

OS NOVOS RUMOS DA POLÍTICA
CRIMINAL E O DIREITO PENAL
PORTUGUÊS DO FUTURO (*)

Pelo Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias

Diz o Livro Sagrado que «todas as coisas têm o seu tempo, e todas elas passam debaixo do céu segundo o termo que a cada uma foi prescrito» (1). Sendo assim, então, no domínio das ciências criminais — atento o relevo e a gravidade actuais do problema criminal —, o tempo presente é, por excelência, o tempo da Política Criminal. É das suas proposições ou mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política

(*) Sobre o tema em epígrafe fiz uma breve intervenção oral no 5.º Colóquio Internacional da *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire* que, dedicado às «Novas Tendências da Política Criminal», reuniu em Siracusa (Itália), em Fevereiro de 1982. Com base nessa intervenção preparei depois um texto alargado, que me serviu de guião à conferência proferida em Lisboa, a convite do Conselho Geral da Ordem dos Advogados e no âmbito do Instituto da Conferência, em Abril de 1982. É esse texto — acrescido de notas, mas que resolvi todavia respeitar na sua versão original (e coloquial) — que, a amável solicitação da *Revista da Ordem dos Advogados*, me decido agora a publicar. O leitor benévolo terá em atenção que o texto se reporta a um momento em que não havia ainda sido publicado (nem era conhecido) o novo Código Penal, nem tão-pouco o Projecto governamental definitivo. Apenas em uma que outra nota me limitei a chamar agora a atenção para as decisões legislativas posteriores. O texto foi todo escrito na Primavera de 82 e como tal se publica.

(1) *Eclesiastes*, III 1.

social, que será lícito esperar um auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades actuais (de *todas* as sociedades actuais, acentuo) que é o problema do crime. Uma tarefa, esta, na qual nenhum jurista, mesmo com o entendimento mais estrito da sua função, se poderá decerto recusar a participar.

Começarei por, num breve momento, dar conta do novo estatuto da Política Criminal no conjunto das ciências criminais, à luz de um Estado de Direito material, social e democrático, que nas minhas considerações irá sempre pressuposto. Mas logo me dirigirei a matéria mais concreta, visando uma finalidade prática precisa: a de construir e justificar três proposições que, em meu juízo, consubstanciam da melhor forma os rumos a trilhar pela Política Criminal do presente e do futuro próximo e que julgo poderei fazer corresponder, *grosso modo*, a respostas às três grandes e clássicas perguntas sobre o *quê*, o *se* e o *como* da punibilidade; e em seguida a de determinar se, face a cada uma daquelas proposições, o nosso futuro Código Penal, agora de novo insistentemente anunciado, resistirá, no que toca aos seus propósitos político-criminais mais salientes, a uma análise crítica aprofundada.

Ninguém contestará fundadamente a pertinência de uma tal questão. Todos sabemos o futuro Código Penal estreitamente baseado nos projectos de EDUARDO CORREIA de 1963 e 1966⁽²⁾ e, por conseguinte, elaborados num tempo em que mal se esboçava ainda o movimento actual de renovação da Política Criminal. Decerto, tais projectos foram sucessivamente reformulados⁽³⁾ — do que, de resto, eu próprio posso dar testemu-

(2) E. CORREIA, *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, Lisboa, 1963 e *Código Penal. Projecto da Parte Especial*, Lisboa, 1966.

(3) Nomeadamente em 1964, 1965, 1972, 1977, 1979 e 1982. Os trabalhos de revisão nem sempre foram publicados. Mas cf., em todo o caso, *Actas das Reuniões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, 2º vol., Lisboa, 1965; *Código Penal, Projecto da Parte Geral*, 1.ª Revisão Ministerial, Lisboa, 1966; Projecto de Proposta de Lei n.º 9/X, relativo às Bases da Reforma Penal, in: *Actas da Câmara Corporativa* de 5-4-1972, pág. 1463 e ss.; Proposta de Lei n.º 117/I — Revisão do Código Penal (Parte Geral), in: *Diário da Assembleia da República* de 28-7-77, suplemento ao n.º 136; *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte*

nho directo até ao momento em que a sua última versão foi presente ao Ministro da Justiça. Mas por isso mesmo julgo-me em posição de declarar também que até esse momento as grandes intenções político-criminais que presidiam aos projectos iniciais em nada foram substancialmente modificadas, antes sim pontualmente reforçadas. A questão que coloquei não pode pois ser escamoteada: face à compreensão (naturalmente: *peçoal*) dos novos rumos que devem assinalar-se à Política Criminal, as propostas fulcrais constantes dos projectos, outrora novas e mesmo em larga medida inovadoras, devem manter-se incólumes ou ser substituídas por outras? O que está vivo ou o que está morto naqueles projectos? — eis como também poderia formular-se a pergunta que, em conexão com as minhas três proposições fundamentais de Política Criminal, eu gostaria de aqui considerar.

I.

Foi nos últimos anos do século passado que v. LISZT reivindicou para a Política Criminal — concebida como «conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas» (4) — o estatuto de disciplina autónoma no quadro do que chamava a *gesamte Strafrechtswissenschaft*, a «ciência total (ou universal) do direito penal» (5).

Especial, Lisboa, 1979; «Código Penal, Parte Especial», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979, n.º 291. Posteriormente à elaboração do texto v.: Proposta de Lei n.º 100/II (Código Penal), in: *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 94, de 22-5-82; e, por fim, Decreto-Lei n.º 400/82, que aprova o Código Penal in: *Diário da República*, I Série, de 23-9-1982.

(4) v. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlin: Guttentag, 1905, pag. 292.

(5) V. LISZT (nota 4), I, p. 293 e s. e II, p. 285. Esta ideia de v. LISZT, que perdeu força e credibilidade com a reacção antipositivista e anti-naturalista, procura hoje ser, por vários lados, reabilitada: cf. W. MAIHOFFER, «Gesamte Strafrechtswissenschaft», *Festschrift für Henkel*,

Uma tal autonomia visava sobretudo afirmar-se perante o estudo estritamente jurídico do crime, perante o seu tratamento «dogmático» e «sistemático», que até aí se supunha ser a tarefa única a que o jurista poderia, segundo a sua competência própria, dedicar-se.

Esta reivindicação de v. LISZT, bem como a que paralelamente fazia em favor da ciência criminológica, acarretou ao seu autor — como sempre acontece com as novidades verdadeiramente precursoras — não poucas incompreensões e mesmo a mais decidida oposição (6). E, no entanto, ela constituía só um primeiro passo na longa via da autonomização da Política Criminal, ainda fortemente condicionado por determinantes jurídico-políticas e metodológicas que o estádio coevo de evolução não permitia ultrapassar. Viviam-se então, no que toca à concepção do Estado, a época do Estado de Direito formal, de cariz liberal, subordinado a esquemas estritos de legalidade, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material inseridos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas. O que era reforçado, no que toca à teoria jurídica, por se estar no

Berlin: de Gruyter, 1974, p. 75; H. LEFERENZ, «Rückkehr zur gesamte Strafrechtswissenschaft?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (= *ZStW*) 93 (1981), p. 199 e H. SCHÖCH, «Verstehen, Erklären, Bestrafen. Vergangenes und Aktuelles zur gesamten Strafrechtswissenschaft», in: *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen: Schwartz, 1980, p. 305. Uma tal reabilitação tem, a meu olhos, plena justificação, quando levada a cabo em termos e por uma certa via que aqui não podem ser evidenciados: cf. no entanto FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 93 e ss.

(6) Exemplos, a este propósito, as considerações críticas dirigidas por K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allg. Teil*, 7.ª ed., Leipzig, 1907, p. V, às concepções «globais» do tipo da de v. LISZT; concepções acusadas de abandonarem os solos firmes da lei, do seu conhecimento e da sua aplicação precisos, para, cedendo a «impulsos diletantes», penetrarem no terreno resvaladiço, e interdito a juristas enquanto tais, das investigações de carácter político e científico-natural. Em pormenor sobre a controvérsia, H. SCHÖCH (nota 5), p. 305 e ss.

auge da metódica de raiz positivista, que desterrava da esfera do jurídico a dimensão do social (7).

Uma e outra circunstância conduziram a que, quando se colocou a pergunta inevitável pelo tipo de relações entre a ciência tradicional do direito penal, de cariz estritamente dogmático-sistemático, e as novas ciências da Política Criminal e da Criminologia, se estabelecesse uma hierarquia que punha a dogmática num primeiro e indisputado lugar, enquanto na Política Criminal e na Criminologia nada mais se via que — como quase todos nós ainda aprendemos — meras «ciências auxiliares» do direito penal. Não se estranhará pois que tenha sido o próprio v. LISZT a afirmar (em frase lapidar que ainda hoje concita a generalidade da atenção e da exegese dos estudiosos da matéria) que «das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik» (8); em português, que «o direito penal (sc., a ciência estrita do direito penal, a dogmática e sistemática jurídico-penal) constitui a barreira inultrapassável da Política Criminal». E na verdade: num Estado de Direito formal de vertente liberal, e numa teoria jurídica de base positivista, o direito penal era perspectivado como ordem de protecção do indivíduo — em particular dos seus direitos subjectivos — perante o poder estatal, e como consequente ordem de limitação deste poder. Era assim à ciência estrita do direito penal, como via para afastar a aplicação deste do acaso e do arbítrio, que cabia competência exclusiva para determinar o «quê», o «se» e o «como» do punível. À Política Criminal restava a função de, baseada nos conhecimentos derivados da análise da realidade, naturalística e empírica — baseada, numa palavra, na criminologia —, dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe directivas em termos de reforma. No que toca, porém, a uma incidência directa sobre o direito penal, só a podia alcançar a Política Criminal dentro de um certo ordenamento positivo, subordinada pois à aparelhagem

(7) C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1972, p. 25. (As obras alemãs serão citadas em tradução sempre que tenha conhecimento de versões em língua previsivelmente mais acessível ao leitor português.)

(8) v. LISZT (nota 4), II, p. 80.

conceitual e à plenitude sistemática daquele e sem que sobre estas pudesse exercer qualquer influência⁽⁹⁾.

Se os pressupostos jurídico-políticos e metodológicos que sustentaram esta concepção se podem dizer há algum tempo já ultrapassados, a conclusão que deles se retirava sobre as relações entre as ciências integrantes do universo jurídico-penal têm uma estranha tendência a persistir⁽¹⁰⁾. Mas a evolução para um novo estágio impõe-se logo que nos defrontamos com um Estado de Direito material, de cariz social e democrático: um Estado que mantém incólume a sua ligação ao Direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, bem como o seu respeito e o seu propósito de garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas; mas que se move, dentro daquele esquema, por considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições — sociais, culturais e económicas — de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Neste contexto se compreende que o *pensamento do problema* deva, no processo

(9) V., sobre isto e o que se segue no texto, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), p. 104 e ss.

(10) Assim se continua a ensinar, de forma generalizada, que a função primordial da dogmática jurídico-penal é a de «precisar e explicitar o conteúdo das normas do direito penal na sua concatenação interna e, assim, sistematicamente» (desta forma ainda H. WELZEL, *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 1). Como também, por outro lado, que a Política Criminal é, tal qual a Criminologia, uma «ciência auxiliar» do direito penal (v. E. CORREIA, *Direito Criminal*, com a colab. de Figueiredo Dias, I, Coimbra: Almedina, 1963, p. 8 e s.). É certo que, com a progressiva complementação da vertente liberal pela vertente social do Estado de Direito, passa a dedicar-se uma atenção cada vez mais cuidada à dimensão do «justo» e às valorações político-criminais na solução dos problemas criminais; com o que também aquelas valorações passam a gozar de consideração dogmática e intra-sistemática. E no entanto, quando tais valorações discrepam das soluções que, à *tort ou à raison*, se julgam dogmático-sistematicamente impostas, a atitude ainda hoje dominante do jurista é a de abandonar a solução mais justa e político-criminalmente mais correcta, em favor daquela outra que mais facilmente permite a redução conceitual e a integração no sistema! O que vale por dizer que continuam a ser as exigências político-criminais que se amoldam ou cedem às exigências dogmático-sistemáticas da ciência jurídico-penal e se limitam a actuar no espaço por estas definido.

metódico de aplicação do direito penal, sobrepor-se ao *pensamento do sistema*: é do problematismo próprio de cada situação da vida que há-de partir-se para determinação da totalidade normativa; ou, na frase genial de SAVIGNY, «é agora como se este 'caso' se tornasse no ponto de partida de toda a ciência, que a partir dele deveria ser alcançada»⁽¹¹⁾! Na *justa* resolução do problema posto por cada caso jurídico-penal e na *posterior* integração daquela no sistema — assim transformado, de sistema apriorístico fechado, em sistema aposteriorístico aberto — consiste a exacta função da dogmática jurídico-penal. Como se compreende, por outro lado, o alargamento efectivamente operado no campo da criminologia, que de ciência puramente explicativa se transforma em uma crítica e se deixa assim penetrar de valorações jurídico-políticas⁽¹²⁾.

Deste modo ganha a Política Criminal uma posição de plena autonomia e mesmo de transcendência perante as restantes ciências criminais, tornando-se trans-sistemática e competente para definir os limites últimos do punível, ao mesmo tempo que entre ela e a dogmática jurídico-penal se estabelece uma autêntica relação de *unidade funcional*⁽¹³⁾. Decerto, na medida em que a Política Criminal quer atingir os fins que a si mesma se comete através do direito penal, terá se o fazer respeitando os princípios estruturais deste: o direito penal é, na expressão paradigmática

(11) v. SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (reimpressão da edição de 1914), 1959, p. 89. Sobre o ponto discutido em texto v. já o meu *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p. 7 e 18 e s.; e depois o interessante estudo de CEREZO MIR, «Dogmatica creadora y política criminal», *Revue internationale de droit pénal* 49 (1978), p. 215. Por último, de novo, FIGUEIREDO DIAS, «Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime», *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 31 (1982), p. 40 e ss.

(12) Pormenorizadamente sobre esta evolução FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), pp. 41 e ss. e 56 e ss.

(13) A expressão encontra-se em MAURACH/ZIPF, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Teilb. I, 5.ª ed., Karlsruhe: Müller, 1977, p. 43 e s. Cf. depois também H.ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Madrid: EDERSA, 1979, p. 14 e 21.

de CLAUS ROXIN, «a forma através da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no *modus* da validade jurídica» (14). Mas por isso mesmo não mais tem sentido a manutenção da aparelhagem conceitual dogmático-sistemática quando ela não seja traçada em termos tais que funcionalmente se adequem às exigências político-criminais, tal como hoje se fazem sentir. Parafraçando uma afirmação antecipadora de KOHL-RAUSCH (15), direi em jeito de conclusão sobre este ponto que uma ciência jurídico-penal que nada tenha a oferecer às necessidades correctamente entendidas da Política Criminal não só se torna em peça decorativa inútil, como é falsa.

Resta-me acentuar que a Política Criminal, se ganha deste modo lugar de topo no universo das ciências criminais, todavia se há-de condicionar estritamente pelo étimo jurídico-político de uma certa concepção do Estado. Se a Política Criminal é — talvez possa dizer assim — trans-sistemática relativamente ao Direito penal, já é intra-sistemática relativamente à concepção do Estado, já é, por outras palavras, imanente ao sistema jurídico-constitucional. As proposições político-criminais hão-de ser, também elas, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou «positivados» pela Constituição democrática do Estado (16). O que vale logo por dizer, com toda a clareza possível — e procurarei à frente revelar a importância prática desta asserção no contexto do nosso tema —, que a Política Criminal é instrumento absolutamente inidóneo, apesar do seu carácter também *político*, para com ela e através dela se fazer a «revolução» (17)!

(14) C. ROXIN (nota 7), p. 77.

(15) *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, 1910, p. 7.

(16) Sobre este ponto — se bem que noutro contexto — v. o meu estudo «Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht», ZStW 95 (1983), p. 224 e s.

(17) Sobre o tema existe hoje uma abundantíssima literatura, proveniente sobretudo — mas não só — do campo da chamada criminologia «crítica», «radical» ou «nova», a mais importante da qual se pode ver recensada em FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), p. 41 e ss. Cf. ainda, com particular interesse no contexto presente, F. MUÑOZ CONTE, «Hacia una ciencia crítica del derecho penal», *Doctrina Penal* 2 (1979), p. 33, 37 e s.

II.

Passo com isto à apresentação das minhas três proposições fundamentais de Política Criminal. A primeira respeita como disse ao *quê* da punibilidade, à sua extensão e aos seus limites e, assim, mesmo ao cerne dos temas eternos da função do direito penal e da definição do comportamento criminal. Ela é do teor seguinte: *uma Política Criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.* Tratemos de justificar brevemente esta proposição e vejamos onde ela nos conduz, quando erigida em padrão crítico do direito penal português do futuro.

1. A questão, que assim se suscita, da «essência» — todavia profundamente histórica e mutável — do comportamento criminal não logrou um esclarecimento decisivo nos quadros do Estado de Direito formal. Quer o ponto de vista legalista-positivista (segundo o qual crime seria tudo aquilo e só aquilo que o legislador como tal considerasse⁽¹⁸⁾), quer o ponto de vista positivista-sociológico (no qual se destacou a conhecida tentativa de construção, por GAROFALO, da noção de «delito natural»⁽¹⁹⁾), não possuíam aptidão para se tornarem no necessário padrão crítico de um qualquer ordenamento jurídico-penal.

(18) E de que se encontra ainda clara expressão, por exemplo, em E. MBZGER, *Kriminalpolitik aus kriminologisches Grundlage*, Stuttgart: Emke, 1942, p. 3: constituem crime «os sucessos cujo âmbito é definido e delimitado por leis e normas estaduais espacial e temporalmente mutáveis.» No mesmo sentido vai ainda hoje a doutrina oficial dos países socialistas. Cf., sobre o todo, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), p. 65 e ss.

(19) Sobre esta construção v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), p. 70 e s. E todavia, pese à crítica que em seguida lhe move o texto, a doutrina de GAROFALO constituiu porventura a vez primeira em que se tentou erigir — mesmo que, na altura, disso não houvesse plena consciência — uma proposição político-criminal trans-sistemática e crítica. Uma

A passagem do Estado de Direito formal ao Estado de Direito material correspondeu, num primeiro momento, à introdução nesta temática de um ponto de vista moral-social, que levava a ver no crime uma violação de deveres morais-sociais elementares⁽²⁰⁾. Deparava-se assim com um critério apto a servir de padrão crítico de um ordenamento jurídico-penal positivo; e que nem por isso conduziria a uma confusão entre o direito e a moral, pois que o direito constituiria só, no dizer de GEORG JELLINEK, um «mínimo ético»⁽²¹⁾, daí derivando o carácter necessariamente fragmentário e lacunoso da tutela penal. Uma tal concepção conferia porém ao direito penal uma função de mera «conservação» das concepções ético-sociais vigentes⁽²²⁾, furtando-lhe à partida a possibilidade de contribuir para a função de promoção de valores sociais, culturais e económicos própria do Estado de Direito social. Além de que se revelava inadequada às exigências das sociedades democráticas e pluralistas, em que coexistem zonas de consenso com zonas de conflito; bem como, em último termo, às exigências da própria moral que — no ensinamento insuspeito de S. TOMÁS⁽²³⁾ — impõem que o legislador se não deixe seduzir pela tentação de tutelar com os meios do direito penal todas as infracções à moral objectiva.

proposição donde resultou (se outros méritos não permaneceram) um claro entendimento da distinção — ainda hoje tão utilizada e frutuosa nos domínios da dogmática, *v. g.* para efeitos da teoria do erro e da distinção entre direito penal e direito das contra-ordenações: cf. FIGUEIREDO DIAS (nota 11, 1978) pp. 104 e ss., 114 e ss. e 392 e ss. — entre «crimes naturais», que se inscrevem num círculo de desvalor cultural, moral ou social mais amplo que o do desvalor jurídico, e simples «crimes legais» como puras construções do legislador.

(20) Exactamente assim, por exemplo, H. WELZEL (nota 10), p. 1.

(21) G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2.^a ed., 1908, p. 45.

(22) Como muito exactamente assinala G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3.^a ed., Köln: Heymanns, 1981, p. 34.

(23) Que refiro já no meu «A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e Orientações Fundamentais», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLVIII, 1972, p. 143.

Uma outra via de correspondência da evolução do nosso tema ao trânsito do Estado de Direito formal para o material residiu na introdução de um ponto de vista puramente racional: função do direito penal só pode ser a protecção de *bens jurídicos*, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma, a tutela de qualquer moral. Neste contexto já se não tem do bem jurídico, nem uma visão liberal, que fazia dele, na feliz expressão de RUPP, o «monolito jurídico corporizado» em que se consubstanciavam os direitos subjectivos individuais merecedores de tutela penal⁽²⁴⁾; nem muito menos uma visão formal-metodológica, que o reduzia a fórmulas interpretativas capazes de exprimir o «sentido e o fim dos preceitos penais»⁽²⁵⁾; mas sim uma visão funcional, que o vê como unidade de aspectos ônticos e axiológicos através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso «valioso»⁽²⁶⁾. Mas falta ainda, perante esta noção, decidir se ela surge como imanente ao sistema jurídico-penal e dele resultante, ou pelo contrário como noção transcendente àquele e, só assim, como seu padrão crítico.

Se se quer tornar a noção de bem jurídico político-criminalmente útil, decerto que só este último caminho é possível. De que forma há-de ela, porém, ganhar a indispensável materialidade e concreção⁽²⁷⁾? Respondo imediatamente: se, num

(24) RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen: Mohr, 1965, p. 224.

(25) Assim, recolhendo uma orientação de raiz neokantiana, E. CORREIA, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra: Atlântida, 1945, p. 108 e ss.

(26) Importantes neste contexto os estudos de: K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Athenäum, 1972, p. 358 e ss.; R. P. CALIBSS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1976, p. 16 e ss.; P. BRINGEWAT *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlin, 1974, p. 128 e ss.; MIR PUIG, «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito,» *Doctrina Penal* 2 (1979), p. 525 ss. Cf. também já FIGUEIREDO DIAS (nota II, 1978), p. 83 e ss.

(27) Uma resposta possível — e que assume relevo cada vez maior — seria a de apelar aqui imediatamente para uma *teoria da sociedade* (sob a

Estado de Direito material, toda a actividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica *como aquela que preside à Constituição*. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação, que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado⁽²⁸⁾.

Se isto puder ser reconhecido, ter-se-á alcançado um instrumento político-criminal fundamental para a determinação dos limites do punível (e até mesmo para uma tentativa de revisão da dogmática jurídico-penal, que todavia não está agora e aqui em causa). Não podendo demonstrá-lo de forma cabal, nem mesmo pontual, terei de limitar-me a enunciar, de forma pouco menos que apodíctica, as principais consequências que daqui derivam. Em primeiro lugar, a «necessidade social» torna-se em critério decisivo da intervenção do direito penal: este, para além de dever limitar-se à tutela de bens jurídicos no sentido assinalado, só deve

forma «crítica» ou da «teoria do sistema»). O ponto é demasiado complexo para poder ser considerado no presente contexto. Mas já em trabalho anterior tive ocasião — também a título incidental — de acentuar que um tal apelo ou remissão leva a minimizar o que a meus olhos é essencial e em seguida refiro no texto: o significado decisivo que, à luz do problema da legitimidade, assume a Constituição numa sociedade democrática. V. o meu artigo «Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário. — Um Contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português», nota 80, a aparecer no número de *Direito e Justiça* de homenagem ao Prof. CAVALHEIRO DE FERREIRA; aí se encontrará referenciada a bibliografia fundamental sobre a questão, à qual poderá acrescentar-se agora J. CUBELLO CONTRERAS, «La definición de criminalidade. Competencias del Derecho Penal y de las Ciencias Sociales», *Cadernos de política criminal* 15 (1981), p. 427.

(28) Este ponto foi, na doutrina alemã, muito exactamente colocado em evidência por W. SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», in: BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHUBNER, *Die Grundrechte*, II-2, Berlin: Duncker & Humblot, 1959, p. 911. Os seus desenvolvimentos encontram-se no meu artigo citado (nota 27).

intervir como *ultima ratio* da política social. Por outras palavras, onde possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança criminais não devem intervir⁽²⁹⁾. Em segundo lugar, e conseqüentemente, impõe-se a partir daqui todo um programa de descriminalização: quer relativamente a condutas que não violem um bem jurídico claramente individualizável — e por mais imorais, pecaminosas, a-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem —, quer a condutas que, violando-o, podem ser suficientemente contidas ou contrariadas por meios não criminais de política social⁽³⁰⁾. Em terceiro e último lugar, fica-se assim aberto à aceitação de uma distinção material — com importantíssimos reflexos dogmáticos e sistemáticos — entre o direito penal clássico ou de justiça, e o direito penal administrativo, extravagante, secundário, ou económico-social. Num como noutro trata-se da lesão de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional. Só que os bens jurídicos do direito penal de justiça se relacionam com o livre

(29) No evidenciar desta conclusão coube papel decisivo ao *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* (publicado na Alemanha Federal, a partir de 1966, por uma plêiade de jovens professores de Direito penal, como reacção contra o conservadorismo penal do *Amtliche Entwurf*, em cuja preparação haviam participado as penalistas mais idosas e consagradas) e ao poderoso movimento de opinião por ele desencadeado nos domínios da dogmática e da política criminal. Cf. logo W. MAIHOFER, «Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts», *Programm für ein neues Strafgesetzbuches*, 1968, p. 116 e s. e depois GIMBERNAT ORDEIG, «Tiene un futuro la dogmatica jurídico-penal?», in: *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, p. 93; FIGUEIREDO DIAS (nota 23), p. 116 e s.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1976, p. 128 e ss.; C. ROXIN, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», *Doctrina penal* 2 (1979), p. 507 e ss. Hoje pode dizer-se que esta concepção é, praticamente por toda a parte, absolutamente dominante.

(30) Ideias que procurei pormenorizar no meu «Lei Criminal e Controlo da Criminalidade», *Revista da Ordem dos Advogados* 36 (1976), p. 69. A «descriminalização» tornou-se hoje um «tema da moda» da política criminal mais recente, mal havendo um congresso ou um colóquio internacional que a não tenha, directa ou indirectamente, por objecto. Uma das investigações mais extensas e aprofundadas sobre ela contém-se no *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg: Conseil de l' Europe, 1980.

desenvolvimento da personalidade de cada homem *como tal*, enquanto os do direito penal secundário se relacionam com a actuação da personalidade do homem *enquanto fenómeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela. Por isso os primeiros se devem considerar concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, e os segundos concretizações dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos na Constituição (31).

2. Parece assim justificada a minha primeira proposição político-criminal. E todavia, se me ficasse por aqui, teria omitido um aspecto essencial das coisas: pois na realidade a determinação da extensão e dos limites do punível não depende só daquilo que deva considerar-se a *essência* do comportamento criminal, mas também da *definição* que deste comportamento é feita pelas instâncias de controlo social (32). A distinção entre comportamento criminal e não criminal não deve ser procurada apenas nos próprios actos, mas também no estigma ou no rótulo atribuído pelas instâncias de controlo social a tais actos. Deste ponto de vista — que repousa na perspectiva criminológica interaccionista ou «labeling approach» — a criminalidade não constitui só (ou nem tanto) uma qualidade do acto que se comete, mas é também (e às vezes sobretudo) consequência do estigma derivado da criação e aplicação, por outras pessoas, de regras e de sanções à pessoa do criminoso. Criminoso, conclui BECKER, «é aquele

(31) Esta a tese fundamental que procurei demonstrar no meu estudo citado (nota 27) e de próxima publicação.

(32) Esta, como se sabe, a proposição fundamental da criminologia crítica, hoje amplamente divulgada e aceite (cf. supra, nota 17). Menos reconhecido é, no entanto, o relevo que a esta proposição deve ser concedido no âmbito da dogmática jurídico-penal: cf. no entanto G. STRATENWERTH (nota 22), p. 38 e ss.; C. ROXIN, «Wandlungen der Strafrechtswissenschaft», *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, p. 226 e s.; FIGUEIREDO DIAS (nota 27), nota 80 e «A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquentes», *Estudos em Homenagem a Teixeira Ribeiro*, III, 1981, p. 34 e s. da respectiva separata.

a quem um tal estigma foi aplicado com sucesso»⁽³³⁾. Donde deriva, por sua vez, uma certa normalidade e ubiquidade do comportamento criminal⁽³⁴⁾ — se não de todo, pelo menos daquele que se situa em certas regiões definidas (se bem que marginais ou residuais) do mundo do crime; normalidade e ubiquidade que não pode deixar de ser tomada em conta na determinação da extensão e dos limites *reais* da punibilidade. O que conduz à conclusão de que o comportamento criminal não é afinal algo de previamente dado, de forma completa, ao direito penal, mas é em parte, também, a resultante de processos sociais de definição e de selecção ou recrutamento dos delinquentes. Por aqui somos levados a uma *relativização* do objecto e da função do direito penal que, também ela, convida a corrigir, através de processos legais de criminalização e de descriminalização, os resultados a que conduzem os referidos critérios sociais de definição e selecção.

3. E agora devo aferir, como me propus, o Projecto do nosso futuro Código Penal à luz deste primeiro mandamento político-criminal.

Começarei por lembrar que o direito penal português pode reivindicar-se de uma já longa e continuada — e, como agora se vê, saudável — tradição liberal em matéria de não criminalização de condutas que, se bem que tidas como imorais por largas camadas ou mesmo pela generalidade da população, não lesam bens jurídicos no sentido acima apontado. A posição reservada do direito penal português, desde há mais de um século⁽³⁵⁾,

⁽³³⁾ H. BECKER, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York: Free Press, 1963, p. 9.

⁽³⁴⁾ Muito justamente referida por C. ROXIN (nota 32), p. 226 e s.

⁽³⁵⁾ Claro que a posição era completamente diferente na vigência das Ordenações do Reyno, caracterizadas aliás por uma hipercriminalização particularmente visível — e proventura em muitos pontos chocante, mesmo à luz dos padrões morais-sociais e religiosos coevos — em tudo quanto se relacionasse com o comportamento sexual. Por isso se pode dizer, com razão, que o Código Penal de 1852 e a legislação penal posterior constituíram já, em seu tempo, alavancas de um poderosíssimo *movimento de descriminalização*.

relativamente a condutas como a prostituição, o homossexualismo, a rufianaria, os chamados vícios contra a natureza e o próprio incesto, demonstram o bem fundado da minha afirmação; a qual só é enfraquecida, embora não desmentida, pela circunstância de em 1954, como se sabe, uma parte daquelas condutas ter passado a constituir estados de marginalismo criminoso ou de para-delinquência, passíveis de medidas de segurança⁽³⁶⁾, cedendo-se deste modo aos ventos de «totalitarismo ético» que então sopravam na vida política e social portuguesa.

Deve afirmar-se que o *Projecto Eduardo Correia* de 1963-6 logo retomou a tradição nesta matéria e a reforçou em larga medida⁽³⁷⁾. Assim, e em primeiro lugar, eliminando a categoria das contravenções e sugerindo a transformação delas em simples contra-ordenações, puníveis com sanções pecuniárias de carácter não-penal⁽³⁸⁾; transformação que num primeiro momento foi operada, relativamente a todas as contravenções vigentes puníveis só com multa, pelo D.L. n.º 232/79, de 24 de Julho, mas eliminada em seguida pelo D.L. n.º 411-A/79, de 1 de Outubro^(38a). Mas operando também uma certa descriminalização em matérias

(36) Criticamente, de uma pura perspectiva dogmática, logo E. CORREIA (nota 10), I, p. 75 e s.

(37) Uma análise do tema, em face já do texto definitivo do novo Código Penal, foi levada a cabo pelo próprio E. CORREIA, *La depénalisation dans le nouveau Code pénal portugais*, relatório apresentado às III Jornadas Latinas de Direito Penal de Aix-en-Provence (Setembro de 1982).

(38) Sobre o ponto, E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 2), p. 68 e s. e «Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIX, 1973, p. 257; FIGUEIREDO DIAS (nota 11, 1978), p. 392 e ss. e (nota 27), *passim*. A questão foi objecto de larga consideração nas citadas (nota 37) III Jornadas Latinas, a propósito sobretudo da Lei italiana n.º 689, de 24-11-1981.

(38a) Anote-se que — na linha do referido D.L. n.º 411-A/79 — o artigo 6.º, n.º 1, do D.L. n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o Código Penal, manteve em vigor as «normas relativas a contravenções» contidas no velho Código. E o recente D.L. n.º 433/82, de 27 de Outubro — publicado quando este trabalho se encontrava já em curso de impressão —, que constitui a nova lei-quadro do ilícito de mera ordenação social, também não opera a conversão das antigas contravenções nas novas contra-ordenações.

como as relativas à conduta sexual, à actuação no seio familiar, à ofensa de puros valores morais e religiosos, ao simples consumo de estupefacientes — em suma, na generalidade das matérias que a moderna criminologia vem considerando, na esteira de E. SCHUR, sob a epígrafe de *crimes without victims* (39). Por isso haverá também a esperar que certas formas de vida como a vadiagem e a mendicidade, ou condutas como a da inseminação artificial consentida, acabem — apesar de até aqui expressamente previstas nos projectos — por não ser incriminadas (40).

Por outro lado ainda, o *Projecto* regula liberalmente certos institutos — *v. g.*, o da dispensa de pena — ou faz amplo uso de outros — *v. g.*, o de tornar o procedimento por muitos crimes dependente de prévia denúncia ou acusação do ofendido — que permitem uma descriminalização real mesmo em domínios onde persiste a criminalização legal (41).

Na vertente oposta àquela que venho considerando, o *Projecto* revela-se saudavelmente parcimonioso no encetar de novos processos legais de criminalização. Estes justificam-se, decerto, onde novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar protecção suficiente. Por isso tem fundamento a criminalização que o *Projecto* opera em domínios como o dos crimes contra a intimidade ou o dos crimes de perigo comum (42). Mas creio ser difícil deparar com novos campos em que se possa afirmar ter ele — mesmo perante fenómenos sociais mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências — feito intervir apressadamente a tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento

(39) E. SCHUR, *Crimes Without Victims*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1965. E na literatura portuguesa COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, pp. 30 e s. e 104 e ss.

(40) E na verdade o novo Código Penal não contém — muito exactamente, à luz do que se diz em texto — tais incriminações.

(41) Assim também E. CORREIA (nota 37) .

(42) Cf. já o meu trabalho citado (nota 30), p. 94. e s. e agora também ANABELA RODRIGUES, *La «néo-criminalisation» dans le nouveau Code pénal portugais et ses relations avec l'exécution de la peine privative de liberté*, relatório apresentando às III Jornadas Latinas referidas (nota 37).

das estratégias não criminais de controlo social (43). Tanto mais quanto é certo ter o *Projecto* renunciado a abranger domínios tradicionalmente reservados à legislação penal extravagante, mesmo em campos tão importantes como os do direito penal económico e financeiro, do ambiente, do trabalho, da circulação rodoviária, das sociedades comerciais. Uma decisão, esta, que depois de quanto atrás se disse não pode deixar de ser tida como bem fundada. Sem prejuízo de dever advogar-se a rápida publicação de uma lei-quadro do direito penal especial, de carácter administrativo e económico-social, que discipline legislação penal extravagante e aponte com clareza os princípios específicos a que deve submeter-se (44).

Profundamente criticável será que venha a concretizar-se o propósito, agora insistentemente anunciado, de não permitir que o futuro Código dê qualquer passo em direcção a uma descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. Logo o inicial *Projecto* da Parte Especial operava, no seu artigo 152º, aquela descriminalização em função de uma lata indicação médica: quando a interrupção da gravidez constituísse o único meio de remover um perigo de morte ou de uma grave e irreversível lesão da saúde ou da integridade física da mulher grávida». Esta solução moderada do problema foi, em geral, reputada razoável e adequada a fazer evoluir progressivamente a situação

(43) Os critérios utilizados no texto para avaliar da legitimidade de uma concreta neo-criminalização cobrem-se com os apontados por C. ROXIN (nota 29), p. 510 e s.

(44) Neste sentido vai a posição que assumi nos meus artigos «Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente», *Revista de Direito e Economia* 4 (1978), p. 10 e ss. e sobretudo (nota 27), *passim*. Nem se esqueça, por outro lado, que corre nesse sentido a tradição legislativa portuguesa: o Decreto-Lei n.º 41 204, de 24-7-1957, constitui na verdade um dos primeiros exemplos, mesmo a nível internacional, de uma lei contendo os princípios aplicáveis às infracções contra a saúde pública e a economia nacional. V. também FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 262, 1977, p. 39 e ss.

num país como o nosso, de fortíssima tradição católica⁽⁴⁵⁾. Sem que faltasse, todavia, quem entendesse dever-se ir mais longe, descriminalizando por inteiro a interrupção da gravidez operada no primeiro mês e acrescentando, para o segundo e terceiro mês, outras indicações à indicação médica; sobretudo porque importaria ter presente que nesta matéria o processo social de selecção se faz sentir com particular intensidade — fala-se officiosamente de 100000 abortos por ano em Portugal, sem que no último decénio o número de condenações anuais tenha alguma vez atingido a dezena! — e recai sobre os estratos sócio-economicamente mais necessitados da população⁽⁴⁶⁾. Se todavia, não correspondendo a qualquer destas solicitações político-criminais, o texto definitivo do novo Código omitir por inteiro a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez sob qualquer forma, inclusive por indicação médica, poderá dizer-se que isso representa um retrocesso mesmo relativamente ao velho Código Penal português de 1886, cujo § 4.º do artigo 358.º, numa certa interpretação, não puniria já o chamado «aborto terapêutico»⁽⁴⁷⁾.

Seja como for quanto a este ponto, e não podendo eu ter a pretensão de ser exaustivo, creio ter dito o bastante para dar fundamentamente a entender que o espírito animador do nosso

(45) Cf. logo BOAVENTURA SANTOS, «L'interruption de la grossesse sur indication médicale dans le droit pénal portugais», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIII, 1967, p. 143 e ss. E depois COSTA ANDRADE, «O Aborto no Direito Penal Português», *II Jornadas Italo-Franco-Luso-Espanholas de Derecho Penal*, Avila-Alcala de Henares, 1981, p. 57 e «O Aborto como Problema de Política Criminal», *Revista da Ordem dos Advogados* 39 (1979), p. 293 e ss.

(46) Nesse sentido vai essencialmente o Projecto de Lei n.º 309/II apresentado pelo Partido Comunista Português: *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 50, de 6-2-1982. Cf. a respectiva discussão na generalidade no mesmo *Diário*, I Série, n.º 59, de 3-3-1982. E, para uma posição do problema em termos análogos aos do texto, já o meu artigo citado (nota 30), p. 89 e s.

(47) Assim BOAVENTURA SANTOS (nota 45), p. 177 e ss. e FIGUEIREDO DIAS (nota 30), p. 89, em nota. Infelizmente, o receio aventado no texto veio a concretizar-se e o novo Código Penal não contém qualquer disposição que descriminalize, seja em que caso for, a interrupção voluntária da gravidez.

Projecto de Código Penal se encontra mesmo na linha da primeira proposição político-criminal avançada. Concluo por isso quanto a esta e passo imediatamente à minha segunda proposição político-criminal.

III.

Ela respeita agora à questão do *se* da punibilidade, isto é, da «definição», já não do comportamento criminal, mas da consequência jurídica por excelência que àquele se liga: a pena. A proposição é do teor seguinte: *num Estado de Direito material, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, dos limites e do sentido da pena deve arrancar de uma concepção geral-preventiva integrada, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, que deve ser executada num sentido predominante de socialização do delinquente.* Tratemos de a justificar.

1. Não faltará quem diga não haver nada de novo nesta proposição: bem pelo contrário, ela constituiria apenas a tradução político-criminal de uma das bem conhecidas, por já antigas, «teorias ecléticas» que na doutrina jurídico-penal vêm sendo defendidas em matéria de fins das penas. Nada, porém, seria menos exacto.

Até há pouco tempo, na verdade, a doutrina a este propósito surgia-nos claramente bipolarizada. De um lado deparava-se-nos o pensamento, subsidiário da escola neoclássica, que reconduzia a justificação da pena à fórmula «prevenção geral através de justa retribuição»⁽⁴⁸⁾; enquanto, de outro lado, se nos deparava a ideia, tão cara ao movimento da *défense sociale* em todas as suas formas — mas particularmente ao da *défense sociale nouvelle* —, segundo a qual a finalidade de ressocialização do delinquente, ligada ao pensamento da prevenção especial, constitui o primeiro

(48) Claramente nesta via, por exemplo, H.-H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, I (tradução da 3.^a ed. alemã por Mir Puig e Muñoz Conde), Barcelona: Bosch, 1981, p. 103 e ss., com larga indicação bibliográfica.

e decisivo fundamento da pena⁽⁴⁹⁾. Mas a situação evoluiu de forma sensível nos últimos anos, tornando-se extremamente complexa.

Por um lado, acentuou-se que nas modernas sociedades democráticas e pluralistas a aplicação da pena não pode ser produto de qualquer processo metafísico — como queriam as doutrinas absolutas, de cunho retributivo e expiatório —, mas é só expressão de «uma amarga necessidade num mundo de seres imperfeitos como são os homens»⁽⁵⁰⁾; a sua imposição baseia-se por isso exclusivamente em necessidades de prevenção, geral ou especial. O que todavia não tem de significar o abandono da ideia da culpa: esta deve continuar a considerar-se pressuposto, embora já não fundamento, da aplicação da pena, como forma de limitação do poder estadual e consequente garantia da liberdade das pessoas⁽⁵¹⁾.

Por outro lado porém, ainda mais recentemente, também o pensamento da ressocialização do delinquente entrou em crise generalizada, até ao ponto de ser hoje corrente falar-se da «queda do mito da ressocialização»⁽⁵²⁾. Jogam aqui o seu papel factores

(49) Sobre esta posição informa largamente M. ANCEL, *A Nova Defesa Social* (tradução da 2.^a ed. francesa por Osvaldo Melo), Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 224 e ss. Um excelente estudo sobre os pressupostos filosóficos e político-criminais desta concepção encontra-se na monografia de F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova: Cedam, 1979.

(50) A frase encontra-se na fundamentação do *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, Tübingen: Mohr, 1966, p. 29.

(51) Particularmente impressivo nesta direcção, C. ROXIN, «Reflexiones politico-criminales sobre el principio de culpabilidad», in: *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal* (trad. do alemão de Muñoz Conde), Madrid: Reus, 1981, p. 41.

(52) A literatura sobre este ponto é já hoje abundantíssima. Destaquem-se, entre tantos outros, SESSAR, «Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft», *ZStW* 81 (1969), p. 372 e ss.; A. ESER, «Resozialisierung in der Krise?», *Festschrift für Peters*, Tübingen: Mohr, 1974, p. 505 e ss.; G. KAISER, «Resozialisierung und Zeitgeist», *Festschrift für Württemberg*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 359; G. STRATENWERTH, «Strafrecht und Sozialtherapie», *Festschrift für Bockelmann*, München: Beck, 1979, p. 901 e ss.; E. DOLCINI, «La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà»,

de vária ordem: a verificação descoroçoante — obtida, através de seriíssimos estudos estatísticos e de *follow-up*, sobretudo nos E.U.A. e nos países nórdicos — de que às fabulosas somas investidas em estabelecimentos modelares de ressocialização, nomeadamente de terapia social, não correspondeu até agora nenhuma sensível diminuição (quando mesmo correspondeu alguma) da taxa da reincidência⁽⁵³⁾; a consciência clara de que os esforços ressocializadores radicavam, em grande parte, num «modelo médico» de terapêutica coactiva e, assim, numa ideologia do tratamento» em oposição aos mais elementares pressupostos do Estado de Direito⁽⁵⁴⁾; finalmente, a observação — devida ao actual movimento da criminologia crítica ou radical — de que, dada a já referida normalidade e ubiquidade do comportamento criminal, a contrastar com o carácter fortemente selectivo e sócio-economicamente discriminatório da sua definição social, não são tanto os delinquentes que devem ser «reeducados», quanto sobretudo a sociedade punitiva — que vale dizer, a sociedade classista, burguesa e capitalista — que deve ser (revolucionariamente) transformada⁽⁵⁵⁾!

Riv. ital. di dir. e proc. pen. 22 (1979), p. 469 e ss.; R. BERGALLI, «Ejecucion penal y politica criminal en America Latina», *Revue internationale de droit pénal* 49 (1978), p. 86 e ss.; F. MUÑOZ CONDE, «La resocializacion del delincuente. Analisis y critica de un mito», *Doctrina Penal* 2 (1979), p. 625 e ss.

⁽⁵³⁾ Uma referência a este ponto e a sua discussão encontram-se por exemplo em H.-H. JESCHECK, «La crisis de la politica criminal», *Doctrina penal* 3 (1980), p. 47.

⁽⁵⁴⁾ Referências e discussão deste ponto na generalidade dos estudos citados supra (nota 52), aos quais se pode acrescentar HILBERS-LANGE, «Abkehr von der Behandlungsideologie?», *Kriminologisches Journal*, 1973, p. 54 e (criticamente) CHRIST, «Die Kehrseite der Abkehr von der Behandlungsideologie», *Kriminologisches Journal*, 1973, p. 61. Relevo fundamental neste contexto deve ser atribuído às obras de N. KITTRE, *The Right to Be Different. Deviance and Enforced Therapy*, Middlesex: Penguin, 1971; E. SCHUR, *Radical Non-Intervention*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1972 e Th. SZASZ, *Le mythe de la maladie mentale*, 1975, *Fabriquer la folie*, 1976 e *La loi, la liberté et la psychiatrie*, 1977 (todos, Paris: Payot).

⁽⁵⁵⁾ Cf. em especial os estudos já citados de SESSAR, BERGALLI e MUÑOZ CONDE (nota 53) e, sobretudo, A. BARATTA, «Sistema penal ed emarginazione sociale», *La Questione Criminale*, 1976, p. 237 e «Criminolo-

Que resulta de tudo isto? Algo que não deixaria de chocar profundamente o observador que, na última meia dúzia de anos, tivesse interrompido os seus contactos com a evolução das ciências penais. O que vemos é os teóricos daqueles países que, até então, eram os mais estrénuos defensores do pensamento ressocializador (não poucas vezes com um unilateralismo a roçar as raias do puro doutrinarianismo — os norte-americanos e os ingleses, os suecos e os finlandeses), remeterem-se resignadamente à afirmação de que a Política Criminal, no que toca à punição, há-de basear-se nos «just deserts», nos justos méritos daquilo que para o delinquente resulta do facto que praticou; pelo que finalidade da execução da pena — como ainda agora se repetiu insistentemente num congresso internacional no qual participei, em Siracusa⁽⁵⁶⁾ — só pode ser «to implement the sentence of the court». O que equivale à confissão desalentadora de que nada mais resta senão o regresso a um puro critério de retribuição — e, na verdade, de uma retribuição factual, predominantemente objectiva e igualadora da gravidade do crime e do alarme social por este causado⁽⁵⁷⁾. Não parece que, deste modo, se operou um movimento completo de «revolutio»

gia critica y politica penal alternativa», *Rev. internationale de dr. pén.* 49 (1978), p. 43.

⁽⁵⁶⁾ É a que fiz referência supra (nota *).

⁽⁵⁷⁾ Pioneiros nesta direcção os estudos de N. MORRIS, *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974, p. 58 e ss. e M. v. HIRSCH, *Doing Justice*, 1976, p. 47 e ss. Uma primeira valoração crítica destas posições em M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3.^a ed., Paris: Cujas 1981, p. 261 e ss. e 331 e ss. Para outros joga também aqui o seu papel a circunstância da actual crise económica mundial que — ela sim — seria determinante do novo *justice model* (como é igualmente conhecida, na literatura norte-americana, esta concepção dos fins das penas): cf. v. J. H. REIMAN/S. HEADLEE, «Marxism and Criminal Justice Policy», *Crime & Delinquency* 1981, p. 24 e J. H. REIMAN, «Marxist Explanations and Radical Misinterpretations», *Crime & Delinquency*, 1982, p. 610; criticamente, D. GREENBERG/D. HUMPHRIES, «Economic Crisis and the Justice Model: A Skeptical View», *Crime & Delinquency*, 1982, p. 601. Sobre o estádio actual da questão dos *just deserts* v. por último a controvérsia entre J. BRAITHWAITE e E. v. d. HAAG, no *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, pp. 723, 764, 769 e 786.

e se voltou ao ponto exacto em que a escola clássica havia deixado a compreensão da pena, depois do pensamento kantiano a haver colocado numa estática «majestade independente de fins» (58)?

2. Sustento convictamente — e sinto-me acompanhado, como pude verificar no aludido Congresso de Siracusa, por todo um movimento vivo em países como a Alemanha Federal, a Suíça, a França, a Itália, e, em certa medida, a própria Noruega — que não é em função deste novo unilateralismo que correctamente se definirão os rumos da Política Criminal.

Se a minha primeira proposição político-criminal foi correcta, dela resulta logo que o momento inicial (e decisivo) de fundamentação da pena repousa numa ideia de *prevenção geral*: também a pena só ganha justificação a partir da necessidade de protecção de bens jurídicos; nesta medida, uma qualquer teoria «absoluta» dos fins da pena fica *ab initio* prejudicada (59). Só deverei acentuar que não preside a estas minhas considerações a pobre noção tradicional de prevenção geral, de cariz negativo, como pura intimidação, mas uma acepção positiva ou integrada, onde a intimidação actua só dentro do campo marcado por certos orientamentos culturais, por *standards* ético-sociais de comportamento que a ameaça da pena visa justamente reforçar (60).

(58) Da qual falava ainda R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, (trad. da edição alemã por Cordoba Roda), I, Barcelona: Ariel, 1962, p. 79 e ss.

(59) Assim o defendi logo no meu estudo citado (nota 23), p. 117 e, por último, no artigo «Schuld und Persönlichkeit» também já referido (nota 16), p. 224.

(60) Neste contexto fala C. ROXIN, «Culpabilidad, prevencion y responsabilidad en derecho penal», in: (nota 51), p. 182, de *Integrationsprävention*; F. STRENG, «Schuld, Vergeltung, Generalprävention», *ZStW* 92 (1980), p. 679, de *positive Generalprävention*; B. HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Frankfurt a. M., 1976, p. 127 de *Tiefenprävention*; e C. SCHÖNEBORN, «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips», *ZStW* 92 (1980), p. 687 e ss., de *Normbewährungsmodell*.

Esta «nova» concepção da prevenção geral radica nos fundamentais

Mas porque assim é, a natureza geral-preventiva da pena encontra-se *institucionalmente* ligada à pena da culpa. Só que esta se não baseia em qualquer ideia absoluta de retribuição ou expiação, ao estilo kantiano, mas na exigência de respeito pela dignidade do homem, primordial nos quadros do pensamento próprio do Estado de Direito⁽⁶¹⁾. Fica assim prejudicada a ideia de que à culpa tem de corresponder a pena: é perfeitamente possível que uma culpa existente não determine a punição — porque nesse caso a aplicação da pena se não revelava, em definitivo, necessária. Mas já não é possível a aplicação da pena se não preexistir a culpa, como não é possível a aplicação daquela em medida superior à medida da culpa⁽⁶²⁾. Nesta acepção das coisas não deve haver qualquer receio em afirmar que a culpa continua a constituir, não o fundamento, mas em todo o caso *um* dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena.

Por aqui se lança a ponte para a exigência de que a execução da pena vise a socialização do delinquente — se bem que uma tal exigência se deva relativizar, sob múltiplos aspectos, face à forma como era defendida ainda em período recente. Assim, já ninguém dirá que seja legítimo condenar alguém *para*, deste modo, ganhar legitimidade para uma socialização que pareça necessária. Por outro lado, a socialização tem de ser por inteiro

estudos de ANDENAES, «General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, p. 338 e «Theory and Practice of General Prevention Through Threatning, Enforcement and Execution of Punishment», relatório apresentado ao Colóquio sobre *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati* (Milan, 1979). Em Itália destacuem-se os estudos de A. PAGLIARO, «Aspetti giuridici della prevenzione», *L'Indice penale* 1976, p. 5, «La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi», *Riv. italiana di dir. e proc. pen.* 22 (1979), p. 1190 e «Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati», *Riv. italiana di dir. e proc. pen.* 24 (1981), p. 447 e ss. e 55.

(61) Isto procurei eu mostrar mais em pormenor na primeira parte do meu artigo publicado na *ZStW* (nota 16), p. 224 e ss.

(62) Assim também C. ROXIN, «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad», *in*: (nota 51), p. 187, sem todavia subscrever — antes abertamente contestando — a afirmação que imediatamente se segue em texto.

dissociada de qualquer «modelo médico», da «ideologia do tratamento» coactivamente imposto; como tem de deixar de traduzir-se, sob qualquer pretexto, numa actuação sobre o delinquente negadora do seu «direito de ser diferente», ou visando a alteração das suas concepções pessoais no sentido do conformismo e da acomodação (63). A finalidade da execução da pena é simultaneamente mais modesta, mais nobre — e mais difícil. Do que se trata, verdadeiramente, é de *oferecer* ao delinquente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal — visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e activa daquele (64).

Deste modo se pode esperar que sejam respeitados todos os direitos fundamentais do condenado compatíveis com a pena e que são preservados pela Constituição. Como só assim se pode esperar a realização do princípio *social* ínsito no Estado de Direito material, e segundo o qual as prestações estaduais são particularmente devidas aos membros da comunidade que se encontrem num especial estado de necessidade. Só não pode seriamente pensar-se que desta maneira se contribua para a transformação revolucionária do próprio Estado; mas, sobre isto, já disse da minha convicção de ser o direito penal instrumento inadequado a tal fim. Por isso concluo que, dentro dos pressupostos jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito material, de intenção social, não há alternativa para o dever de

(63) Uma clara sugestão neste sentido encontra-se já em M. ANCEL (nota 57), p. 258 e ss., 264 e ss., 330, 333; cf. também FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (nota 5), p. 18 e s. Assinale-se que parece ser nesta correcta distinção entre uma (condenável) «ideologia do tratamento» e uma (aceitável) socialização do delinquente que repousa a recente reforma penitenciária espanhola (Ley Organica 1/1979, de 26-9, General Penitenciária: cf. sobretudo arts. 1.º e 5.º e sobre eles, GARCIA VALDES, *La Reforma Penitenciária Española*, Madrid, 1981, p. 11 e ss.), nomeadamente a distinção que faz entre regime (coactivo) e tratamento (voluntário).

(64) Muito exactamente nesta linha — no que toca à finalidade da execução da pena —, ANABELLA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982, p. 142 e ss.

ajuda e de solidariedade em que se traduz o mandamento político-criminal da socialização do delinquente.

3. E agora resta-me aferir da compatibilidade do nosso projecto de Código Penal com estas considerações. Não contendo — como, em minha opinião, não deve conter um código — qualquer declaração expressa de princípio sobre as finalidades da pena, dir-se-ia que dele não pode resultar acordo ou desacordo com a minha segunda proposição de Política Criminal. Nada seria menos exacto: bem pelo contrário, pode retorquir-se que mal há na parte geral (e mesmo na parte especial) do *Projecto* uma norma à qual não presida ou da qual não resulte uma certa concepção fundamental nesta matéria. Limitar-me-ei, por isso, a chamar a atenção para um ou outro ponto que me parece mais relevante.

Que o *Projecto* se não deixa motivar por uma ideia de prevenção geral de *pura intimidação*, é uma evidência que mal pode ser contestada: aí esta a demonstrá-lo a generalidade das molduras penais da parte especial, com máximos de pena equilibradamente parcimoniosos (e onde alguns espíritos impenitentemente retrógrados julgarão descortinar, sem qualquer parcela de razão, um dos maiores defeitos do futuro código); e, sobretudo, molduras penais muito amplas, com mínimos de pena notoriamente baixos. Se a isto acrescentarmos o entono descriminalizador que domina o *Projecto*, concluiremos sem esforço que o seu ponto de partida para justificação da pena deve ser visto numa *prevenção geral de integração* como aquela que atrás sugeri.

Que, em segundo lugar, o *Projecto* recebe em plenitude o princípio da culpa, é tão indiscutível e indiscutido que, sobre isso, mal devo perder uma palavra. O facto de o art. 2.º do *Projecto* inicial, que expressamente consagrava o princípio, ter desaparecido em posteriores revisões nada depõe contra o reconhecimento da essencialidade da culpa, mas foi apenas expressão da saudável intenção de não comprometer o articulado com construções dogmáticas como a da culpa na formação da personalidade, a que aquele preceito directamente se repor-

tava (65). Já me permitirei todavia chamar a atenção para um preceito, não constante do projecto inicial mas que aparece na proposta de lei do tempo do 2.º Governo Constitucional, relativo à possibilidade de *dispensa da pena* em caso de culpa diminuta. Ele demonstra, para além de toda a dúvida, o bem fundado da minha asserção segundo a qual a existência em concreto da culpa não conduz necessariamente à efectivação da pena.

Finalmente, ninguém ignora quanto o *Projecto* sacrifica ao pensamento da socialização do delinquente. Nem outra coisa poderia esperar-se de um texto em que ficaram indelevelmente marcadas as concepções científicas de EDUARDO CORREIA, profundamente apegadas ao pensamento da ressocialização (66). Questão só poderia ser a de saber se, num ou noutro ponto, ainda se encontram resquícios da ideia do tratamento imposto — inclusivamente quando se exige que, para certos tipos de tratamento, se procure, *sempre que possível*, a concordância do delinquente, mas sugerindo assim que, quando aquela não seja

(65) Bastará na verdade, no plano literal, lembrar o preceito sobre a *determinação da medida da pena* (artigo 72.º, n.º 1 do texto definitivo do Código), para se não poder pôr em dúvida que a existência de culpa é, em todos os casos, condição indispensável de aplicação de uma pena. O que aliás constitui hoje, em meu juízo, uma exigência juridico-constitucional, resultante da essencialidade de preservação da «dignidade da pessoa humana» exigida pelos artigos 1.º, 13.º n.º 1 e 25.º da Constituição (texto reformado de 1982). Assim o veio entendendo também a Comissão Constitucional: cf. por último FIGUEIREDO DIAS, «Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 115 (1982), p. 104 e nota 13.

(66) Pode dizer-se que na obra inteira de E. CORREIA perpassa este pensamento. Mas, para além dos estudos já citados, refiram-se ainda: «Assistência Prisional e Post-Prisional», Suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1965; «A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade», *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 1 (1945), p. 25; «La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet de Code Pénal portugais de 1963», *Estudos in-memoriam do Prof. Beleza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 229; «Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform», *ZStW* 76 (1964), p. 323; «A Influência de Franz v. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLVI, 1970, p. 1.

obtida, o tratamento será na mesma aplicado (67). Dúvidas que, em alguns pontos, poderiam mesmo ser reforçadas pela lei vigente de execução das penas (D. L. n.º 265/79, de 1 de Agosto) (68). A questão — todavia essencial, como mostrei — não pode aqui ser dilucidada em pormenor, como mereceria. Quero só assinalar que numa recentíssima e excelente investigação, dedicada por ANABELA RODRIGUES ao tema da execução das penas privativas da liberdade, pôde a autora concluir que a referida lei é susceptível de uma interpretação que a afaste do modelo da terapêutica coactiva, sem por isso perder ou enfraquecer o seu cariz socializador (69). Com uma tal conclusão devo declarar-me *ab imo* de acordo, vendo nela a pedra que faltava à plena validade, no nosso direito penal futuro, da segunda proposição político-criminal que apresentei.

IV.

Passo sem outra delonga a apresentar a minha terceira e última proposição político-criminal, cuja justificação mais profunda, de resto, não necessitará de extensa consideração, pois que já resulta, no essencial, das considerações anteriormente avançadas. Formularei a proposição da maneira seguinte: *Tanto a vertente social como a vertente liberal da ideia do Estado de Direito material conduzem a que a pena, com a extensão, o sentido e os fundamentos assinalados, constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante.* E se, colocada a proposição desta forma, há-de concordar-se que ela encerra um ideal dificilmente atingível no momento presente da evolução, deve pelo

(67) Cf. sobretudo os artigos 54.º n.º 4.º, 70.º § 2.º, 72.º § 2.º e 101.º do *Projecto da Parte Geral*. De todos estes, porém, só o segundo e o último transitaram para os artigos 53.º n.º 3 e 90.º n.º 1 do novo Código.

(68) Na medida em que, exigindo-se para certas intervenções o consentimento do recluso (v. p. ex. arts. 63.º n.º 4.º e 83.º e ss.), poderia pensar-se que este não seria exigível para as restantes medidas de terapêutica. Cf., de resto, o art. 127.º n.º 1.

(69) ANABELA RODRIGUES (nota 64), p. 138 e ss.

menos exigir-se incondicionalmente *que não seja a própria lei a contribuir para a estigmatização que já acompanha por si mesma a pena criminal*. Se se toma a sério esta ideia, dela resulta uma série de consequências de extrema importância:

1) A pena de prisão deve, ela também, constituir a *ultima ratio* da política criminal e a sua aplicação ser limitada, da forma mais estrita, pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiaridade. Isto supõe por sua vez duas condições — ambas elas plenamente preenchidas pelo *Projecto* do Código Penal: de uma parte, a maior diversificação possível das sanções penais diferentes da prisão — e aí está a aceitação pelo *Projecto*, dentro de larguíssimos limites, da pena de dias-de-multa, da condenação condicional, do regime de prova, da admoestação, da prisão de fim de semana, do regime de semi-detenção, do trabalho comunitário; de outra parte, a obrigação para o juiz de que, na escolha entre uma sanção detentiva e outra não detentiva concretamente aplicáveis, opte pela última sempre que, como se exprime o *Projecto*, «ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime». Não é aventuroso predizer que um preceito deste teor — que mal encontra paralelo em legislações estrangeiras, mesmo nas mais recentes e progressivas — está destinado a constituir a origem de novos e importantes desenvolvimentos da política criminal do futuro (70).

2) A pena privativa de liberdade deve ser — como será no futuro Código — *unitária* e traduzir-se sempre em *simples prisão* (71). Quaisquer formas agravadas de prisão ou da sua execução só poderiam fundar-se na ideia de que certos delin-

(70) Sobre o pensamento que preside a esta disposição cf. E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 2), p. 59 e ss. e *Estudos in-memoriam* (nota 66), p. 239 e ss.

(71) Como sempre o defendeu E. CORREIA, *Projecto da Parte Geral* (nota 2), p. 53 e ss., com o aplauso de H.-H. JESCHECK, «Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise», *Estudos in-memoriam do Prof. Beleza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 462 e s.

quentes deveriam ser especialmente estigmatizados; uma ideia que contrariaria, de pleno, a proposição político-criminal agora em explicitação.

3) As penas curtas de prisão — isto é, não superiores a seis meses — devem ser substituídas pelo número de dias-de-multa correspondente, de acordo com o princípio de que a pena curta de prisão não evita a reincidência, antes a fomenta.

É certo que esta ideia depara hoje com cerrada oposição de alguns sectores da política criminal, provenientes sobretudo de países onde é mais alto o nível sócio-económico da população (72). Segundo tais sectores valeria a pena manter as penas curtas de prisão ditas «de choque» — o *sharp short shock*, de que se fala na moderna doutrina anglo-americana — em razão do seu particular efeito intimidativo sobre pessoas de elevado estatuto sócio-económico, por natureza pouco sensíveis à multa, e porque relativamente a tais pessoas não haveria a recear o efeito de-socializador e corruptor da prisão.

Mas esta argumentação não me parece em geral convincente: porque a multa, de um lado, deve ter limites suficientemente amplos para que possua efeito de justa intimidação mesmo dos mais ricos; depois, porque a prisão, se pode corromper certas pessoas de estatuto sócio-económico mais elevado, assumirá provavelmente quanto a elas um efeito de choque psicológico particularmente acentuado, que potencia, para além do que é inevitável e portanto necessário, o efeito estigmatizante da pena (73); finalmente, porque a substituição deverá poder fazer-se também através da prisão por dia livres ou de fins de semana, a qual, para os efeitos em causa, deve ser equiparada a uma pena não detentiva e é particularmente adequada à punição dos casos que se julga exigirem a pena curta de prisão. Por isso a substituição desta pena impõe-se relativamente a todos nos mesmos

(72) Desta oposição se dão conta, por exemplo, M. ANCEL (nota 57), p. 198 e 276, e «La prison pour qui? Aspects juridiques du problème», *Revue pénitentiaire et de dr. pen.* 100 (1976), p. 702 e ss. e 708 e s.; C. ROXIN (nota 29), p. 516; H.-H. JESCHKE (nota 53), p. 68 e s.

(73) No sentido desta consideração C. ROXIN (nota 29), p. 516.

termos e não em função do estatuto sócio-económico de cada um. A única questão que pode pôr-se é a de saber se, sem curar deste estatuto, a substituição deve ter *sempre* lugar⁽⁷⁴⁾, ou se — como se propõe no nosso *Projecto*⁽⁷⁵⁾ — deve admitir excepções justificadas por razões de prevenção da prática de futuros crimes.

4) Nenhuma pena deve envolver, como efeito *necessário*, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos: eis uma implicação directa fundamental da tendência político-criminal ora em explicitação. Implicação tão profundamente radicada no moderno pensamento português que, no momento presente, se sugere que fique inscrita de forma terminante no texto constitucional em revisão na Assembleia da República⁽⁷⁶⁾. Uma tal sugestão é fruto indiscutível da consagração do princípio no *Projecto* do Código Penal, que dele retira aliás todas as suas consequências. Assim, mesmo a pena de demissão do funcionário ocorrerá, não como efeito automático da prática de qualquer crime, mas só quando tiver havido lugar a grave abuso da função ou a grave violação dos deveres inerentes; ou ainda quando o funcionário se revelar incapaz ou indigno de exercer o cargo, ou tiver perdido a confiança geral necessária ao exercício da função. De resto, a demissão não envolve a perda do direito à aposentação ou à reforma, nem torna impossível a nomeação do agente para outros cargos públicos ou para funções diferentes.

5) O acesso ao conhecimento do registo criminal deve ser drasticamente restringido para todos os efeitos que não sejam os directamente relacionados com as exigências da investigação criminal e do processo penal. A este propósito se torna particu-

(74) Solução propugnada decididamente pelo *Projecto de Ley Organica de Código Penal Español* de 1980. Cf. sobre ela, por último, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Los medios substitutivos de las penas cortas de prision*, relatório apresentado às III Jornadas Latinas já citadas (nota 37).

(75) É ficou consignado no artigo 43.º, n.º 1, do texto definitivo do Código.

(76) É que, na verdade, obteve consagração no novo artigo 30.º, n.º 4, da Constituição.

larmente clara a inadmissibilidade de ser a própria lei a fomentar e potenciar o efeito estigmatizante de penas já cumpridas, permitindo ou mesmo exigindo o seu conhecimento por terceiros — e consequente publicidade — para os efeitos mais diversos, nomeadamente para efeitos de emprego (77). Desde há muito que o direito português e a prática da sua aplicação revelam uma saudável contenção nesta matéria. Remetendo o *Projecto* a regulamentação do registo para legislação especial (77^a), há que exigir desta que por inteiro se adegue à filosofia político-criminal que ao novo diploma preside e que, por conseguinte, limite ainda mais, nos termos indicados, a incidência do instituto do registo criminal.

V.

Termino com a indicação breve de dois temas que se ligam, estreitamente, à posição político-criminal assumida na questão do fundamento, do sentido e dos fins das penas, mas que ganham em todo o caso, perante ela, relativa autonomia. Trata-se, por um lado, da questão do tratamento jurídico-penal a que devem ser submetidos os chamados delinquentes habituais e por tendência, ou delinquentes especialmente perigosos; e, por outro lado, do problema relacionado com o futuro do instituto da liberdade condicional. Num como no outro caso, as tendências político-criminais parecem-me mais dificilmente discerníveis.

1. Continuo inclinado a crer que um sistema dualista de penas e de medidas de segurança privativas da liberdade, aplicáveis ao mesmo agente pelo mesmo facto criminal, deve ser recusado (78) ou, pelo menos, dotado da flexibilidade suficiente

(77) Isto mesmo tive ocasião de defender no Colóquio Internacional da *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire* de Neuchâtel, reunido em Agosto/Setembro de 1979: cf. *Casier Judiciaire et Réhabilitation, Actes des Journées de Neuchâtel*, Neuchâtel, 1982, p. 49 e 51 e s.

(77^a) Cf. agora o D.L. n.º 39/83, de 25 de Janeiro.

(78) Decididamente neste sentido vai, como é sabido, o pensamento de E. CORREIA: cf. os seus estudos «A Doutrina da Culpa», «Grundge-

para permitir uma execução unitária. A aplicação a um delinquente habitual de uma pena sensivelmente mais pesada do que a que seria aplicada, pelo mesmo facto, a um delinquente não habitual não precisa necessariamente de se fundar na maior perigosidade naturalística do primeiro, mas pode, dentro de certos limites, encontrar justificação mesmo à luz do princípio da culpa. A agravação da pena nestas hipóteses não merece por isso censura de inconstitucionalidade, mesmo onde, como entre nós, se deva considerar o princípio da culpa uma imposição constitucional⁽⁷⁹⁾. Tal princípio obriga, como atrás ficou dito, a que não haja pena sem culpa e a que a medida daquela não ultrapasse a medida desta. Mas não obriga a que a culpa se refira só ao facto, deixando fora de consideração a pessoa do agente. Pessoalmente, sempre defendi⁽⁸⁰⁾ que a culpa do delinquente habitual responsável é maior que a do não habitual, na medida em que exprima no facto qualidades pessoais mais desvaliosas e por isso mais censuráveis.

Sendo assim, creio que poderá reabilitar-se a ideia da pena relativamente indeterminada — que o *Projecto* prevê para os delinquentes por tendência, alcoólicos e equiparados —, apesar de todas as pesadas críticas que nos últimos tempos lhe vêm sendo dirigidas⁽⁸¹⁾. É claro que o limite máximo da pena há-de ser um tal que encontre justificação à luz da culpa agravada do delinquente. Se este é libertado antes de atingir aquele limite máximo, é porque se pode esperar que a finalidade de socialização tenha sido alcançada e o cumprimento do resto da pena tenha deixado de ser necessário. Por isso não vejo também que o insti-

danken...» e «A Influência...» citados (nota 66); e *Projecto da Parte Geral* (nota 2), p. 30 e ss. e 60 e ss. Sobre este pensamento cf. H.-H. JESCHECK (nota 71), p. 459 e P. HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn: Rohrscheid, 1971, p. 247 e ss. e *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 186 e ss.

⁽⁷⁹⁾ Cf. supra (nota 65).

⁽⁸⁰⁾ Especialmente na minha monografia *Liberdade — Culpa — Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 257 e ss. Sobre esta orientação P. HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik* (nota 78), p. 190 e ss.

⁽⁸¹⁾ Em síntese v. M. ANCEL (nota 57), p. 263 e 315 e ss. e H.-H. JESCHECK (nota 53), p. 47.

tuto da pena relativamente indeterminada viole os princípios da segurança e da certeza do direito. Sobretudo se se considerar — como claramente o pressupõe o nosso *Projecto* — que a libertação do delinquente (o qual aliás terá de passar obrigatoriamente por uma fase de liberdade condicional) não ficará no arbítrio ou mesmo só na discricionariedade das autoridades penitenciárias, mas há-de ser decidida pelo tribunal, sobre parecer daquelas autoridades. Nem se dirá por último, com razão, que a execução da pena relativamente indeterminada se liga necessariamente a uma ideologia do tratamento; bem ao contrário, ainda aqui a execução há-de servir a finalidade de *oferecer* ao delinquente os meios que se julguem necessários ou adequados à sua socialização.

2. Uma parte da argumentação que acaba de ser desenvolvida em favor da pena indeterminada serve para convencer do bom fundamento da manutenção do instituto da liberdade condicional. E, na verdade, o nosso *Projecto* de Código Penal continua a prevê-lo, com carácter facultativo para as penas de prisão superiores a seis meses, com carácter obrigatório (a partir do cumprimento de $\frac{5}{6}$ da pena) para as superiores a seis anos e para a pena relativamente indeterminada.

Julgo poder afirmar ter a experiência portuguesa demonstrado que a libertação condicional, sobretudo nas penas longas, tem um efeito positivo para a socialização do delinquente, sem ao invés representar para este um encurtamento dos seus direitos, liberdades e garantias que não deva ser suportado. Isso é o essencial e o bastante para que o instituto não deva ser abandonado. Tanto mais quanto me parece certo que as críticas que hoje se ouvem às desigualdades e à insegurança que acompanhariam inevitavelmente o instituto da libertação condicional⁽⁸²⁾ perdem consistência quando o processo da concessão daquela seja inte-

(82) Em geral sobre as objecções que em data recente se têm levantado à manutenção do instituto cf. — mas criticamente, como no texto — M. ANCEL (nota 57), p. 331 e H.-H. JESCHECK (nota 53), p. 67.

gralmente jurisdicionalizado, como desde já há muito o é em Portugal e agora se mantém no *Projecto* do Código Penal.

Que pese à eliminação intencional de todos os detalhes, a exposição que acabo de fazer terá resultado demasiado extensa no seu conjunto. E no entanto, ficaram por inteiro fora de consideração temas relevantíssimos no contexto do assunto que me propus debater. Mas talvez que, ainda assim, tenha ficado dito o bastante para justificar a minha conclusão: a de que o *Projecto do futuro Código Penal português constitui, mesmo no contexto internacional mais avançado, um instrumento perfeitamente actual e adequado, da perspectiva político-criminal, para que as dificuldades suscitadas pelo problema do crime num Estado de Direito material, de raiz social e democrática, possam ser dominadas. E possam sê-lo em termos tais que deles resulte a liberdade dos cidadãos defendida, o interesse comunitário realizado e — é o essencial — a eminente dignidade de cada pessoa preservada.*