo/Zugaldía), Madrid, 1980, p. 116 e ss. Sobre o mesmo ponto, K. ROXIN, *Reflexiones politico-criminales sobre el principio de la culpabilidad* cit., p. 53.

⁽¹³²⁾ Sobre isto, com desenvolvimento, A. BARATTA, *Criminologia y dogmatica penal*, in: «La reforma del Derecho Penal», II, cit., p. 31.

prio Direito Penal, por princípios distintos, doutrina houve que encetou a tentativa de — mantendo embora aquele princípio — dotá-lo de um conteúdo material próprio distinto daquele que tradicionalmente sempre lhe andou ligado: esse conteúdo seria justamente a ideia de Prevenção Geral. Como nota J. CUELLO, agora «a ideia de prevenção não vai ser algo que modifica desde fora a culpabilidade, mas antes um elemento subjacente à mesma» (133). Torna-se evidente, porém, que — como se verá — é duma negação da autonomia do próprio princípio que ainda aqui se trata, sob a forma embora, não de uma supressão pura e simples daquele, mas de uma revisão do seu conteúdo, explicando-o à luz de critérios preventivos.

6.3.1. *Teses que substituem tal conteúdo por uma ideia de Prevenção (JAKOBS). Apreciação crítica*

Vários foram os autores que logo alinharam nesta corrente. P. NOLL terá sido um dos primeiros (134) a estabelecer uma relação entre Culpa e Prevenção, ao afirmar que «a culpa é uma decisão contra a norma penal apesar de se possuir capacidade para se reagir às exigências normativas; a pena é uma necessidade social» (135).

Particularmente elaborado e merecedor de referência mais detida é o pensamento de G. JAKOBS, o qual, no seu essencial, se reconduz ao seguinte. Para este autor (na pegada de N. LUHMANN), as normas jurídicas constituem mecanismos de distribuição de papéis a cada um dos membros do corpo social e que geram nos seus destinatários expectativas recíprocas de dadas condutas, garantindo assim a funcionalidade e a integração do sis-

(133) J. CUELLO, *La «ideologia» de los fines de la pena*, in: ADPCP (1980), p. 429.

(134) Embora haja quem considere que a investigação em torno do desenvolvimento das relações internas entre culpa e prevenção terá começado antes mesmo do nosso século.

(135) *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 21, cit. em H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, op. loc. cit.

tema social (136). Ora a preservação dessa funcionalmente indispensável confiança nos comandos legais exige que à violação das expectativas de conduta por estas tuteladas se siga uma sanção que restabeleça aquela rede de expectativas e reforce a confiança nesse mecanismo de integração das relações sociais que é o Direito. O que vale por dizer que as penas mais não seriam do que uma «necessidade social» (NOLL), expressão da função de ordenação e estabilização dos comportamentos sociais do Direito (WURTENBERGER), e que o critério e fundamento da sua aplicação assentaria, não na culpa ética do agente, mas na pura danosidade social do seu facto («disfuncionalidade»). E o princípio da Culpa, onde caberia aqui? Bom, ele mais não seria do que a expressão formalizada duma das várias formas de imputação dum facto danoso: onde a lesão da norma não puder ser imputada doutro modo, atribuindo-a ao azar ou à enfermidade mental, ela sê-lo-á a título de culpa (137). Daí que, no limite, o princípio da Culpa apareça sempre como animado por uma finalidade intrínseca de prevenir novas rupturas na ordem jurídica estabelecida e assim como um puro derivado duma ideia de Prevenção Geral (138).

Linha sensivelmente idêntica seguiu o autor alemão G. DORNSEIFER, o qual — continuando aliás uma tradição iniciada já por A. MERKEL (para quem o fim do Direito Penal é um «ensaio sobre a fidelidade ao Direito» e para quem a pena opera a

(136) Na expressão de JAKOBS, citando N. LUHMANN, «as normas jurídicas são expectativas de comportamento contrafactivamente estabilizadas», isto é, «a sua validade é independente do cumprimento ou incumprimento fáctico das mesmas» (G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 10).

(137) G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, p. 14. Nas suas palavras, a infracção da norma jurídica deve ser tratada de tal modo que não ponha em causa a sua validade, o que se consegue através da «imputação da discrepância». Tal imputação (com um resultado de estabilização normativa) obtém-se de várias formas, que vão desde a atribuição da infracção ao puro acidente, passando pela sua perspectiva como produto da enfermidade mental, até se chegar ao conceito de Culpa como elemento de imputação — com a imputação do facto à culpa dum agente «ratifica-se a ordem jurídica que se manterá para o futuro» (mas, repete-se, tal imputação só será possível ali onde seja necessária, isto é, onde a lesão da norma não possa ser absorvida doutro modo, v.g., atribuindo-a à enfermidade mental).

(138) G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit., p. 32.

síntese culpabilidade-prevenção) (139), e apoiado nas investigações interaccionistas de G. H. MEAD — vê o princípio da Culpa como a expressão duma solução formalizada de conflitos para obter a estabilidade de determinados modelos de comportamento. A função desse princípio seria, nesse sentido, a de confirmar um projecto de abertura do Homem na planificação da sua vida, de tal forma que se possa censurar e imputar um comportamento criminoso (desviado), quando este não possa ser atribuído nem ao azar nem a inimputabilidade (tal atribuição pessoal seria possível porque baseada num consenso geral — que satisfaz a prevenção geral). É aqui de modo particularmente visível a influência das teses funcionalistas-sistémicas de LUHMANN, para quem o Direito Penal e o Direito em geral constituem expedientes redutores «da complexidade do sistema social» e para quem o consenso social é o fundamento e critério de validade das decisões.

Esclarecedores, finalmente, mas agora quanto a concretos pontos da dogmática penal, são os contributos de J. KRÜMPPELMANN (em sede de inimputabilidade) e de E. HORN (em sede do erro de proibição) (140).

O primeiro, depois de sublinhar as insustentáveis consequências político-criminais (exculpação) que emergiriam do tratamento de certos problemas relativos à inimputabilidade à luz do entendimento tradicional do princípio da culpa, como poder individual do agente para se autodeterminar doutro modo (maxime, em situações que o autor designa de conflitualidade emocional), sustenta que só restará recorrer à padronização objectiva ou «horizontalização» do próprio critério da culpa: o juízo da culpa far-se-á tomando em conta, não o estado do agente concreto no momento da prática do facto, mas atendendo ao critério abstracto da «evitabilidade» da situação de conflito em si mesma, aferida pelo padrão de um agente médio. Por seu turno, agora em sede do erro de proibição, sustenta igualmente o segundo daqueles autores que o princípio da

(139) Segundo A. MERKEL, a pena tem «um significado estabilizador do comportamento». Daí que, em sua opinião, «a estabilização da confiança nas normas e o conceito de culpabilidade sejam interdependentes».

(140) Seguimos aqui de perto a exposição de J. CUELLO, *La «ideologia» de los fines de la pena*, cit., 430 e ss.

culpa transporta em si mesmo o germe da sua própria negação político-criminal: se pressuposto inarredável do juízo de censura ético-individual é a «simples dúvida sobre o ilícito» e o agente não teve a menor dúvida sobre a antijuridicidade da sua conduta, então não se pôde motivar em conformidade à ordem jurídica, pelo que o princípio da culpa levado às suas derradeiras consequências acarreta sempre a exculpação e não punição do agente. Tudo isto, como se vê, acaba por implicar fortes concessões em favor da ideia de Prevenção Geral no próprio seio tradicional do princípio da Culpa.

Não nos demoraremos muito na exposição das críticas de que tais posições — que, no seu conjunto, pretendem reconduzir o substrato teleológico do princípio da Culpa a uma ideia de Prevenção, negando-lhe assim a sua autonomia própria — têm sido alvo. Limitar-nos-emos, pois, àqueles aspectos que parecem mais pertinentes, e isto, seja no plano dos pressupostos, seja no plano das consequências das construções analisadas.

Começando pelo primeiro daqueles planos — o do próprio fundamento das teses em análise —, dir-se-á desde já que, como foi já sugerido, todas elas parecem entroncar naquelas correntes que pretendem perspectivar o Direito como um aparelho redutor da complexidade das relações sociais e como um garante da funcionalidade do sistema social. Entre essas correntes destacam-se a teoria ético-pragmatista do consenso (J. HABERMAS) e a teoria funcionalista-sistémica (T. PARSONS, N. LUHMANN): para a primeira, sendo o consenso social o fundamento da validade e legitimidade das normas, a função do direito será justamente a de assegurar a participação de todos os seus destinatários no diálogo comunitário; a segunda, por seu turno, perspectiva o direito como mecanismo de redução da complexidade dum sistema social diferenciado que, através da distribuição de papéis a cada um dos membros do corpo social geradores de expectativas recíprocas de acção, garantem a funcionalidade e integração desse sistema social.

Só sendo viável a interacção social quando cada um puder confiar (expectativa) na adopção duma dada conduta por parte dos demais destinatários das normas jurídicas (interacção social), então a preservação dessa funcionalmente indispensável confiança na norma exige que a cada violação das expectativas por esta protegidas se ligue uma sanção que restabeleça a rede de expectativas vio-