

# 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
- BFUDC— 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 <sup>(1)</sup>.

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 <sup>(2)</sup>, 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

---

<sup>(1)</sup> Sobre a relação entre legalidade e individualização (discricionariiedade) 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..

<sup>(2)</sup> 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 <sup>(5)</sup>.

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 <sup>(6)</sup>.

## 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» <sup>(7)</sup> — 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

---

<sup>(5)</sup> 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).

<sup>(6)</sup> 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).

<sup>(7)</sup> 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»<sup>(10)</sup>. 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)<sup>(11)</sup> — 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-

---

<sup>(10)</sup> *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.

<sup>(11)</sup> 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) <sup>(12)</sup>, 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 <sup>(13)</sup> e, deste modo, o Direito, «o verdadeiro direito é o do caso concreto» (A. VINCENT) <sup>(14)</sup>. 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» <sup>(15)</sup>, que ele é intenção axiológica que se cumpre no seio contingente da acção prática <sup>(16)</sup> 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 <sup>(17)</sup>, 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

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

<sup>(13)</sup> 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).

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

<sup>(15)</sup> 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.

<sup>(16)</sup> 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.

<sup>(17)</sup> 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) <sup>(18)</sup>.

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» <sup>(19)</sup>, e que, por essa razão, «nenhum outro problema do Direito Penal foi objecto duma tão viva especulação como a teoria da pena» <sup>(20)</sup>, 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-

---

<sup>(18)</sup> *A medida da pena*, cit., p. 60.

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

<sup>(20)</sup> 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 <sup>(21)</sup>. 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

---

<sup>(21)</sup> 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 i 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 <sup>(26)</sup>.

### 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) <sup>(27)</sup>, 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.

<sup>(26)</sup> A esse problema se referirá a parte II do presente trabalho.

<sup>(27)</sup> 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<sup>(28)</sup>. 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<sup>(29)</sup>.

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<sup>(30)</sup>. Deste modo, o problema do fim mediato das penas, não só se vem a reconduzir ao problema do fundamento do Direito Penal<sup>(31)</sup>, 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»<sup>(32)</sup>: 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<sup>(33)</sup>.

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.

---

<sup>(33)</sup> 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»<sup>(34)</sup>. Inegável, porém, é ainda a importância da prevenção geral num sentido positivo de integração, que WELZEL denominou de «função ético-social do Direito Penal»<sup>(35)</sup> 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<sup>(36)</sup>. 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-

---

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

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

<sup>(36)</sup> 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 <sup>(37)</sup>.

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 <sup>(38)</sup>.

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

---

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

<sup>(38)</sup> 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<sup>(39)</sup>.

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»<sup>(40)</sup> —, 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<sup>(41)</sup>, 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<sup>(42)</sup>. 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»)<sup>(43)</sup>. 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, atravessa 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).

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

<sup>(43)</sup> 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 <sup>(44)</sup>.

*Pressuposto necessário* ainda, porque abandonado o sistema das penas fixas e consagrado o princípio da individualização das penas <sup>(45)</sup>, 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» <sup>(46)</sup> — 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» <sup>(47)</sup>. 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 <sup>(48)</sup>. 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

---

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

<sup>(45)</sup> 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.

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

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

<sup>(48)</sup> 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 <sup>(49)</sup>.

*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») <sup>(50)</sup>. 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» <sup>(51)</sup>; 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» <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> 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.

<sup>(50)</sup> 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.

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

<sup>(52)</sup> 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<sup>(53)</sup>. 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.<sup>(54)</sup>, 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»<sup>(55)</sup>.

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

---

<sup>(53)</sup> 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).

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

<sup>(55)</sup> 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<sup>(56)</sup> —, 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»<sup>(57)</sup>. 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»<sup>(58)</sup>. Com efeito, a teoriza-

---

<sup>(57)</sup> 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.

<sup>(58)</sup> 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, consequentemente, a teoria dos fins das penas — nem sempre ocorreu do mesmo modo, conhecendo diferentes etapas e portanto uma evolução <sup>(59)</sup>.

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 <sup>(60)</sup>.

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),

<sup>(59)</sup> 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.

<sup>(60)</sup> 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 <sup>(61)</sup>.

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 constataram 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) <sup>(62)</sup>; 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» <sup>(63)</sup>. 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

---

<sup>(61)</sup> 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.

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

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

por parte do próprio Estado <sup>(64)</sup>, agora em virtude da lógica assaz casuística e individualizadora que anima um direito penal correccionalista na fase da aplicação das penas <sup>(65)</sup>, se aponta ainda o tender a acentuar uma «ideologia da divergência» <sup>(66)</sup> 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 <sup>(67)</sup> ou aditivas <sup>(68)</sup>), 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» <sup>(69)</sup>). 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 delictuosa» <sup>(70)</sup>. Finalmente, outra fórmula pluridimensional encontro-la entre aqueles autores que, realçando o carácter

---

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

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

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

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

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

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

<sup>(70)</sup> 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) <sup>(71)</sup>.

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 <sup>(72)</sup> ou a de F. CARNELUTTI em Itália <sup>(73)</sup>, 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» <sup>(74)</sup>.

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* <sup>(75)</sup>, salientam-se a da «prevenção geral positiva» defendida por HASSEMER (que, abandonando a prevenção geral negativa ou intimidatória de FEUERBACH, se inclina para

---

<sup>(71)</sup> 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.

<sup>(72)</sup> 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).

<sup>(73)</sup> 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).

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

<sup>(75)</sup> 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) <sup>(76)</sup>; 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 delinquente e o sistema jurídico-penal como sistema preventivo «democraticamente» orientado) <sup>(77)</sup>; 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) <sup>(78)</sup>; é ainda também o caso do «interaccionismo» defendido por CALLIES (que, apoiando nas teses interaccionistas de PARSONS e MEAD, atri-

---

<sup>(76)</sup> 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).

<sup>(77)</sup> 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.

<sup>(78)</sup> 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 <sup>(82)</sup>); ora dotando-o de um conteúdo material de natureza preventiva, na base das novas concepções sobre a relação entre culpa e prevenção <sup>(83)</sup>). 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» <sup>(84)</sup>.

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.

---

<sup>(82)</sup> 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.

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

<sup>(84)</sup> 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)<sup>(85)</sup>; 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<sup>(88)</sup>. 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<sup>(89)</sup>.

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,

---

<sup>(88)</sup> 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.

<sup>(89)</sup> 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 <sup>(90)</sup>, CEREZO MIR <sup>(91)</sup>, GARCIA ARAN <sup>(92)</sup>, A. MARTIN <sup>(93)</sup>, na doutrina espanhola; HAAG <sup>(94)</sup>, HASSEMER <sup>(95)</sup>, A. KAUFMANN <sup>(96)</sup>, na doutrina alemã; DOLCINI <sup>(97)</sup>, PLAGIARO <sup>(98)</sup>, RABOSI <sup>(99)</sup> na doutrina italiana; VERSELE <sup>(100)</sup>, HULSMAN <sup>(101)</sup> na doutrina francesa; J. ANDENAES <sup>(102)</sup> no mundo anglo-saxão), bem assim como é sublinhado com cada vez maior insistência — retomando a lição de BECCARIA <sup>(103)</sup> — 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 <sup>(104)</sup> (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

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

<sup>(91)</sup> *Culpabilidad y pena*, cit., p. 354.

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

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

<sup>(94)</sup> *Rationale Strafzumessung*, Köln, 1969, p. 154.

<sup>(95)</sup> *Generalprävention und Strafzumessung*, cit., p. 29 e ss.

<sup>(96)</sup> *La misión del Derecho Penal*, op. loc. cit.

<sup>(97)</sup> *La commisurazione della pena*, cit., p. 232.

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

<sup>(99)</sup> *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».

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

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

<sup>(102)</sup> *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.

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

<sup>(104)</sup> 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) <sup>(105)</sup>.

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 <sup>(106)</sup>. Já vimos <sup>(107)</sup> 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) <sup>(108)</sup>. 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 <sup>(109)</sup>. 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 <sup>(110)</sup>; se, inversamente, tem sentido punir (dum ponto de vista

---

<sup>(105)</sup> 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.).

<sup>(106)</sup> 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.

<sup>(107)</sup> Vide *supra* pág. 16 e ss.

<sup>(108)</sup> 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.

<sup>(109)</sup> *Culpabilidad y pena*, cit., p. 65.

<sup>(110)</sup> *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 <sup>(11)</sup>, 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 culposos, 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 <sup>(112)</sup>.

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» <sup>(113)</sup>, 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 <sup>(114)</sup>. Numa palavra, o problema da fronteira da impu-

---

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

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

<sup>(114)</sup> 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 substitutivos 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 inimizabilidade 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» <sup>(115)</sup>.

---

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 inimimizabilidade» (in nota introdutória a K. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., 29).

<sup>(115)</sup> 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* <sup>(116)</sup>, 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.

<sup>(116)</sup> 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 <sup>(17)</sup>, não convence. Como nota CEREZO 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 <sup>(118)</sup>. 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 <sup>(119)</sup>.

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-

---

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

<sup>(119)</sup> 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 <sup>(123)</sup>.

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» <sup>(124)</sup>. 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 <sup>(125)</sup>: «caso o homem esteja dominado tão só por leis causais, será irrealizável um

---

<sup>(123)</sup> 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).

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

<sup>(125)</sup> «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<sup>(126)</sup>. 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)<sup>(127)</sup> — 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)<sup>(128)</sup> ou numa ciência construída na base dos conhecimentos das ciências empíricas (G. ORDEIG)<sup>(129)</sup>, estar-se-á justamente a ignorar a verdadeira natureza do Direito Penal e até do Direito em geral<sup>(130)</sup>.

### 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-

---

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

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

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

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

<sup>(130)</sup> 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 optimização 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<sup>(131)</sup>, 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<sup>(132)</sup>.

### 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-

---

<sup>(131)</sup> 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.

<sup>(132)</sup> 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 <sup>(136)</sup>. 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 <sup>(137)</sup>. 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 <sup>(138)</sup>.

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

---

<sup>(136)</sup> 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).

<sup>(137)</sup> 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).

<sup>(138)</sup> 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. KRÜMPELMANN (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-

lada e a confiança na eficácia e vigência do sistema jurídico. O que vale por dizer que a aplicação de sanções encontra o critério e fundamento da sua intervenção justamente na reafirmação da norma e no revigoramento das expectativas dos respectivos destinatários: em particular, a pena não encontra o seu fundamento na ilicitude axiológica da conduta nem na culpa ética do seu autor mas, pelo contrário, na pura danosidade social do facto (violação das condições funcionais do sistema social). Expressando este ponto de vista, afirmava Justus KRÜPELMANN na sua comunicação nas «Jornadas de Direito Penal de Göttingen» (1975): «A culpabilidade, no sentido do conceito geral de culpa, perde o seu momento de censura ética individual. A censura significa antes que o autor não correspondeu às expectativas sociais da conduta dirigidas à pessoa média, e não ao juízo de que teria podido actuar melhor. O seu castigo converte-se em meio para um fim: apelar à responsabilidade da comunidade»<sup>(141)</sup>.

Deste modo, a pena não mais seria do que uma «necessidade social» (NOLL)<sup>(142)</sup>, «expressão dum utilitarismo social» (SCHMIDHAUSER)<sup>(143)</sup> e expressão da «função de ordenação e estabilização do direito na área social vital» (WURTENBERGER)<sup>(144)</sup>. E deste modo, também, a justiça criminal seria apenas uma peça na complexa engrenagem dum «social engineering», «um âmbito parcial do controle social, embora o mais sólido e fundamental» (JESCHECK), «um portador do controle social entre os vários sistemas de normas sociais» (KAISER), «um marco do controle social na sua totalidade» (ZIPF)<sup>(145)</sup>. Este entendimento,

---

<sup>(141)</sup> STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, cit., p. 99. A ideia de uma concepção «abstracta-geral», tarifada objectivamente, da culpabilidade e dos seus pressupostos surgiu pela primeira vez formulada por EB. SCHMIDT, em 1932, ao vir definir a ideia de exigibilidade como «capacidade psicofísica de comportamento do cidadão médio» (*Manual de Derecho Penal*, 25.ª ed., trad. esp., p. 225).

<sup>(142)</sup> *Die ethische Begründung der Strafe*, p. 21, apud H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, op. loc. cit.

<sup>(143)</sup> *Von Sinn der Strafe*, 1963, p. 85.

<sup>(144)</sup> *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. italiana (Losano/Répac), Milano, 1965, p. 49.

<sup>(145)</sup> H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., p. 35.

é, porém, inaceitável. Como é hoje cada vez mais posto em relevo <sup>(146)</sup>, nunca de um «consenso» como facto se poderá extrair um critério normativo, uma norma (como aliás já KANT o notara): daí que fazer do consenso social, do acordo de vontades, o fundamento e critério de validade das normas, é deixar estas abandonadas às puras relações de força fácticas e à relatividade axiológica de um qualquer consenso. E também a conversão do Direito a simples papel de redutor da complexidade social e garante da funcionalidade dum sistema social diferenciado — encontrando o fundamento último do «jurídico» na necessidade contingente de estabilizar uma «qualquer» ordem funcional — esvazia aquele de todo o sentido axiológico e, preocupado em garantir apenas uma «pragmática social», não confere a esta qualquer sentido que não seja aquele que o legislador positivo lhe entenda dar. Nas palavras de BAPTISTA MACHADO, ao passo que a doutrina jusnaturalista curava da legitimação ou validade em sentido normativo, tomando como ponto de partida a natureza do Homem ou da razão, e procurava definir o sentido da decisão «justa» ou «recta», a visão sociológica em referência trata a questão da decisão ou norma «recta» como uma questão de eficácia social — pelo que não se deve falar de decisão justa, mas antes de decisão óptima. «Ela não se preocupa com a rectidão mas a optimização. São linguagens diferentes» <sup>(147)</sup>.

Justamente porque são linguagens distintas — a do sociológico e a do jurídico — não se pode aceitar que o conteúdo da Culpa venha dado por exigências preventivas derivadas de uma meramente funcional e organizatória intenção de adequação social <sup>(148)</sup>, obliterando todo o fundamento ético que ela recolhe da própria

---

<sup>(146)</sup> Nomeadamente, por todos, vide J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit. p. 276 e ss.; A. CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico*, cit., p. 75.

<sup>(147)</sup> *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 270.

<sup>(148)</sup> Na expressão de A. KAUFMANN, «a justiça converte-se em «adequada complexidade» do sistema (...). O dever-ser e os valores desaparecem; em coerência, o passo ulterior deveria conduzir a transformar os bens jurídicos em danosidade social, ou melhor ainda, em utilidade social» (*La misión del Derecho Penal*, cit., p. 21).

natureza humana <sup>(149)</sup> e que justamente serve de limite àquelas exigências.

Ainda que — por mera hipótese de trabalho — se quisessem aceitar os pressupostos teórico-filosóficos das teses que pretendem reconduzir o conteúdo da Culpa a uma ideia de Prevenção, seríamos forçados a recusar as teses em análise no plano das respectivas consequências. Na realidade, dir-se-ia altamente questionável a *legitimidade*, a *eficácia* e a *autonomia* duma tal ideia para fornecer um ponto de apoio idóneo no momento de se determinar concretamente uma pena.

Desde logo, a tese que faz da ideia de Prevenção o nódulo caracterizador do princípio da Culpa, e com isso a finalidade exclusiva, não só da cominação legal abstracta, mas também do próprio processo de determinação judicial concreta da pena, e até da sua execução (F. CAVALLA) <sup>(150)</sup>, carece de *legitimidade* em face dos próprios fundamentos da Ordem Jurídica. Essa ilegitimidade provém-lhe, por um lado, da confusão entre duas funções estaduais, a legislativa e a jurisdicional. Na realidade, como nota CAVALEIRO DE FERREIRA, importa distinguir a fase da cominação legal da da aplicação judicial duma sanção: na primeira, atende-se à necessidade intimidatória em relação às condutas futuras que se pretendem prevenir; na segunda, concretizam-se pelo juiz tais ameaças cominadas às condutas já praticadas <sup>(151)</sup>. Ora não se vê bem como possa ou deva o juiz penal — sem violação dos princípios da separação de poderes — perseguir autonomamente, através da sua decisão, efeitos intimidatórios sobre a colectividade. Com isto não se pretende discutir aqui se a decisão judicial produz ou não efeitos preventivos gerais, mas tão-só chamar a atenção para que uma questão é que tal decisão tenha por si mesma efeitos de Prevenção Geral sobre a colectividade, e que questão bem distinta — que aqui se denuncia por acarretar uma descaracterização da função jurisdicional — é a de que o juiz deva prosseguir tais efeitos como objectivo específico e autónomo dessa deci-

---

<sup>(149)</sup> Assim também J. FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, 1983 (2.ª ed.), p. 243.

<sup>(150)</sup> *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979, p. 33.

<sup>(151)</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, cit., p. 305.

são. Nesta última hipótese — que é justamente a que a tese em revista defende, ao propugnar que a ideia de Prevenção deve também actuar no domínio da determinação concreta da pena pelo juiz — estaria o juiz criminal a violar o princípio da separação de poderes e a ultrapassar os limites da própria função jurisdicional. Ele mantém-se dentro destes limites enquanto a sua actuação consistir somente na concretização da cominação penal; ultrapassa-os quando persegue por si mesmo efeitos sobre a colectividade, investindo-se a si próprio nessa função. Como nota o J. BAPTISTA MACHADO, essencial à função jurisdicional em sentido material é «o facto de a decisão ou sentença ser proferida de um ponto de vista estrito e exclusivamente jurídico. A pronúncia que se baseia em qualquer outro ponto de vista, que tenha por objectivo a realização ou modelação activa, transformadora, da ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar (...), em vez de se preocupar exclusivamente com o que é direito no caso concreto no preciso momento em que se julga, já não seria uma decisão jurisdicional em sentido material mas uma decisão administrativa» (152).

Mas a ilegitimidade destas correntes não resulta apenas da extensão inadmissível e descaracterizadora a que, no rigor dos seus princípios, se vota a função jurisdicional. Ela vai mesmo, agora por outro lado, mais fundo, ao nível da própria dignidade da pessoa humana — pela instrumentalização que acarreta para esta. Como pode justificar-se que se puna o indivíduo, não em consideração dele mesmo e da sua culpabilidade, mas em consideração da necessidade de intimidação de terceiros? Ainda quando tal intimidação se revelasse eficaz — o que estará porventura por provar (153) —, permaneceria de pé a proposição kantiana de que o Homem é um

---

(152) J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 146. Daí que não admire que já se tenha afirmado que uma tal extensão dos poderes contidos na função jurisdicional — no sentido de o juiz perseguir «de per si», na determinação concreta da pena, fins de Prevenção Geral — implica uma «prévia opção política» (M. GARCIA ARAN, *La prevención general en la determinación de la pena*, in: XXXIV ADPCP (1981), p. 512).

(153) Vide *supra* págs. 34 e ss., *infra* págs. 56 e ss.

fim em si mesmo e que, por conseguinte, não poderá «ser manipulado jamais como meio para as intenções de outro» (154). E efectivamente para uma ordem como a jurídica, que reclama o seu fundamento último de legitimidade no princípio da dignidade da Pessoa Humana (155), não se concebe, sem insanável contradição, que esta possa sofrer uma instrumentalização em nome ... de uma ordem que tem justamente em vista protegê-la. Daí que a utilização da Prevenção Geral no momento de determinação da pena careça de legitimação em face do próprio fundamento da ordem jurídica. Sublinhando justamente esta ilegitimidade das teses em presença face às bases da ordem jurídica, tornaram-se mesmo recorrentes afirmações segundo as quais enquanto a pena concretamente aplicada se funda em razões de intimidação da colectividade e o autor se converte em meio para lograr uma finalidade de Prevenção Geral sobre terceiros, por cujas condutas não responde, está-se a violar frontalmente o princípio constitucional que consagra a dignidade da pessoa humana (156) (art. 1.º CRP); e a violar ainda o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13.º CRP), já que, na estrita lógica da posição exposta, dois factos de gravidade semelhante podem ser sancionados com penas diferentes, consoante as exigências derivadas da Prevenção Geral, pelas quais, repete-se, o sujeito não tem de responder.

Nem se diga, como quer A. PLAGIARO, que erram aqueles que afirmam que a consideração das exigências de Prevenção Geral na determinação da pena implica uma instrumentalização da pessoa do réu, uma vez que a ser válido tal argumento «deveria excluir-se não só a possibilidade de que a prevenção geral opere na determinação da pena entre um máximo e um mínimo, mas também a possibilidade de que o mínimo legal seja fixado na base das exigências de prevenção geral» (157). Já que aqui parece de novo

---

(154) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, § 49 E1. Sobre as possíveis interpretações do princípio kantiano no âmbito da teoria da pena, vide N. WALKER, *Eficacia y justificación moral de la Prevencion*, in: 11 CPC 1980, p. 141 e ss.

(155) Cfr. K. LARENZ, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. esp. (Diéz-Picazo), Madrid, 1985, p. 12 e ss.

(156) H. J. BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, in: *Festschrift für v. WEBER*, 1963, p. 89 e ss.

(157) *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in: RIDPP (1981), p. 26.

evidente uma confusão entre a tarefa do legislador e a do juiz: certamente não se contesta que no estabelecimento de um tipo penal (cominação) o legislador persegue finalidades preventivas gerais, através da fixação de um «quantum» legal de pena que considera suficiente e necessário para exercer intimidação e, positivamente, motivação, junto dos destinatários das normas penais<sup>(158)</sup>. Já porém ao juiz não deve preocupar o eventual comportamento posterior daqueles indivíduos que não estão, nesse momento, submetidos a juízo, e muito menos tentar dar resposta a tal preocupação fazendo recair sobre aquele que nesse momento se julga um incremento de sanção. Nesse caso, à instrumentalização do réu — violadora, como se disse, dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e do próprio princípio da responsabilidade pessoal (art. 11.º Código Penal) —, somar-se-ia então uma evidente «instrumentalização» das próprias funções do juiz criminal. Instrumentalização que, mais do que implicar formalmente a violação do princípio da separação dos poderes (devido à confusão de duas distintas funções estaduais), vem acarretar materialmente a transformação do juiz penal numa espécie de técnico das ciências sociais, porta-voz de imperativos ditados, não pela função que exerce — que é a de valorar o que «é de direito» no caso concreto —, mas pelos ensejos político-criminais do próprio legislador. Nem se diga finalmente, com WARDA, que a instigação à imitação aumenta não só o ilícito mas também a culpabilidade, na medida em que o autor devia tomar em conta o efeito contagioso do seu facto. Pois que o autor apenas tem de contar com a produção do resultado típico, sem que lhe possa ser exigida uma complexa (e aliás impossível) avaliação de impacto sociológico que, de resto, nem o próprio juiz pode fazer nem faz.

De tudo isto pode retirar-se, com M. GARCIA ARAN, a seguinte conclusão: no momento «tipificação-cominação» estabelece o legislador uma quantidade de sanção (medida legal) que se considera suficiente para exercer uma função preventiva intimidatória e motivadora; pelo que, se dentro dos limites da medida legal

---

<sup>(158)</sup> Sobre o fim de Prevenção Geral como fim principal no momento cominativo, vide K. ROXIN, *Sentido y limites de la pena estatal*, cit., p. 20 e ss.

da pena o legislador considera satisfeita tal função, então o juiz não deverá (nem poderá, à luz do princípio da separação de poderes) procurar tomar o fim de Prevenção Geral como uma finalidade autónoma a alcançar através da sua decisão <sup>(159)</sup>, já que, movendo-se dentro dos limites legislativamente traçados, estará tomando em consideração magnitudes de pena adequadas ao fim de Prevenção Geral, ou seja, «estar-se-á adequando ao programa preventivo-geral estabelecido pelo legislador» <sup>(160)</sup>. O que se poderá perguntar será se — envolvendo as exigências de Prevenção um juízo de prognose em função de futuros crimes, e não um juízo de diagnose em razão dum facto passado, e, conseqüentemente, o momento a ter em conta para ajuizar daquelas exigências dever ser o do proferimento da sentença judicial e não o da prática da infracção — não deverá o juiz tomar em consideração as necessidades intimidatórias que existiam no momento em que profere a sua decisão, assumindo assim aquelas como uma função autónoma da sua decisão <sup>(161)</sup>.

As teses em análise são ainda criticáveis, em segundo lugar, no plano da respectiva *eficácia*. Já noutro ponto se curou de demonstrar que existe hoje um relativo consenso entre os autores no concernente à duvidosa eficácia preventivo-geral das penas. Isto é tanto mais significativo quanto se pensar que foi justamente apoiado nas pretensas vantagens do fim de Prevenção Geral, na «prevenção eficaz do delito» (ROXIN), e no maior grau de racionalização assim pretensamente alcançado para o Direito Penal (BACIGALUPO) — como contraponto da «esterilidade pavorosa» político-criminal da teoria retributiva e da irracionalidade do

---

<sup>(159)</sup> Contra S. MIR PUIG, para quem «o mandato dirigido ao juiz deverá então ter o sentido de estabelecer uma ameaça penal endereçada à colectividade que cria uma expectativa social tendente a motivar nos cidadãos um comportamento fiel ao Direito» (*Función de la pena y teoria del delito*, cit., p. 30).

<sup>(160)</sup> M. GARCIA ARAN, *La prevención general en la determinación de la pena*, cit., 519.

<sup>(161)</sup> Cfr. A. PLAGIARO, *La commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., p. 25; E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., p. 362; ainda, no mesmo sentido, J. SOUSA e BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, cit., p. 25.

momento de aplicação da pena — que começaram a florescer as teses criticadas.

Na realidade, como atrás se referiu, as propostas de consideração do fim de Prevenção Geral por parte do juiz arrancam da presunção da eficácia de um dado «quantum» de pena sobre as taxas de criminalidade. Ora, como também atrás se viu, não conseguiram os estudos empíricos até hoje existentes comprovar os efeitos preventivo-gerais das penas e confirmar semelhante presunção. Bem ao contrário, são cada vez mais os estudos que põem em dúvida tal eficácia. Assim, nos sistemas continentais, HAAG <sup>(162)</sup> salienta que os factores que potenciam a difusão do crime têm mais que ver com o estatuto social do agente, a amplitude do meio em que se difunde a notícia e as características das pessoas desse meio, antes que com a severidade da sentença judicial; e, nos sistemas da «Common Law», J. ANDENAES <sup>(163)</sup> pôs bem em relevo que a produção de efeitos preventivo-gerais por parte das sentenças é mais o resultado da certeza e prontidão da respectiva aplicação do que da severidade das penas cominadas, reputada de francamente irrelevante para a diminuição das taxas de reincidência criminal. Num estudo dedicado ao tema, A. MARTIN — «El efecto disuasor de la pena» <sup>(164)</sup> — demonstra justamente como parece infundada a presunção da eficácia preventivo-geral das penas, confirmando aquilo que vai sendo cada vez mais pacífico: que na tríplice condicionante daquela eficácia, severidade — certeza — rapidez, são estes dois últimos elementos os decisivos <sup>(165)</sup>. E o próprio ROXIN acaba por reconhecer que «em resumidas contas, cada crime é já, pelo simples facto de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral» <sup>(166)</sup>. Parece assim demonstrada a duvidosa

---

<sup>(162)</sup> K. HAAG, *Rationale Strafzumessung*, Köln, 1969, p. 154.

<sup>(163)</sup> *Apud* W. HASSEMER, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 35.

<sup>(164)</sup> In «Estudios Penales y Criminológicos», 1984, vol. VIII, p. 11 e ss.

<sup>(165)</sup> Cfr. especialmente p. 17.

<sup>(166)</sup> K. ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., p. 18. Do mesmo modo, o próprio PLAGIARO — que afirma a existência de uma função autónoma do fim de prevenção geral — reconhece que «a severidade da pena parece não ter qualquer efeito sobre a prevenção geral» (*La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., p. 1192).

eficácia preventivo-geral das penas e, com ela, o risco enorme representado pela circunstância de se pretender fazer assentar as operações de determinação judicial da pena numa finalidade cuja eficácia, afinal, é apenas presumida. E parece também — para focar o outro aspecto há pouco referido — que não será por este caminho que se obterá certamente a almejada e falada «racionalização» no domínio da determinação individual da pena, já que a questão da Prevenção Geral será justamente aquela que porventura maiores riscos oferece de uma valoração judicial «irracional» e contingente. Com razão sublinha DOLCINI que o fenómeno de alarme social assenta normalmente na identificação de certos sectores sociais com as vítimas de determinados crimes, e que são cada vez mais frequentes os casos em que a ressonância sensacionalista e a difusão sócio-publicitária de uma dada infracção determina o público a reclamar penas severíssimas para os seus autores, quando não mesmo os próprios poderes públicos <sup>(167)</sup>.

Finalmente, e mais importante, as teses analisadas são ainda criticáveis, uma vez que, afinal, o seu próprio nódulo energético fica por demonstrar: fica por demonstrar que o conteúdo do princípio da Culpa possa ser substituído por uma ideia de Prevenção e que, pelo contrário, não conservem ambos a respectiva *autonomia* <sup>(168)</sup>. Senão vejamos.

De acordo com esta tese — no que toca, por um lado, à Prevenção Geral —, vindo a culpa materialmente determinada por uma ideia de Prevenção Geral, diz-se então que a pena pressupõe já a culpabilidade por razões de preventivo-gerais. Mas se isto é assim, como quer JAKOBS, então ela não passa de um conceito formal, incapaz de servir de limite e desempenhar qualquer função protectora em face daquelas exigências preventivas em que justamente se fundamenta: se a Culpa se funda nas necessidades preventivo-gerais, então é óbvio que não pode constituir um limite a elas ... pois se justamente com elas se diz identificar! E o que

---

<sup>(167)</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., p. 368.

<sup>(168)</sup> Assim também, G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, cit., p. 112.

— assente isto — logo ocorre perguntar é então onde encontrar um limite autónomo racional e idóneo a tais necessidades preventivas na aplicação duma pena, através duma medida distinta da própria Prevenção. Neste ponto, a contradição dificilmente poderia ser mais evidente.

Mas também — no que concerne, agora por outro lado, à Prevenção Especial — o propósito de fundar a exigência da Culpa como fundamento da aplicação duma pena nas necessidades preventivo-especiais é evidentemente falso. De facto, a ser assim, ter-se-ia de aceitar a ideia de que a pena, relativamente ao autor sem culpa e inimputável, é desnecessária do ponto de vista da Prevenção Especial. Mas isto não é assim: ninguém contestará, por exemplo, que em face do criminoso perigoso inimputável (o doente mental violento ou o terrorista psicopata), que manifestam um alto grau de perigosidade social, existam necessidades de segurança da colectividade preventivo-especiais; o que explica nestes casos a não aplicação duma pena, não será certamente a sua desnecessidade preventivo-especial (pois essas necessidades subsistem), mas antes justamente razões autónomas materiais derivadas do princípio da Culpa. Com o que, de novo e teimosamente, este princípio emerge, reafirmando a sua autonomia própria e a irreductibilidade do seu conteúdo específico a uma mera ideia de Prevenção. Esta nunca pode funcionar como factor autónomo em sede de legitimar uma pena, mas implica sempre o recurso a limites que jogam *de fora dela* e nos remetem afinal para aquele substrato axiológico material — a ideia ética de culpa — que em vão se julgou poder substituir <sup>(169)</sup>.

---

<sup>(169)</sup> É essa também a razão pela qual, aliás, hoje se vem debatendo a acusação de que — se como querem aqueles autores — um sistema penal assente na ideia de retribuição da culpa é «necessariamente disfuncional» (E. BACIGALUPO), então um sistema penal que dela prescindia o é ainda em maior grau, não só pela comprovada dificuldade de harmonização das exigências de prevenção geral e prevenção especial no momento de determinação individual da pena (cfr. LUZÓN PENA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, cit., p. 20), mas ainda pela não menos constatada impossibilidade de limitar as exigências de Prevenção através dum conceito de culpa concebido preventivamente.

### 6.3.2. *Teses que pretendem rever tal conteúdo à luz duma teoria relativa dos fins das penas (ROXIN). Apreciação crítica*

No conjunto daquelas tentativas doutrinárias que procuraram negar a autonomia do princípio da Culpa como fundamento e medida das penas, a mais recente e a que porventura mais ressonância obteve terá sido a de Klaus ROXIN, eminente penalista contemporâneo que ao princípio da Culpa, à sua construção dogmática e, em especial, às suas relações com a Prevenção em sede de determinação da medida da pena, dedicou em conjunto de estudos <sup>(170)</sup>.

Prescindindo de pormenores, a tese central deste autor é a seguinte: segundo ele, do que se trataria seria, não de substituir o princípio da Culpa por um outro de natureza diferente (como o fizera, por exemplo, GIMBERNAT ORDEIG), não de, mantendo esse princípio, conformar o respectivo conteúdo tradicional à luz de uma ideia de Prevenção (como o tentara G. JAKOBS), mas de reconhecer que o princípio da Culpa constituirá um limite da pena, mas não seu fundamento: nas suas próprias palavras, «o conceito de Culpa como fundamento da pena é insuficiente e deve ser abandonado, mas esse conceito como princípio limitador da pena deve continuar a manter-se» <sup>(171)</sup>.

Há assim, para ROXIN, que distinguir dois planos quanto à função do princípio da Culpa: a sua função enquanto *fundamento* e a sua função enquanto *limite* da pena.

---

<sup>(170)</sup> Entre os mais importantes, saliente-se, além dos já citados: *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in: 56 Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (1973), 316 e ss.; *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: Festgabe für H. Schultz, 1977, p. 374 e ss.; *Prävention und Strafzumessung*, in: Fest. für H. J. Brüns, 1978, p. 177 e ss.; *Zür jungsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in: Fest. für P. Bockelmann, 1979, p. 279 e ss.; *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, in: F. für H. Henkel, 1974, p. 171 e ss. (estes e outros textos foram traduzidos para espanhol e compilados por F. MUÑOZ CONDE, «*Culpabilidad y prevención en derecho penal*», Madrid, 1981, para eles remetendo as referências bibliográficas subsequentes). Vide ainda, em língua portuguesa, *Acerca da problemática do direito penal da culpa*, in: LIX BFDUC (1983), p. 1 e ss.

<sup>(171)</sup> K. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in: «*Culpabilidad y prevención en derecho penal*», op. cit., p. 43.

No primeiro desses planos, dir-se-ia então que a culpa constitui condição necessária mas não condição suficiente da imposição duma pena: para esta ocorrer é preciso ainda que existam razões de Prevenção Geral e Prevenção Especial que a justifiquem («concepção unilateral» da culpa). Para justificar a sua tese, parte ROXIN da já clássica crítica ao pressuposto tradicional do princípio da Culpa, ou seja, ao postulado indeterminista: trata-se, em sua opinião, de um pressuposto empiricamente indemonstrável e irrespondível e que envolve, por parte daqueles que seguem aceitando a culpa como fundamento da pena, um verdadeiro «acto de fé», incompatível com um tratamento racional e cientificamente sustentado, bem como com as bases dum Estado-de-Direito. Daí que — quer dum ponto de vista científico-jurídico, quer dum ponto de vista político-criminal — se deva abandonar a Culpa como fundamento da pena (já que a ideia de que esta visa retribuir uma culpa pressupõe a existência duma culpa que possa ser comprovada ou anulada, o que ficou por comprovar) <sup>(172)</sup>, e que, por outro lado, se deva admitir que condição da imposição duma pena serão sempre necessidades preventivas (ou seja, decisivo para a aplicação duma sanção penal não é o saber se o agente poderia ter agido doutro modo, mas sim «perguntar além disso se político-criminalmente — do ponto de vista da Prevenção Geral e da Prevenção Especial — é o castigo necessário» <sup>(173)</sup>).

Daqui parte ROXIN para dois aspectos essenciais.

Por um lado, procura apoiar a sua tese num plano jurídico-positivo, onde, segundo afirma, apenas as necessidades de prevenção podem explicar coerentemente a razão pela qual a lei pune nuns casos e não pune noutros — e isto tanto ao nível dos pressupostos negativos da culpa penal como ao nível dos seus pressupostos positivos. Assim, as «causas de exclusão da culpa» seriam antes de mais verdadeiras causas de exclusão da responsabilidade baseadas nos fins preventivos das penas: nomeadamente, as situações de estado de necessidade desculpante (§§ 35 StGB) e de

---

<sup>(172)</sup> *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 42.

<sup>(173)</sup> *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, in: «Culpabilidad y prevención en derecho penal», cit., p. 73.

excesso de legítima defesa por perturbação, medo ou susto (§ 33) constituiriam preceitos demonstrativos de que terão sido considerações de prevenção geral e especial aquelas que decidiram da previsão duma pena ou da renúncia a ela pelo legislador — pese embora a existência «dum poder de actuar doutro modo» por parte do agente (e logo duma culpa), que nestes casos sempre existiria <sup>(174)</sup>. Respondendo à objecção de STRATENWERTH de que o facto de que «as causas de exclusão da culpa se possam compreender desde o ponto de vista da teoria dos fins das penas (...) demonstra bem pouco», uma vez que «o verdadeiro problema é explicar por esta via (positiva) os requisitos da própria culpabilidade», crê ROXIN poder justificar a sua tese também à luz dos próprios pressupostos positivos da culpa penal. Assim — e depois de retorquir tratar-se tudo de «um problema de formulação» <sup>(175)</sup> —, quer a questão da imputabilidade (§ 20), quer a do erro de proibição e da consciência da ilicitude (§ 17), seriam, em sua opinião, reconduzíveis a considerações de prevenção <sup>(176)</sup>, já que não teria sentido pretender intimidar a comunidade relativamente àqueles casos em que o agente não seja motivado pela norma <sup>(177)</sup>.

Por outro lado, encetou ainda ROXIN a criação duma nova categoria sistemática — a acrescer à da ilicitude e tipicidade — que seria a da «responsabilidade» («Verantwortlichkeit»), que exprimiria o juízo a fazer perante a questão da necessidade jurídico-penal de, sob a perspectiva preventiva, sancionar o autor de uma infracção <sup>(178)</sup>.

---

<sup>(174)</sup> *Zür jungsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in: «Culpabilidade y prevención en derecho penal», cit., p. 151 e ss.

<sup>(175)</sup> Sobre isto, desenvolvidamente, *Zür jungsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, loc. cit., p. 156 e ss.

<sup>(176)</sup> *Zür jungsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, loc. cit., p. 157.

<sup>(177)</sup> Nestes casos, e nas palavras de ROXIN, é possível fundar «a exclusão da culpabilidade a partir da falta de uma necessidade da sanção do ponto de vista da prevenção jurídico-penal, tanto quanto do ponto de vista da falta de culpa» (*Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, loc. cit., p. 77).

<sup>(178)</sup> ROXIN analisa ainda, à luz desta nova categoria, problemas como a desistência voluntária da tentativa, o estado de necessidade como causa de exculpação, certas questões colocadas pelos crimes culposos, etc. (*Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, loc. cit., 77 e ss.).

No segundo dos planos atrás referidos — a função do princípio da Culpa como limite da pena — já aquele princípio seria de aceitar sem reservas. Na verdade, considera ROXIN que «o conceito de culpabilidade desempenhou até hoje no Direito Penal duas funções práticas distintas, que devem ser separadas e valoradas distintamente»: a primeira «foi servir de justificação à teoria do fim retributivo da pena»; a segunda, de índole contraposta, consiste em limitar a pena, ou seja, colocar uma barreira à faculdade de intervenção estatal, enquanto a medida da culpa estabelece o limite máximo da pena», desempenhando por conseguinte uma função protectora do indivíduo. Destas considerações parte ROXIN para a conclusão de que, constituindo o princípio da Culpa um princípio limitador da pena, serão as exigências político-criminais de prevenção que decidirão do «se» (aplicação) e do «quanto» (medida) daquela, dentro de tal limite (fazendo recordar, neste particular, a velha tese de F. VON LISZT segundo a qual «o Direito Penal é o dono e senhor absoluto do 'se' e o princípio da Culpa o exclusivo soberano do 'como' da pena»).

Que dizer?

Dir-se-á, antes do mais, que as teses de ROXIN sofrem hoje — dos próprios quadrantes da doutrina germânica — apaixonadas críticas. Assim GÖSSEL classificou de «enorme perigo a substituição do Direito Penal por uma teoria das penas»; ZIPF opina que «seria necessária uma mudança total das ideias» para aceitar as ideias roxinianas; e alguns até, como STRATENWERTH, vão mesmo mais longe, agoirando que o princípio da Culpa começa já a apontar para o seu ocaso, o que urge evitar.

Digamos agora, da nossa parte, que nos parecem justificados os receios que tais críticas testemunham, já que a tese roxiniana se afigura algo inconsistente, seja ao nível das premissas de que parte, seja ao das conclusões a que chega.

Efectivamente, logo nas suas premissas, envolve-se esta tese em contradições dificilmente superáveis. Na verdade, ela arranca da recusa do princípio da Culpa e do postulado da liberdade humana, que considera inidóneo para servir de fundamento à aplicação duma pena; porém, logo mais adiante, e paradoxalmente, vem aceitá-lo como critério limitador dessa pena. Ora o que logo ocorre perguntar em face disto, com LENCKNER, é como algo

que estabelece os limites duma pena não haverá de constituir necessária e simultaneamente pressuposto e fundamento dessa pena <sup>(179)</sup>; e perguntar ainda, por outro lado, como poderá algo cuja existência meramente se presume (a liberdade do agente e a culpa nela fundada) pretender servir de limite de medida de pena <sup>(180)</sup>.

Na realidade, a tese de ROXIN vive entalada entre contradições lógicas que a desacreditam. Pois das duas uma: ou se nega ao princípio da Culpa, como o faz tal autor, aquele pressuposto material que lhe é próprio (liberdade do homem concreto), vendo então nele um elemento presumido («um acto de fé», como lhe chama ROXIN) ou ficcionado (uma «*Staatnotwendige fiktion*», como o denomina KOLSRAUCH) —, e então em tal hipótese parece lógico que uma «ficção» não possa constituir suporte e medida idóneos da aplicação da pena; ou se reconhece a tal pressuposto realidade material e então ele terá de servir tanto de fundamento como de medida e limite de tal aplicação. *Tertium non datur*. O que não se pode pretender, sem insanável contradição, é negar o princípio da Culpa no plano da fundamentação da pena e simultaneamente aceitá-lo como limite de medida desta; acusá-lo de constituir uma «ficção» de raízes metafísicas incapaz de fundamentar a pena e querer, não obstante, atribuir a uma ficção a fun-

---

<sup>(179)</sup> Nas palavras daquele autor, «se a Culpabilidade é factor limitador da pena, então também deve ser seu pressuposto — toda a condição da pena limita-a ao mesmo tempo e, inversamente, tudo o que limita essa pena é simultaneamente pressuposto do castigo. A questão de se existe em geral liberdade e culpa não pode, pois, deixar-se no ar» (*Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, apud K. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 49).

<sup>(180)</sup> E a questão em nada se altera se se atribuir ao princípio da Culpa a natureza, não dum postulado ontológico, mas dum *postulado normativo político-criminal* posto pelo legislador, como pretende ROXIN (*Acerca da problemática dum direito penal da culpa*, cit., p. 15 e *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 48). Nisto — no fazer-se assentar todo o edifício jurídico-penal num comando emanado do voluntarismo do legislador positivo — vai aliás implicitamente uma postura formalista hoje difícil de aceitar, dado que todo o «positivo» só poderá fundar-se, em última instância num «transpositivo» (cfr. entre outros, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 208).

ção de limitar esta <sup>(181)</sup>. Não nos pode surpreender, pois, que já alguns autores (certamente atentos a estas contradições) tenham visto no princípio da Culpa um «fantasma» que se conjura quando interessa buscar o anjo protector que assusta o Leviatão estatal e que se esconde cuidadosamente quando se trata de justificar a intervenção do Estado <sup>(182)</sup>.

Ainda que porventura se ultrapassem os escolhos lógicos das premissas em que assenta esta tese, sempre ficariam ainda por demonstrar as conclusões e consequências que delas pretende aquele autor retirar, mormente a função protectora e limitadora desempenhada por um princípio da Culpa assim concebido. De facto, bem vistas as coisas, para que este princípio exercesse tal função protectora, estabelecendo um limite face à intervenção motivada pelas exigências preventivas, mister seria que ele pudesse efectivamente fornecer um tal limite, seja enquanto limite concreto (isto é, expressável numa magnitude concreta da pena), seja enquanto limite autónomo face às exigências de Prevenção (isto é, que ofereça uma magnitude de pena independente da magnitude de pena correspondente a tais exigências). Ora nenhuma destas condições está assegurada, quando se conceba o princípio da Culpa como ROXIN o faz.

---

<sup>(181)</sup> Vide também A. TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal*, cit., pág. 101. O problema não se resolve apelando, como ROXIN faz, para a distinção entre a Culpa como fundamento da pena e a Culpa como critério de medida da pena, já que não é possível estabelecer uma separação total entre ambas. Por um lado, a medida em que o sujeito podia conhecer o carácter ilícito da sua conduta ou actuar conforme a este conhecimento, ou em que podia vencer o erro de proibição — aspectos que entroncam na Culpa como fundamento da pena —, não pode naturalmente deixar de influir na medida da pena. Por outro lado, se esta medida não pode ultrapassar a da Culpa e se esta é, portanto, condição necessária (ainda que não suficiente) para a aplicação de pena, então ela sempre constituirá — pelo menos — um dos fundamentos da pena (cfr. assim J. CERZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 358). Além de que a substituição dos critérios de medida da Culpa na análise do crime por outros de medida da culpa na determinação da pena, acaba por desconectar o crime do agente e a pena que lhe corresponde, conexão que vem afirmada — quando não fosse já pela normal interpretação das leis penais — pelo princípio constitucional da legalidade das penas.

<sup>(182)</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, «Nota introdutória» a K. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., p. 25.

Não pode ele — desde logo e por um lado — fornecer um limite de pena concreto, já que se, como se diz, a culpa é um conceito presumido, então dir-se-á que duma presunção não é certamente possível extrair uma quantidade exacta de pena, capaz de operar como verdadeiro limite <sup>(183)</sup>. E também não pode — por outro lado agora — funcionar como limite autónomo em face das exigências de Prevenção. Na realidade, se a culpa deve limitar as necessidades de Prevenção, então parece óbvio que ela deveria por si mesma, ou seja, autonomamente e livre de qualquer mácula preventiva, oferecer uma determinada magnitude penal: só assim, em boa lógica, se poderá falar de limite e de função limitadora. Ora para ROXIN o conceito de culpa, como é sabido, não vai assentar num poder individual do agente (que suporia uma liberdade que não é comprovável) mas antes numa espécie de poder médio presumido pela ordem jurídica, determinado à luz das exigências político-criminais de prevenção <sup>(184)</sup> — ou seja, aquele conceito de Culpa viria logo determinado na sua substância por necessidades de Prevenção: nas suas próprias palavras, «a constatação da culpabilidade requer sempre uma certa generalização normativa orien-

---

<sup>(183)</sup> Tem o autor refutado estas acusações com o argumento de que não seria necessário que o princípio da Culpa fornecesse um «quantum» exacto da pena que lhe corresponda, já que, dum lado, os abusos cometidos por razões de Prevenção Geral e Prevenção Especial se podem reconhecer com facilidade (K. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Alternativ Entwurf*, in: «Problemas básicos del Derecho Penal», cit., p. 64) e ainda, doutro lado, porque o desenvolvimento de uma «teoria da determinação da pena» como ciência autónoma permitiu sistematizar racionalmente as circunstâncias do facto punível (*Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 49). Mas a fragilidade dos argumentos aduzidos por ROXIN parece traduzir bem a sua falta de confiança na própria perspectiva avançada: poder-se-á admitir seriamente como limite fiável às necessidades de Prevenção o equivalente a «abusos facilmente reconhecíveis»? e se sim, o que é que definiria materialmente tal «abuso»? seria legítimo deixar ao juiz o poder discricionário de, caso a caso, definir o conteúdo desse abuso (que inevitavelmente variaria consoante os casos concretos, potenciando violações do princípio da igualdade e introduzindo um elemento de insegurança em sede de determinação da pena, em aberta oposição com a função protectora que se reclamara ter obtido): tudo perguntas de resposta difícil, se se insistir no ponto de partida avançado por ROXIN.

<sup>(184)</sup> Tradução deste conceito de culpa encontramos-la, embora com matizes próprios, em MEZGER («a culpa jurídico-penal dá-se apenas na medida (...) da censura de que se poderia agir doutro modo naquelas circunstâncias»), em KOHLRAUSCH («presuposto fáctico de toda a imputação é o poder geral e não o poder individual») ou em MANHEIM («o poder dos outros torna-se em dever para o agente concreto»).

tada pelas exigências de prevenção» (185). Pelo que, em suma, o juízo de Culpa seria sempre um juízo determinado materialmente, não «por dentro» (pela liberdade do agente concreto), mas «de fora» (pelas necessidades preventivas traduzidas no critério abstracto dum agente médio).

Assente isto, assente que o princípio da Culpa vem já definido, no seu conteúdo e critério, por necessidades de Prevenção, o que agora se poderá legitimamente perguntar é como poderá então um tal princípio assim caracterizado constituir dalguma sorte um limite ... àquelas necessidades em que justamente se diz fundamentar? A contradição em que incorre ROXIN dificilmente poderia ser mais evidente: primeiro afirma que o princípio de Culpa vem definido substancialmente por exigências preventivas e um passo adiante pretende apresentá-lo como limite autónomo a tais exigências. Tem por isso razão STRATENWERTH quando refere que «se ao princípio da Culpa há que atribuir pelo menos um significado de correctivo das exigências preventivas, então não se poderá fazê-lo fundamentar em tais exigências, mas em sentidos materiais próprios» (186). O que vale por dizer que um sentido válido para a autonomia do referido princípio só poderá nascer se o fundamentarmos materialmente num plano ético, e não preventivo (que visa justamente limitar); e que só no quadro de uma autonomia assim concebida ele poderá exercer uma verdadeira função protectora. Pelo contrário, se abandonarmos tal fundamento e fizermos dele um conceito formal, então não só nos envolvemos numa contradição lógica (consistente em adjudicar a um princípio um conteúdo preenchido por exigências que o mesmo visa simultaneamente limitar), como sobretudo lhe acabamos por adscrever, antes que uma função protectora face à intervenção estatal, uma autêntica função potenciadora dessa intervenção. Não surpreende, pois, o repto lançado por STRATENWERTH de que «se os fundamentos que sustentam a censura da culpa e justificam a sanção a ela ligada pertencem exclusivamente à Prevenção Geral, o melhor

---

(185) *Zur junsten Diskussion über Schuld, Prävention, und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, loc. cit., p. 177.

(186) G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., p. 112.

seria que se prescindisse de uma vez por todas da camuflagem e se dissesse claramente do que se trata» (187).

A isto, por fim, acresce ainda um argumento adicional. É que — mesmo ignorando os reparos anteriores — se se aceitar que a culpa vem a encontrar o seu elemento material caracterizador nessa função de limite das exigências preventivas, então ela ter-se-ia de definir materialmente do seguinte modo: Culpa será o limite (do ponto de vista da Prevenção Geral) além do qual a intimidação é ineficaz e aquém da qual a comunidade sente como necessária a imposição da pena; e o limite (do ponto de vista da Prevenção Especial) além do qual a aplicação duma pena não favorece, antes impede, a recuperação do delinquente e aquém do qual é insusceptível de desencadear tal recuperação. Numa palavra, o conteúdo da culpa viria dado pelos próprios juízos sociais da comunidade (na Prevenção Geral) e pelos juízos individuais do delinquente (na Prevenção Especial).

Ora, é legítimo sobre um tal entendimento questionar, desde logo, se um conceito de culpa assim definido na base de juízos sociológicos e psicológicos (a culpa, diz ROXIN, «é o resultado dum processo valorativo sócio-psicológico») tem ainda alguma coisa que ver com o conceito jurídico de culpa da teoria do crime, mormente com os termos de apreciação da culpa estabelecidos no Título II do Código Penal. E, no caso da resposta dever ser negativa (não vemos como ela possa ser outra), à ilegitimidade de um tal conceito face ao próprio ordenamento jurídico, que se constrói na base de dados normativos (dever-ser) e não fáctico-sociológicos (ser), somar-se-ia o risco de um casuísmo difícil de aceitar em sede de determinação do conteúdo a dar àquela, ante a manifesta impossibilidade de se definir com segurança um conceito socialmente vigente de culpa merecida pelo facto.

Legítimo seria ainda perguntar, por outra banda, se um tal conceito de culpa — que surge pretendendo ter superado as pretensas aporias do juízo feito na base do poder individual do agente para agir doutro modo na situação concreta, substituindo-o por um juízo feito na base dum poder (abstractamente presumido) dum agente médio — não vem afinal, ele próprio, suscitar novas aporias, por-

---

(187) G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., p. 106.

ventura até mais angustiantes: por um lado, continuaríamos a ter entre mãos um conceito insusceptível de comprovação empírica, sendo certo que o requisito da comprovabilidade sempre impressionou autores como ROXIN e foi até por estes avançado como argumento a seu favor; por outro lado, a padronização do poder de autodeterminação e liberdade arrisca-se a desembocar numa confusão entre os critérios da culpa e da antijuridicidade; por último, e mais importante, desligando-se a essência da culpa do poder individual do agente concreto e reduzindo-a a um poder médio dum agente ficcionado, tarifado segundo um padrão objectivo-social, acabamos por romper qualquer ligação entre «culpa jurídica» e «culpa ética» e por fazer perder à culpa jurídico-penal todo o seu carácter pessoal, já que então se terá quebrado a conexão entre o facto concreto e o poder individual do agente concreto. A uma responsabilidade (subjectiva) por culpa sucede-se assim uma mera responsabilidade objectiva estandardizada que é insusceptível de se fundar num plano axiológico ético-pessoal, e cujo conteúdo será fornecido por todo o género de desígnios político-criminais com que um legislador positivo entenda preenchê-lo. Como adverte STRATENWERTH, os pressupostos duma tal culpabilidade seriam decididos contingentemente: «o decisivo seria a opinião pública». Numa tal hipótese — perdendo a Justiça o seu próprio valor absoluto, já que tudo se resumiria «a saber o que a colectividade considera justo num dado momento histórico» (PLAGIARO) <sup>(188)</sup> — estaríamos caídos num positivismo «à outrance» (segundo o qual o direito deve ser «lido» no facto social), que o pensamento jurídico desde há muito abandonou e cujos perigos denunciou <sup>(189)</sup> <sup>(190)</sup>: «não é o legislador» — nas palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA — «que pode preencher a seu alvedrio o conteúdo da culpa

---

<sup>(188)</sup> A. PLAGIARO, *La riforma delle sanzioni penale tra teoria e prassi*, cit., p. 1192.

<sup>(189)</sup> Por todos, vide H. BATTIFFOL, *La Philosophie de droit*, Paris, p. 42 e ss. e J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 44.

<sup>(190)</sup> Com alguma razão se interrogava DEL RÉ, se o anterior Código Penal alemão não teria sido o último grande exemplar dos Códigos assentes num princípio suprapositivo da Culpa (fundado na imagem ética do Homem e do Direito) e se o novo não será o primeiro dos que veiculam a férrea lógica positivista duma psicologia social da conduta desviante (DEL RÉ, *Il nuovo codice penale tedesco. Una lettura*, p. 12).

material, pois tem de reconhecer uma realidade ontológica que o ultrapassa» (191).

#### 6.4. *Breve conclusão*

Isto tudo dito, podemos já apresentar um balanço provisório do conjunto de tentativas que, no plano dogmático, pretenderam negar mais ou menos subtilmente a autonomia do princípio da Culpa como fundamento e limite da pena. Qual seja o de que, sempre que se pretende esvaziar o conceito de culpa do seu tradicional pressuposto material e ver nela um conceito cujo conteúdo vem determinado, expressamente (JAKOBS) ou implicitamente (ROXIN), por necessidades de prevenção, então acabamos por nos envolver em sucessivas contradições e, o que é bem mais grave, vemo-nos condenados a renunciar a possuir um limite fiável aos desígnios político-criminais com que o legislador positivo entenda preencher tal ideia de Prevenção. Ou doutro modo: perda da autonomia do princípio da Culpa como fundamento e limite da pena (assente num juízo ético sobre a autodeterminação livre do Homem) e transformado aquele num conceito não autónomo, formal (expressão de uma ideia de Prevenção ou dum poder médio presumido, abstractamente determinado pelo legislador de acordo com as exigências preventivas), então acaba-se por expor os indivíduos à virtual intervenção sem limites de um «*ius puniendi*» subordinado a desígnios por natureza provisórios; acaba-se por se converter o juiz penal num discricionário operador de prognoses preventivas de pura perigosidade; e acaba-se por se colocar o próprio Direito Penal ao serviço duma política criminal, e não o contrário (192).

---

(191) M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, I, 1984, p. 318; já assim em *Direito Penal Português*, I, p. 411.

(192) Aliás, são os próprios partidários de ROXIN a mostrar que, de resto, nunca a função protectora que este autor assinala ao princípio da Culpa seria tão ampla como pretende. Assim, MUÑOZ CONDE, para quem tal princípio só serviria «em qualquer caso, de protecção aos autores imputáveis mas não para os inimputáveis, etc., que ficariam abandonados ao poder estatal» («Nota introdutória», cit., p. 25); na mesma linha, HAFFKE, para quem o mesmo princípio «só pode desencadear a sua eficácia protectora à custa da desprotecção do inimputável» e ainda BAURMANN, que conclui, com ironia, que «os incapazes de culpa terão mais razões para temer as medidas estatais do que os capazes dela».

## 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.**

Já atrás se fez notar que a recente intervenção do legislador português em sede das operações de medida da pena, antes que ter fornecido ao juiz critérios precisos e unitários no momento de aplicar uma pena, veio até dificultar-lhe a tarefa, pela sua aparente ambiguidade e inconclusividade. Na realidade, na norma fundamental sobre esta matéria, o art. 72.º do Código Penal, o legislador — decerto influenciado pelos amplos debates doutrinários ocorridos além-fronteiras sobre as relações do princípio da Culpa e a Prevenção (que vieram pôr em causa a autonomia do primeiro, em matéria de fundamentação e medida da responsabilidade penal) e porventura pretendendo «de caso pensado» abandonar a solução desta questão à doutrina — veio a consagrar um regime jurídico dominado por uma grande margem de indeterminação.

Que isto assim é (ou seja, que a norma é uma norma ambígua e que tal ambiguidade é o resultado duma consciente atitude do legislador em não tomar posição numa questão em que a doutrina se mostrava bastante dividida) mostra-o a própria *história* do preceito. De facto, ao passo que o art. 85.º do Projecto de Eduardo CORREIA de 1963 referia que «a determinação da medida concreta da pena entre o máximo e o mínimo legal far-se-á em função da culpa do agente pelo facto ...», o novo preceito, após as discussões havidas no âmbito da Comissão Revisora e as alterações introduzidas pela 1.ª Revisão Ministerial da Parte Geral em 1966, estabelece que «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» <sup>(193)</sup>. Em apoio da tese aqui defendida concorrerá ainda por-

---

<sup>(193)</sup> «Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral», II, 1966, p. 123.

ventura, além disso, a eliminação do art. 2.º do referido Projecto, onde se estabelecia que «a medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa» (194).

Se a história do preceito parece sugerir a sua indeterminação originária, a sua *letra* vem definitivamente confirmá-la. Na realidade, a simples leitura do art. 72.º demonstra não se ter consagrado um critério inequívoco e unitário que orientasse o juiz na hora deste determinar a pena em concreto aplicável ao delinquente, mas antes um critério visceralmente indeterminado, ou se se preferir, um critério que — fazendo intervir, no momento daquela determinação, todos os fins tradicionalmente assinalados às penas (culpabilidade, prevenção geral, prevenção especial) — não é senão uma justaposição de critérios.

Em suma, pois, creio que a letra e a história do art. 72.º permitirá afirmar que se veio a consagrar um critério de determinação da medida da pena extremamente aberto. Seja como for, orientando agora as nossas indagações dum plano jurídico-dogmático para um plano jurídico-positivo em que a nossa lei positiva passe a ser objecto directo da análise, creio que — num esforço de síntese — se pode dizer que a interpretação do art. 72.º, n.º 1 deixa em aberto e irresolvidas duas questões essenciais:

- por um lado, *qual o papel da Culpa na medida da pena*. O art. 72.º, n.º 1 diz que «a determinação da pena far-se-á em função da culpa do agente (...)». Ora qual o papel desta culpa: determinará ela — dentro da medida legal da pena — um ponto certo da medida concreta da pena ou tão-só um espaço, âmbito ou quadro de medida mais ou menos amplo?

---

(193) Alguns autores são mesmo expressos quanto ao sentido de tal eliminação: assim, ao que julgamos, J. FIGUEIREDO DIAS, quando afirma, referindo-se à eliminação do art. 2.º, que «uma tal eliminação foi motivada entre outras razões pelo desejo de libertar o texto do Código de formulações doutrinariamente comprometidas», opinando adiante que a lei «sem deixar de regular, tão clara e cabalmente quanto possível, os termos da sua aplicação aos casos concretos da vida, deve esforçar-se no sentido de permitir a mais livre evolução da dogmática e da ciência respectiva» (*Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e culpa*, in: «Jornadas de Direito Criminal», 1983, I, p. 68 e s.).

— por outro lado, *qual o papel da Prevenção na medida da pena*. O art. 72.º, n.º 1 refere ainda que «(...) devem ser tidas em conta as exigências de prevenção de futuros crimes». Ora fica por saber: primeiro, de que modo são tais exigências de ter em conta (isto é, se elas actuam apenas dentro dos limites da pena correspondente à culpa do agente ou se actuarão mesmo para fora desses limites, para cima ou para baixo da medida da pena da culpa); segundo, de que exigências preventivas se trata no preceito citado (se Prevenção Geral, se Prevenção Especial) e, se ambas, como compatibilizá-las.

## 8. O papel da Culpa na determinação da medida da pena

Começemos pelo primeiro problema, que tem recebido três tipos de resposta fundamentais, a que realmente se parece reconduzir o leque de alternativas disponíveis. Para uns, a Culpa determinaria uma medida concreta de pena exactamente fixada, forneceria um «quantum» exacto de pena — e daí que a medida da pena deveria corresponder a essa medida exacta da pena dada pela Culpa, sendo assim de afastar aqui qualquer consideração das exigências preventivas, gerais ou especiais, do caso concreto (*teoria da pena exacta*). Para outros, a Culpa forneceria, não um ponto certo na medida da pena mas um espaço entre um limite máximo e mínimo, não uma medida exacta de pena mas um quadro de medida mais ou menos amplo — e seria justamente dentro desse espaço ou quadro de medida da pena dado pela culpa que actuariam tais exigências de prevenção (*teoria da margem de liberdade*). Finalmente, para outros ainda, culpa e prevenção interviriam nas operações de aplicação de uma pena em momentos diferentes, isto é, a medida concreta da pena haveria de ser determinada exclusivamente em função da Culpa, ao passo que as exigências de Prevenção apenas actuariam em sede da escolha abstracta da pena <sup>(195)</sup>.

---

<sup>(195)</sup> Sobre estas teorias, desenvolvidamente, K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: «Culpabilidad y prevención en derecho penal», cit., p. 95 e ss.; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., p. 1198; H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, cit., p. 144 ss..

Ora — pergunta-se — qual destes papéis caberá à Culpa? À míngua doutros elementos interpretativos, e sobretudo de posições jurisprudenciais e até, por enquanto, doutriniais, sobre o assunto, poderíamos socorrer-nos dum elemento histórico. A posição do autor do Projecto tomada na Comissão Revisora parece inclinar-se para a tese de que a Culpa fornecerá um quadro de medida da pena, dentro de cujos limites actuariam os fins de prevenção. De facto, defendeu aquele autor que «quanto à questão de se saber se a culpa fornece uma medida exacta da pena ou antes uma moldura penal relativamente ampla ..., o projecto decide-se pela segunda alternativa» <sup>(196)</sup>. Esta posição — independentemente das críticas que também as restantes teorias possam sofrer — suscita, todavia, algumas dúvidas pertinentes.

A teoria da margem de liberdade (culpa-quadro) veio inicialmente justificada na base de *fundamentos gnoseológicos*. Tornou-se recorrente a ideia de que, não sendo a Culpa uma grandeza de tipo matemático, ela nunca seria susceptível de nos fornecer uma magnitude exacta de pena, já que é a própria «praxis» judicial a comprovar que ela é algo que admite variações. «Se se perguntasse a um juiz experimentado» — nota ROXIN — «se a pena correspondente à culpa é, no caso concreto, uma pena de prisão de 10 meses e 2 semanas ou de 10 meses e 3 semanas, ele não nos poderia responder» <sup>(197)</sup>. Ora esta justificação de índole gnoseológica (procedente da limitação do conhecimento do juiz), em que se faz assentar a admissão da teoria da culpa-quadro, afigura-se-nos falaciosa. Por um lado, ela parece confundir dois planos distintos, o da limitação do conhecimento humano e o da limitação do objecto do conhecimento — desde KAUFMANN <sup>(198)</sup> se vem salientando que é ilegítimo deduzir do facto de que o grau de culpa não possa ser determinado num ponto exacto pelo juiz a conclusão de que, em absoluto, a pena adequada à culpa não seja uma pena de magnitude fixa. Por outro lado, se o argumento é o da incerteza do conhecimento do juiz, então ele acaba por ser argumento que

---

<sup>(196)</sup> «Actas das Sessões», cit., p. 123.

<sup>(197)</sup> K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, loc. cit., p. 97.

<sup>(198)</sup> A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, 1961, p. 65 e ss.

prova demais, pois demonstraria, não só a impossibilidade de se conhecer o ponto exacto da medida da pena correspondente à culpa, como também e simultaneamente a impossibilidade de se conhecerem as fronteiras da própria culpa-quadro, ou seja, os pontos além do qual a pena é tão pesada que não corresponde à culpa e aquém do qual ela é tão leve que a esta não é adequada. Para se usar ainda o exemplo de ROXIN, se a incerteza do conhecimento obriga a aceitar uma teoria da culpa-quadro, pois o juiz nunca poderá apurar se a pena adequada à culpa é a de 10 meses e 2 semanas ou de 10 meses e 3 semanas, então prova-se demais, pois também nunca poderá distinguir entre 10 meses, 3 semanas e um dia, dois dias, e assim sucessivamente.

Ante esta impossibilidade de fundar a teoria da culpa-quadro em razões gnoseológicas, já se procurou fazê-lo na base de *razões político-criminais* derivadas das exigências de Prevenção. Tal foi o caso justamente daquelas correntes que, negando a autonomia do princípio da Culpa, vieram a reconduzir o juízo de culpa a uma mera expressão das necessidades de Prevenção. Ora já vimos a inviabilidade desse projecto doutrinal, com o que também, por tabela, poderá ficar prejudicada a tentativa de justificar na respectiva base a teoria da culpa-quadro.

Por isso, e de todo o exposto, ficam-nos dúvidas de se o entendimento do papel da culpa na determinação da medida da pena como culpa-quadro — a admitir-se — estará convenientemente legitimado. É certo que a isto sempre se poderá obstar que, tendo o novo Código Penal mandado ter ainda em conta as exigências de Prevenção, então também os partidários da teoria da pena exacta terão, afinal, de vir a admitir na prática o mesmo resultado a que chega a teoria da margem de liberdade: com efeito, ainda quando se admitisse que a culpa (em função da qual se há-de determinar primariamente a medida da pena) fornece uma medida da pena fixa, uma magnitude penal concreta exacta, um ponto fixo de medida da pena — e não um quadro de medida —, sempre se teriam de admitir variações para cima ou para baixo desse ponto provocadas pelas exigências de prevenção, a que o legislador penal manda igualmente atender. Quer dizer: obrigando o art.º 72.º, na medição da pena, a fazê-la em função da Culpa e exigindo que nessa medição fossem tidas ainda em conta as exigências de pre-

venção, pouco importaria se se perspectiva aquela culpa como fornecendo um quadro de medida da pena entre um limite máximo e um limite mínimo, dentro dos quais actuam as exigências preventivas, ou se se prefere ver antes nela algo que fornece um ponto fixo de medida da pena, que depois, no entanto, sofrerá desvios para cima ou para baixo, motivados pelas mesmas exigências — pois que, em qualquer caso, o resultado seria o mesmo.

A força deste argumento, porém, é apenas aparente se se atentar no seguinte.

Em primeiro lugar, não é indiferente a construção que se queira dar ao papel da culpa na medida da pena — como ponto fixo ou como quadro — se tivermos em atenção a diferença dos pressupostos e objectivos perseguidos por cada uma delas no contexto mais geral do problema da medida da pena. Ao passo que a teoria da pena exacta parte ainda do pressuposto tradicional do princípio da Culpa, assume claramente o fundamento retributivo da pena, e persegue o objectivo de traduzir apenas a culpa do agente (que só pode ser uma, à luz dos postulados tradicionais deste princípio), a teoria da margem de liberdade presta-se à sua utilização por uma linha de pensamento que arranca de uma nova consideração do conteúdo de tal princípio, que assume claramente o fundamento preventista da pena, e que persegue o objectivo de dar resposta a finalidades político-criminais. A teoria da margem de liberdade presta-se assim, indubitavelmente, a ser utilizada como o expediente teórico-doutrinal encontrado pelas recentes correntes doutrinárias que, neste particular, pretendem fornecer uma ampla margem de manobra às exigências de prevenção, as quais acabam por constituir afinal o factor preponderante na medida da pena. Assim desvirtuada e instrumentalizada, quase se poderia dizer — forçando um pouco a nota — que a «teoria da margem de liberdade» está para a questão da medida da pena, como a categoria roxiniana da «responsabilidade» está para a do fundamento da pena: ambas se inscrevem num programa geral de «subversão sistemática» que pretende alterar no edifício penal as relações de prioridade entre Dogmática Penal e Política Criminal. Programa este de indiscutível subtilidade, pois pretende justamente dar prioridade às exigências político-criminais sem sair dos próprios quadros dogmáticos tradicionais, através da revisão dos seus conteúdos próprios, mas de

duvidosa viabilidade, já que as categorias dogmáticas tradicionais não podem, como vimos, sofrer revisões de conteúdo deste tipo sem «se perder no Direito Penal toda a orientação» (STRATEN-WERTH).

Em segundo lugar, e conseqüentemente, logo nos apercebemos que as duas teorias são ainda bem diferentes nos resultados a que conduzem, uma vez que no contexto da última — ao contrário da primeira — as finalidades de Prevenção passam a constituir o factor essencial na determinação da pena. Prova disso constitui o facto de, ao passo que, na primeira teoria, o princípio da Culpa mantém intacto o seu tradicional significado dogmático de fundamento, base de medida e limite da pena, na segunda aquele princípio fica exposto a sucessivos desvirtuamentos, e de um tal modo que há que perguntar se ainda estaremos efectivamente perante aquele princípio. Na realidade, e desde logo, no seio deste entendimento, o referido princípio funcionaria apenas como limite mas não como fundamento da aplicação da própria pena, o qual resultaria apenas da existência de imperativos preventivos (é a «concepção unilateral de culpa» de ROXIN)<sup>(199)</sup>. Depois ainda, esse mesmo princípio nem sequer como limite das exigências de Prevenção por vezes funciona: não funciona como limite às exigências preventivo-especiais já que se admite que a medida da pena possa, em certos casos, em virtude de pontos de vista de Prevenção Especial (evitar a «dessocialização» do delincente), vir a rebaixar e a ficar aquém do limite mínimo da medida da culpa; não funciona também como limite às exigências preventivo-gerais já que, vindo-se a reconduzir o conteúdo próprio do princípio da Culpa a uma simples ideia de Prevenção — aquilo que alguns autores chamam de «prevenção retributiva» (ROXIN, PLAGIARI), isto é, a ideia de que «a pena correspondente à culpa não se impõe por si mesma, como querem as teorias absolutas, mas só pode ser uma pena dirigida a um fim e certamente a um fim de Prevenção Geral»<sup>(200)</sup>—,

---

<sup>(199)</sup> Assim *Acerca da problemática do direito penal da culpa*, cit., p. 19 e ss. e *Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad*, in: «Culpabilidad y prevención en derecho penal», cit., p. 187 ss.

<sup>(200)</sup> Assim *Prävention und Strafzumessung*, loc. cit., p. 133; *Zum jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, loc. cit., p. 181.

então nem tão pouco daquele princípio como limite a estas exigências haverá que falar, uma vez que ele aparece já à partida definido ... por estas exigências.

Isto talvez seja o suficiente para nos persuadir de que, se no quadro duma teoria da pena fixa, o princípio da Culpa é ainda o factor primordial na medida da pena, no quadro da teoria da margem de liberdade ele é apenas um nome para designar coisa bem diferente — as necessidades de Prevenção, as quais passam deste modo, subrepticamente, a constituir o verdadeiro factor de medida da pena. Poder-se-á ainda aqui dizer que a escolha entre ambas as teorias é indiferente?

## 9. O papel das exigências de Prevenção na determinação da medida da pena

### 9.1. *Os problemas a resolver*

Vimos como a «teoria da margem de liberdade» (ou da culpa-quadro) oferece algumas dúvidas, no plano dos seus fundamentos e consequências, que assim poderão pôr em causa a sua legitimidade para servir de base ao conceito e função da própria Culpa, fundamento da medida da pena de que nos fala o art. 72.º, n.º 1 Código Penal. A estas dúvidas num plano estritamente teórico, porém, vêm-se a somar as próprias dúvidas no plano da nossa lei positiva. Na realidade, se o Projecto no seu art. 2.º afirmava que «a medida da pena não pode exceder essencialmente a da Culpa» — no que era interpretado pelo seu próprio autor como a consagração duma doutrina semelhante à da teoria da margem de liberdade, permitindo a actuação das finalidades preventivas (apenas) dentro dos limites da pena correspondente à medida da culpa: «dá-se permissão ao juiz para atender a fins de prevenção exactamente até ao ponto em que a essência da pena (a culpa do agente) não seja tocada» <sup>(201)</sup> —, o novo Código Penal veio a eliminar tal disposi-

---

<sup>(201)</sup> É curioso observar a semelhança desta posição com aquela que, por DREHER, foi sustentada para fundamentar o correspondente preceito alemão na Comissão do

ção e veio a consagrar na sua redacção uma fórmula porventura ainda menos precisa, segundo a qual as exigências de prevenção são «ainda de ter em conta».

Fica assim no espírito do intérprete a dúvida se as exigências de Prevenção funcionarão apenas dentro daquele quadro de medida da pena que vem dado pela culpa (como queria o autor do Projecto), ou se — como a letra actual da norma e o facto da eliminação do citado art. 2.º poderão sugerir — as exigências de prevenção poderão funcionar mesmo para cima ou para baixo daquele quadro<sup>(202)</sup>. Para empregar a terminologia do legislador, como é que são de ter em conta as exigências de prevenção: só podem ser tidas em conta apenas *dentro* desse quadro ou poderão mesmo actuar para *fora* dele, implicando variações de medida da pena aquém ou além desse quadro?

Uma tal questão envolve dois problemas distintos e outras tantas respostas, que são a de saber — por um lado — se a medida da Culpa poderá ser superada por razões de Prevenção Geral ou Prevenção Especial no seu *limite máximo*; e a de saber — por outro —

---

Direito Penal: «a pena não deve fugir à correspondente à da gravidade da culpa, a fim de que *de acordo com o seu núcleo* possa seguir mantendo-se na sua essência como pena da culpa». Mais curioso ainda será recordar — naquilo que pode ser até uma antevisão do nosso futuro quadro doutrinário e jurisprudencial a este propósito — as vicissitudes da interpretação do § 46 StGB: perante ele, há quem admita uma possibilidade de a pena aplicada ser superior à pena adequada à culpa por razões de Prevenção Geral ou Prevenção Especial (DREHER e JESCHECK), há quem limite essa possibilidade a fins de Prevenção Especial (HORSTKOTTE), há quem a considere inadmissível (SCHRÖEDER) ou até inconstitucional (MAURACH) e, quanto à possibilidade de a pena ser inferior à pena da culpa, há quem a exclua liminarmente (MAURACH), há quem a admita por razões de Prevenção Especial, de uma forma geral (LECKNER) ou excepcional (ROXIN, JESCHECK), e há quem a admita por qualquer razão preventiva (HORSTKOTTE). Em face disto, não custa a aceitar que daquele preceito — que o nosso art. 72.º acompanhou de perto — se tenha já dito tratar-se de «uma disposição susceptível de ser interpretada da forma que se queira» (G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, in: «El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad», cit., p. 53).

<sup>(202)</sup> Dúvida idêntica se coloca à doutrina alemã para o seu preceito do § 46 StGB: se existe acordo em que são de considerar as exigências de Prevenção, já «não há acordo em relação aos limites dentro dos quais elas resultam admissíveis» (G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, loc. cit., p. 63).

se aquela poderá ser rebaixada, por essas mesmas razões, no seu *limite mínimo*.

### 9.2. *O problema da possibilidade de aplicação de uma pena superior à pena da culpa por razões de Prevenção Geral e Especial*

Quanto ao primeiro dos problemas, pensamos que a resposta terá de ser negativa, não se afigurando possível sustentar a possibilidade de a pena concretamente aplicada ao agente poder ser superior ao limite máximo da pena adequada à culpa, quer por razões preventivas gerais, quer especiais.

9.2.1. Desde logo, e em primeiro lugar, negativa em face dos princípios mais gerais do Direito Penal onde o intérprete, na falta de clareza do texto legal, se tem de apoiar — tais como, nomeadamente, o princípio da Culpa, o princípio do carácter pessoal da responsabilidade penal, e vários princípios de dignidade constitucional.

Na realidade, o princípio da Culpa — princípio estrutural da ordem jurídica-penal, correspondente à larga tradição da nossa própria cultura<sup>(203)</sup> e cuja autonomia justamente se procurou demonstrar existir, quer como verdadeiro fundamento da pena (não pode haver pena sem culpa), quer como limite da pena (não pode haver mais culpa do que a que corresponde à culpa do agente no caso concreto) — seria violado, não só quando se puna um facto praticado sem culpa, como quando se puna um facto com pena mais grave do que aquela que é adequada à culpa: «é evidente que (o princípio da Culpa) seria igualmente desprezado, seja através da

---

<sup>(203)</sup> Cfr. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, que afirma ser o princípio «nulla poena sine culpa» o verdadeiro fundamento de toda a responsabilidade penal e um dos princípios basilares tanto da ordem jurídica como da ordem moral (*Direito Penal Português*, I, cit., p. 412). Também H. MAYER afirma sugestivamente que «o princípio da Culpa não tem verdadeiramente uma história: esta é só relativa à sua aplicação no tempo».

punição dos factos inculpáveis, seja através de punições excessivas relativamente à medida da culpa» <sup>(204)</sup> <sup>(205)</sup>.

Além disso, se toda a responsabilidade penal — enquanto responsabilidade fundada numa culpa — é necessariamente responsabilidade pessoal <sup>(206)</sup>, então esse carácter pessoal da Culpa e Responsabilidade jurídico-penais, implicando que apenas se responda na medida e dentro da medida correspondente à «pessoal» realização do ilícito, vem assim «a limitar, não só a possível área de reprovação, mas também a medida dessa reprovação» <sup>(207)</sup>. Pelo

---

<sup>(204)</sup> D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in: XXI IUS — Revista di Scienze Giuridiche (1974), fasc. 1-2, p. 520. No mesmo sentido, H. ZIPF refere que «o princípio da culpabilidade se subdivide em dois elementos: não há pena sem culpa e não há pena que exceda a medida da culpa (proporcionalidade da culpa)» (*Introducción a la política criminal*, cit., p. 55); e ainda MAURACH, que afirma mais incisivamente que «toda a elevação do limite máximo da culpa constitui uma infracção constitucional contra o princípio da culpabilidade» (*Das Deutsche Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1971, p. 106).

<sup>(205)</sup> Será curioso assinalar que, mesmo aqueles sectores que adjudicam a tal princípio uma mera função limitadora da pena (é o caso, entre outros, de K. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 46 e E. DOLCINI, *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in: XVII RIDPP (1975), p. 1164; vide ainda o caso do «Alternativ-Entwurf» de 1966, § 2) e que lhe negam uma função fundamentadora da pena, vêm afinal a desembocar num resultado idêntico, ou seja, de que não pode haver pena superior à pena adequada à culpa: nas palavras de E. DOLCINI, «seja no modelo da culpa como fundamento da pena, seja no da ressocialização e defesa dos bens jurídicos dentro dos limites da culpa, exige-se que, na aplicação da pena, não seja superada a medida correspondente à culpa» (*op. cit.*, p. 1164) — isto muito embora sejam diferentes as motivações dessa exigência, já que se no primeiro modelo ela se justifica «pela justa compensação duma vontade culpável», na segunda explica-se «pela necessidade de não comprometer a priori a activa participação do condenado no tratamento reeducador».

<sup>(206)</sup> Cfr. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, 1984, p. 324. No sentido exposto, entre tantos outros, E. DOLCINI («o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal fornece uma preciosa indicação (...) em vista de impor um limite à exigência de Prevenção Geral»: *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., p. 364); F. BRICOLA (dado o princípio da responsabilidade pessoal, «é inadmissível uma Prevenção Geral que, em sede judicial, supere o papel de uma mera "Nebenwirkung"») (*La discrezionalità nel diritto penale*, cit.); S. LARIZA («relativamente à legitimidade da consideração da Prevenção Geral na medida da pena, a doutrina declara-se fortemente contrária à sua inclusão entre os critérios finais da determinação da pena, na medida em que tal elemento, não sendo reconduzível à conduta do sujeito ou à sua personalidade, viola o dispositivo constitucional segundo o qual a responsabilidade penal é pessoal»: *La commisurazione della pena*, cit., p. 599).

<sup>(207)</sup> D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, cit., p. 521.

que, sempre que a pena vá além duma tal medida dada pela culpa do agente, ela já terá então deixado de constituir uma sanção (como deve ser a sanção penal: art. 11.º do Código Penal) assente na responsabilidade pessoal do agente e uma resposta ao «ilícito pessoal» deste, para passar a constituir uma verdadeira «responsabilidade objectiva por factos alheios»<sup>(208)</sup> e uma resposta a imperativos que são totalmente estranhos ao réu e ao seu ilícito, como o serão certamente as necessidades de intimidação e defesa social<sup>(209)</sup>.

Uma tal concepção, de resto, não brigaria apenas com o carácter pessoal da responsabilidade, mas está em flagrante contradição — pela degradação do delinvente a mero objecto dos fins de política criminal que implica — com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP) e — pela possibilidade que assim vem abrir de dois factos de idêntica gravidade virem a ser punidos com penas de magnitudes diferentes, consoante as exigências de intimidação e de prevenção geral (que de resto são, pela sua natureza, variáveis consoante o momento e o lugar) — com o próprio princípio da igualdade perante a lei (art. 13.º CRP). E o próprio princípio constitucional da separação dos poderes resulta também porventura desrespeitado, quando se queira atribuir ao juiz a função de perseguir autonomamente e por si mesmo, através da sua decisão, efeitos sobre a própria colectividade, função que manifestamente não é a sua<sup>(210)</sup>.

Em segundo lugar, se a imposição duma pena superior à medida da culpa por razões de Prevenção Geral é inadmissível, também não se vê que seja necessária. Na verdade, tendo sido já os imperativos político-criminais de prevenção geral as determinantes na fixação da própria medida legal da pena<sup>(211)</sup> (pois normalmente o legislador estabelecerá um «quantum» de pena que considera

<sup>(208)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in: «Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati», cit., p. 42.

<sup>(209)</sup> Contra, mas sem razão a meu ver, A. PLAGIARO, que pretende justificar a responsabilidade do agente como uma espécie de «responsabilidade social intersubjectiva» (?) (*La riforma delle sanzioni penale tra teoria e prassi*, cit., p. 1206).

<sup>(210)</sup> Sobre tudo isto, com mais detalhe, vide *supra* págs. 52 e segs.

<sup>(211)</sup> E sendo esse o seu lugar próprio: vide *supra* pág. 55 e segs.

suficiente para alcançar um efeito de intimidação social), então enquanto a pena aplicada pelo juiz se mantiver dentro dos limites dessa medida, estará em boa lógica garantida a satisfação daqueles imperativos, já que em qualquer caso estará tomando em consideração magnitudes de pena já adequadas ao fim de Prevenção Geral <sup>(212)</sup>.

Em terceiro lugar, além de inadmissível e desnecessária, aquela imposição parece ainda verdadeiramente inverosímil e perigosa. Inverosímil porque está hoje largamente demonstrado, como vimos, que a pretensa eficácia preventivo-geral das penas mais severas é meramente presumida <sup>(213)</sup> e o conhecimento do juiz dessa eficácia será sempre puramente intuitivo, individual (SCHÖNEBORN) <sup>(214)</sup>, quando não irracional (DOLCINI) <sup>(215)</sup>. Perigosa ainda porque, aberta a possibilidade de o próprio juiz chamar a si a função de perseguir, através da pena a aplicar ao autor dum facto previsto como crime na lei penal, considerações de política criminal, então deixa o próprio Direito Penal de constituir «a infranqueável barreira da Política criminal» (LISZT) para ser esta mesmo a orientar o «ius puniendi», com as consequências que se adivinham e que a História, de resto, já deu mostra.

Finalmente, talvez se possa ainda retirar argumentos contra a possibilidade da pena aplicada ser superior ao limite máximo do quadro da Culpa do próprio regime legal em matéria de determinação da pena. De facto — e por um lado —, em sede de determinação da pena em sentido lato (escolha da pena), a nossa lei parece desde logo conceder clara primazia ao fim de Prevenção Especial sobre o da Prevenção Geral — como o mostram os institutos da substituição da pena prisão por penas não detentivas (arts. 43.º e 71.º Código Penal), da suspensão de execução da pena (art. 48.º,

---

<sup>(212)</sup> Na mesma conclusão, embora com diferentes fundamentações, acordam K. ROXIN (*Strafzumessung im Lichte dem Strafzweck*, loc. cit., p. 101) e A. PLAGIARI (*La riforma delle sanzioni penale tra teoria e prassi*, cit., p. 1191).

<sup>(213)</sup> Cfr. *supra* págs. 34 e segs., 55 e segs.

<sup>(214)</sup> *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, in: 88 ZStW (1976), p. 349 e ss.

<sup>(215)</sup> *La commisurazione della pena*, cit., p. 232. Também assim J. SOUSA BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, cit., p. 30.

n.º 2), do regime de prova (art. 53.º, n.º 1), e da dispensa da pena (art. 75.º). Primazia, quer no sentido de que a Prevenção Especial é factor prioritário em relação à Prevenção Geral na determinação da pena em sentido amplo, actuando assim em via geral e pela positiva; quer no de que esta, a intervir como elemento a ter em conta nessa determinação, interviria sempre pela negativa e por forma excepcional (isto é, interviria sempre e só como factor impeditivo da relevância de finalidades preventivo-especiais de ressocialização dentro da medida da culpa — nesse sentido dispõem os arts. 53.º, n.º 1 e 75.º, por exemplo, que o regime neles previstos, que porventura é em grande medida justificado por fins de ressocialização, não é aplicável caso «a tal se opuserem as exigências de Prevenção Geral»). Doutro lado agora, e em sede de determinação da pena em sentido estrito (medida da pena), também a lei, no seu preceito geral do art. 72.º, não previu, dentre as várias circunstâncias que contribuem para a graduação judicial da pena do n.º 2, nenhuma que aponte a Prevenção Geral como factor autónomo determinante dessa graduação, pois não existe nenhuma (não obstante o carácter exemplificativo da enumeração) que faça variar as necessidades de Prevenção Geral independentemente das circunstâncias que fundam a ilicitude do facto e abrangem a culpa<sup>(216)</sup>.

9.2.2. Visto que não parece de admitir a imposição duma pena superior à medida da culpa com fundamento nas necessidades de Prevenção Geral, poder-se-á fazê-lo com base em necessidades de Prevenção Especial (por exemplo, o caso de um sujeito

---

<sup>(216)</sup> Esta leitura pode ajudar-nos na interpretação das próprias circunstâncias do n.º 2 do art. 72.º. Se se defender a ideia de que é possível aplicar pena superior por razões de Prevenção Geral, então poder-se-ia ver nas circunstâncias referidas nas suas alíneas (nomeadamente alínea *a*): «gravidade das suas consequências») uma circunstância reconduzida a considerações relativas ao dano ou alarme social provocado pelo facto, e, logo, um factor que poderia justificar uma pena de «quantum» superior ao correspondente à gravidade do ilícito e da culpa do facto, em nome da especial gravidade ou epidemia social que aquele tipo de crime apresenta num dado lugar e tempo. Já se se defende a posição inversa, então diversamente tais circunstâncias não poderiam ser motivo de aplicação duma pena superior àquela que resulta, nomeadamente, doutras circunstâncias aí referidas, como «a intensidade do dolo ou da negligência» (alínea *b*)) e a culpa do agente (n.º 1).

que comete um facto com diminuto grau de culpa mas indiciando possibilidade de reiteração dessa conduta criminoso)?

A meu ver, a resposta não pode deixar de ser a mesma (isto é, negativa), pelas seguintes razões. Antes de tudo, por força dos princípios jurídicos atrás referidos, que aqui são inteiramente aplicáveis e, em particular, a função garantista e limitadora própria do princípio da Culpa — é o próprio insuspeito ROXIN, normalmente avaro nas concessões a fazer a este princípio, quem sublinha que «a função limitadora do princípio de Culpa veda a imposição por razões de prevenção especial duma pena superior àquela que permite o marco da culpa» (217).

Depois ainda, porque numa tal hipótese, sobrepondo-se o juízo da perigosidade criminal do delinquento ao juízo sobre a sua culpa, tornar-se-ia problemática a opção constitucional de consagrar um sistema de dupla via de reacção ao crime e esbatida também a linha de fronteira duma sanção como a pena com outra como a da medida de segurança, podendo até, no limite, conduzir a uma parificação no mesmo plano de ambas as sanções na base dum unitário fundamento político-criminal, à maneira dum «Alternativ-Entwurf» (218). De resto, e a admitir em via geral que uma pena pudesse ultrapassar o limite máximo da culpa, estaria aberta a porta para o facto criminoso ficar degradado a uma simples condição objectiva de punibilidade, mera consequência do princípio da legalidade, na qual o único objectivo é fazer o agente responder, não pelo facto, mas pelo que precedeu e sucedeu a esse facto, ou seja, a factos anteriores ou posteriores cuja existência não pode ser comprovada em juízo nem considerar-se como circunstâncias do crime. A pena passaria a medir-se, não pelo facto do agente, mas pela perigosidade deste no momento da sentença.

---

(217) *Prävention und Strafzumessung*, loc. cit., p. 135. Neste sentido também, G. MARINUCCI, *Politica Criminale e Riforma del Diritto Penale*, in: XXI IUS-Rivista di Scienze Giuridiche (1974), p. 480.

(218) Cfr. «Alternativ Entwurf» (§ 2.º I, § 77). Em crítica a este preceito, notava já H. H. JESCHECK «a acentuada equiparação dos fins das penas e das medidas que realiza o § 2.º, I, no qual falta surpreendentemente a indicação de que a pena implica um acento de desvalor ético-social, que a medida não possui», *apud* K. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, in: «Problemas básicos del derecho Penal», trad. esp. (D. LUZÓN PEÑA), Madrid, 1976, p. 57.

Finalmente, a imposição de penas superiores à pena da culpa por razões de Prevenção Especial é mesmo desaconselhada, curiosamente, pela própria lógica da ressocialização e destes fins preventivo-especiais. De facto, como tem sido repetido hoje até à saciedade, uma pena imposta por um fim de Prevenção Especial superior à culpa não é a que melhor se adequa afinal a tais fins: diz DOLCINI (e com ele muitos outros, MUSCO, MARINUCCI, PULITANÒ, o próprio insuspeito NOLL) que «uma pena que exceda a medida da culpa não é compreendida pelo condenado, não pode ser sentida como justa e como tal não pode produzir qualquer efeito ressocializador» (219). Quer dizer: a necessidade de que a pena se mantenha dentro dos limites da culpa, antes que conflituante com os fins de Prevenção Especial, vem exigida pela lógica destes fins, e não admira que a este propósito já se tenha falado do princípio da Culpa como «limite interno» ao fim de Prevenção Especial (220). Aliás — diremos a terminar — seria mesmo paradoxal que, no contexto duma lei como a nossa, que prevê numerosos instrumentos alternativos à pena detentiva (nos arts. 43.º, 45.º, 48.º, 49.º, 60.º, 61.º e 75.º) numa linha dita de ressocialização (221), se viesse mais adiante a permitir a imposição de penas detentivas agravadas e desproporcionadas à culpa, reconhecidamente inidóneas a ressocializar o delincente, quando não a des-socializá-lo. Pelo que — a ser de admitir qualquer derrogação dos limites da pena que é adequada à culpa — ela só poderia actuar

---

(219) E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 369. No mesmo sentido, L. MUSCO, *Bene giuridico e tutela penale dell'onore*, Milano, 1974, p. 116 e ss.; D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, cit., 522; vide o próprio K. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, cit., p. 64; P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, cit., p. 22.

(220) A. PLAGIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., p. 1194 e E. DOLCINI *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, cit., p. 1164. Uma vez que a aplicação duma pena desproporcionada e superior à culpa do agente não reeduca, antes revolta (ideia que tanto mais se reforça quanto mais relevo se resolva fornecer ao eventual carácter «criminogéneo» do sistema penitenciário e da pena detentiva — assim CANNAT, *À propos des paradoxes de l'emprisonnement reeducatif*, in: RSC (1971), p. 155 e ss.).

(221) Cfr. E. CORREIA, *As grandes linhas ...*, cit., in: «Jornadas de Direito Criminal», 1983, cit., p. 19 e ss.

«in bonam partem», sugerindo uma eventual redução da pena abaixo do limite mínimo da pena da culpa <sup>(222)</sup>, mas não no sentido oposto.

Isto dito, talvez possamos concluir já — com MEZGER — que «a pena deve corresponder de um modo justo à culpabilidade do agente. Com base neste fundamento, ela servirá por si à prevenção do crime, à defesa da colectividade em face dos delinquentes perigosos, e à reinserção social daquele que é sujeito à pena» <sup>(223)</sup>.

### 9.3. *O problema da possibilidade de aplicação de uma pena inferior à pena da culpa por razões de Prevenção Especial*

E agora quanto ao limite mínimo da medida da pena correspondente à culpa, poderá ele ser rebaixado por razões de Prevenção (mormente especial <sup>(224)</sup>)?

A questão é duvidosa.

Segundo uma certa doutrina (a teoria da «Schuldüberschreitungsverbot») <sup>(225)</sup>, a culpa só fixaria um limite máximo à pena aplicável a um facto criminoso mas já não importaria qualquer limite mínimo, abaixo do qual se poderá descer em consideração das necessidades de prevenção, designadamente prevenção especial. Trata-se porém, a meu ver, de uma posição que não pode ser aceite na sua rigidez absoluta.

---

<sup>(222)</sup> E veremos como esta hipótese, ela própria, apenas parece de admitir em certos casos-limite: vide *infra* texto.

<sup>(223)</sup> *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, in: «Materialien zur Strafrechtsreform», I, Bd., 1954, p. 6.

<sup>(224)</sup> Não se cura aqui da hipótese (algo remota) de se pretender impor uma pena inferior à medida da culpa por razões de Prevenção Geral.

<sup>(225)</sup> H. ZIPF, *Principios fundamentales de la determinación de la pena*, in: 17 CPC (1982), p. 356; G. STRATENWERTH, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, loc. cit., p. 62 e ss.; entre nós, segundo julgamos, A. MIRANDA RODRIGUES, *A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*, in: «Jornadas de Direito Criminal», cit., p. 294.

De facto, o princípio de que a consideração das exigências de Prevenção Especial (que a lei manda ter também em conta) apenas poderão jogar dentro do quadro de pena dado pela culpa, não podendo o juiz penal ultrapassá-lo nem para cima nem para baixo — princípio esse que resulta das coordenadas jurídicas atrás expostas (em especial, do princípio da Culpa e da sua função limitadora) e que resulta, afinal, da própria primazia que a retribuição da culpabilidade tem sobre as finalidades de prevenção, ao menos, implicitamente, na fórmula do art. 72.º, 1 e, explicitamente, na leitura global do nosso sistema legal —, é princípio que continuará a valer ainda nos casos em que a mera valoração da Prevenção Especial conduz a uma pena inferior à pena correspondente à culpa. A não ser assim, estar-se-ia em contradição com tal princípio, já que de uma tal pena nem sequer se poderia dizer que a culpa do réu tenha sido fundamento da determinação da respectiva medida, ou, como a lei prescreve, que esta tenha sido feita «em sua função».

Por outro lado, de resto, afigura-se como extremamente questionável permitir que a consideração dos interesses preventivo-especiais pudesse passar a constituir o factor preponderante na determinação da pena nos seus limites mínimos, substituindo-se aos juízos de culpa, à luz dos actuais conhecimentos criminológicos. Como nota SCHÖCH, «não sendo certamente impossíveis dum ponto de vista teórico declarações fundamentadas criminologicamente sobre magnitudes da pena óptimas sob um ponto de vista de Prevenção Especial, até este momento não foi feita nenhuma nem é provável que se façam dentro de um prazo razoável se se ajuizar com realismo as nossas possibilidades de investigação» (226). E os dados avançados pelos criminólogos, onde reina a maior das divergências, não fazem senão confirmar esta ideia, já que, se para uns as penas adequadas a obter a ressocialização do delinquente oscilam entre 1 a 2 anos (SCHULER-SPRINGORUM), outros falam de 2,5 a 3 ou 5 anos (SCHAFFSTEIN). Perante isto, é legítimo perguntar — ante a própria dificuldade de quantificação e valoração das exigências de Prevenção Especial (e

---

(226) *Grundlagen und Wirkungen der Strafe*, in: Festschrift für Schaffstein, 1975, p. 262.

recordaremos que as oscilações dessas valorações podem atingir 3 anos!) — se será possível alcandorar o fim de Prevenção Especial, por sobre o próprio princípio da Culpa, o factor essencial na determinação das fronteiras mínimas das penas, quando as suas próprias fronteiras são, no veredicto criminológico, tão diluídas; e se o juiz penal, de todo o modo, estará em condições de afirmar com segurança que a pena correspondente à pena mínima ainda adequada à culpa não será suficiente para evitar futuros crimes do agente <sup>(227)</sup>.

Mais duvidosa será, porém, a solução a dar naqueles *casos excepcionais* ou limite em que a aplicação duma pena inferior ao limite mínimo da pena dada pela culpa é, não só suficiente para satisfazer já as necessidades de ressocialização, como indispensável até para evitar que a pena possa produzir um efeito dessocializador — casos estes em que alguns (adeptos da «teoria da pena adequada à culpa com reserva preventiva especial») <sup>(228)</sup> defendem a admissibilidade de tal aplicação. Têm-se aqui especialmente em vista aquelas situações de crimes (v.g., no domínio da criminalidade ocasional) que — apesar de objectiva e subjectivamente graves e, portanto, cometidos com um dado grau de culpa — são levados a cabo por indivíduos cuja actuação terá ocorrido em circunstâncias excepcionais e mesmo irrepetíveis, e que houveram dado prova no período posterior à prática do facto de serem capa-

---

<sup>(227)</sup> Nem se argumente em contrário que o princípio da legalidade, revelando, pela sua própria existência, que nem toda a culpa tem de ser punida, revelaria então também que — se pode haver culpa sem pena — também poderá haver pena menor do que a adequada à culpa (SOUSA BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, cit., p. 25). Pois que então se estará sim a confundir perigosamente o problema da distinção «culpa moral — culpa jurídica» com aquele outro, dele distinto, da função fundamentadora e limitadora da culpa jurídica nas penas: efectivamente, da circunstancia de que a nem toda a culpa corresponda uma pena apenas se pode deduzir que nem toda a culpa moral é tida como juridicamente relevante (não obstante toda a culpa jurídica seja simultaneamente moral), e não já — o que representa questão distinta — que as sanções jurídico-penais possam deixar de ter o fundamento numa culpa jurídica. Trata-se de planos diferentes — um respeitante à delimitação da culpa que releva para o Direito Penal, outro ao modo de determinação da pena que há-de corresponder a uma culpa assim «já» delimitada —, que não podem ser confundidos.

<sup>(228)</sup> K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte dem Strafzwecke*, loc. cit., p. 107 e *Zum jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, cit., p. 184.

zes de retomar uma conduta respeitadora da lei (assim, entre nós, art. 72.º, n.º 2, f) do Código Penal). Numa palavra, crimes em que o risco de reincidência é praticamente nulo, e o são também, por conseguinte, as necessidades de Prevenção Especial, mas em que o limite mínimo da pena correspondente à culpa do agente é tão elevado que, por exemplo, nem o recurso ao art. 61.º evitaria que lhes fosse aplicada uma pena privativa de liberdade igual ou superior a 5 anos (prazo este em que a generalidade dos criminólogos acorda — maugrado as suas divergências no que toca aos «quantum» intermédios concretos — como sendo o limite máximo de duração de penas orientadas para a ressocialização). Será admissível o desrespeito daquele limite mínimo do quadro da pena fornecido pela culpa quando ele se mostrar ainda como prejudicial à ressocialização?

À luz da orientação global que parece animar um conjunto de preceitos da actual lei, dir-se-ia que a resposta deveria ser afirmativa. Desde logo, em razão da importância que o ideal da ressocialização ou reinserção dos delinquentes parece possuir no sistema jurídico-penal. As concessões que o nosso actual Código Penal português faz a um pensamento orientado pelas finalidades de ressocialização do delincente vêm logo confessadas no seu Preâmbulo e concretizadas em vários pontos do sistema, tais como o art. 71.º (preferência pelas penas não detentivas), art. 43.º (substituição da prisão por multa), art. 44.º (prisão por dias livres), art. 48.º (suspensão de execução da pena), art. 53.º (regime de prova), arts. 59.º e 60.º (admoestação e prestação de trabalho), art. 61.º (liberdade condicional), art. 75.º (dispensa da pena), art. 83.º (pena relativamente indeterminada), etc. E a dinâmica de ressocialização no domínio das penas torna-se especialmente notada no campo da sua execução (art. 2.º DL n.º 265/79, de 1-9) <sup>(229)</sup>.

Por outro lado, da análise particular dalguns preceitos do actual Código em matéria de penas (título III) também se retirarão porventura argumentos nesse sentido. Veja-se o caso do art. 75.º, que parece permitir uma interpretação, junto à sua letra, segundo a

---

<sup>(229)</sup> Sob a condição de a tal não se oporem razões de Prevenção Geral: cfr. art. 75.º, n.º 1.

qual o juiz poderá vir a não aplicar ao agente uma pena se a tal indicarem as exigências preventivo-especiais da sua recuperação, e isto ainda quando exista culpa por parte do agente, embora diminuta. Quer dizer: o preceito parece sugerir que, pelo menos no que toca às penas de prisão de curta duração, o legislador ao vir admitir como possível a não aplicação duma pena, em consideração das exigências de ressocialização, a agentes que praticam um facto com culpa (embora diminuta), terá vindo do mesmo passo — e por maioria de razão — admitir que a pena pudesse ser fixada abaixo do limite mínimo da pena da culpa, por razões de Prevenção Especial<sup>(230)</sup>. Algo de análogo se passa com o art. 61.º, no qual se consagra expressamente a possibilidade de o agente vir apenas a cumprir, nas penas de prisão de meio a 6 anos, metade da pena que lhe foi aplicada, com base num exclusivo juízo de prognose de perigosidade motivado preventivo-especialmente. O que poderá redundar em que, na prática, o quadro de pena adequada à culpa venha novamente a ser desrespeitado por razões de Prevenção Especial (e o mesmo acontecerá para as próprias penas de prisão de larga duração previstas no n.º 2, às quais serve geralmente de fundamento uma culpabilidade especialmente grave). Idênticos raciocínios poderiam ser feitos a propósito da suspensão da execução da pena (art. 48.º), do regime de prova (art. 53.º) e até, segundo alguns, da própria pena relativamente indeterminada (art. 83.º)<sup>(231)</sup>. O próprio citado DL n.º 265/79 parece confortar expressamente tal regime ao dispor que a execução das medidas privativas de liberdade deverão «orientar-se de forma a reintegrar o recluso na sociedade» (art. 2.º, n.º 1), «evitando-se as consequências nocivas da privação da liberdade» (art. 3.º, n.º 1).

---

(230) Alguns autores pretendem ainda obter conforto constitucional desta posição no princípio da protecção e promoção da dignidade humana (cfr., para o art. 1.º da Constituição alemã, BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in: JZ (1964), p. 342, e, para o art. 3.º da Constituição italiana, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, p. 338 e ss.) — tese todavia insustentável dado o carácter amplo e genérico destes conteúdos normativos.

(231) Assim, segundo A. MIRANDA RODRIGUES, o prevalente fim de recuperação social do delinquentes que anima o instituto da pena indeterminada no actual Código Penal permite que «o juiz fixe o limite mínimo da moldura penal abaixo do limite fornecido pela culpa, sem que a sua legitimidade possa ser posta em causa» (*A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*, cit., p. 294).

Além disso, poder-se-ia porventura dizer que em certos casos-limite atrás apontados — em que a aplicação da pena mesmo no limite mínimo da pena da culpa seria demasiadamente gravosa e susceptível de desencadear um efeito dessocializador e incompatível com o fim de Prevenção Especial <sup>(232)</sup> — se teria de admitir que aquele limite mínimo fosse rebaixado, sob pena de se estar afinal a ignorar um fim da pena que a nossa lei impõe que «seja tido em conta» (dalgum modo) <sup>(233)</sup>. E, de todo modo, por uma razão de coerência sistemática, seria um pouco paradoxal que o legislador estivesse disposto a aceitar no domínio das penas detentivas de larga duração aquilo que nos preceitos relativos às de curta duração, à sua conversão em multa ou até dispensa, à suspensão da sua execução, etc., procurou evitar.

Evidentemente, não se esquecem as dificuldades que igualmente se opõem a tal solução. Além de contrariar o princípio jurídico da Culpa, ela debate-se com a inegável insegurança dos juízos de prognose de prevenção especial derivada da inconsistência dos conhecimentos criminológicos neste domínio, e pode mesmo levar, na prática, a situações ainda mais injustas do que aquelas que pretende evitar: assim, por exemplo, um facto a que corresponda um quadro de pena adequada à culpa de 10 a 12 meses, que se haveria de reduzir por motivos de Prevenção Especial para 6 meses, poderia vir a ser, ao fim e ao cabo, por aplicação do art. 43.º, n.º 1, punido com simples pena de multa.

#### 9.4. *O contributo da Parte Especial do Código Penal*

A finalizar, justifica-se ainda de chamar a atenção para o contributo (que para a operatividade do próprio actual sistema legal

---

<sup>(232)</sup> Assim HORSTKOTTE, que nota precisamente a duração da pena privativa de liberdade «poder ter um efeito negativo para a socialização, sobretudo quando se trate de delinquentes perfeitamente integrados a quem interessa manter a vinculação profissional e familiar com o mundo exterior» (*apud* K. ROXIN, *Strafzumessung im Lichte dem Strafzweck*, loc. cit., p. 111); e ainda GALLAS, para quem «o que o agente merece não pode ser comparado com o perigo da sua dessocialização» (*apud* J. SOUSA BRITO, *A medida da pena no novo Código Penal*, cit., p. 28).

<sup>(233)</sup> Isto porque também quanto ao limite máximo vimos que ele não opera.

nas operações de medida judicial da pena se poderá revelar essencial) fornecido pelas disposições da Parte Especial. A razão é evidente. Por um lado, as normas da Parte Geral relativas ao problema em análise, em especial o preceito geral do art. 72.º, n.º 1, não nos fornecendo (ao menos no plano da sua letra) um critério inequívoco de determinação da medida concreta da pena, obriga assim o intérprete a socorrer-se dos princípios mais gerais do Direito Penal e a construir hipóteses de solução e interpretação na base destes — foi justamente o que, dum modo sucinto, até aqui procuramos fazer. Ora, isto dito, e por outro lado, cremos existirem algumas normas na Parte Especial onde poderemos encontrar subsídios interpretativos valiosos para o nosso problema. Não sendo porventura tais normas muito numerosas (a julgar sobretudo pela atenção que lhes foi dada nos trabalhos preparatórios e nas «Actas das Sessões da Comissão Revisora»), referências pertinentes a ele encontramos-as sobretudo nas normas relativas aos «crimes de homicídio qualificado» e «privilegiado» dos arts. 132.º e 133.º (correspondentes aos arts. 138.º e 139.º do Projecto) e do «crime do furto qualificado» do art. 297.º (correspondente ao art. 197.º do Projecto).

Ora é justamente — e para já — a propósito das normas dos arts. 132.º e 133.º que talvez fosse possível o seguinte raciocínio. Como é sabido, na norma geral em matéria de medida da pena do antigo Código (art. 84.º), a correspondência entre a culpa e a pena era claramente afirmada, isto é, a graduação da pena dependia da graduação da culpabilidade do agente. Como também é sabido e se disse, na norma geral nesta mesma matéria do actual Código (art. 72.º), tal correspondência não ficou tão claramente afirmada, muito embora se continue a afirmar que a determinação da pena se fará «em função da culpa». Ora talvez se possa encontrar um valioso auxílio interpretativo nas referidas normas da Parte Especial, que supra a relativa imprecisão da norma geral. De facto, as várias circunstâncias elencadas exemplificativamente no n.º 2 do art. 132.º não possuem um valor penal próprio mas um valor meramente sintomático, não produzem pelo facto da sua simples verificação um efeito agravador da penalidade mas apenas na medida em que revelem uma maior culpabilidade do agente: por outras palavras, a agravação legal das penas não está dependente da pura

subsunção formal das circunstâncias enumeradas, mas antes da maior gravidade da culpa do agente que revelem, nos termos do critério estabelecido no n.º 1. E digamos que o mesmo se passará quanto, já não à agravação, mas à atenuação legal prevista no art. 133.º, que está do mesmo modo dependente da influência que as circunstâncias nele referidas tenham sobre a culpa do agente, agora no sentido de a atenuar. Quer dizer: parece lícito afirmar que o legislador estabeleceu, como fundamento unitário da agravação e atenuação legais das penas e da determinação da medida legal da pena, a própria culpa do agente. Trata-se porventura de um decisivo elemento interpretativo subsidiário para o problema do fundamento da graduação judicial das penas e da determinação da sua medida concreta. Por último, será também curioso sublinhar — agora a propósito doutro crime em especial e da sua qualificação legal: o crime de furto qualificado do art. 297.º — que o correspondente preceito do Projecto (o art. 197.º) previa uma técnica semelhante à prevista para o crime de homicídio qualificado, isto é, fornecendo um critério e um fundamento de agravação legal unitário servido de uma enumeração exemplificativa de circunstâncias que poderão concretizar aquele critério, com uma única mas significativa diferença: esse critério não era constituído pela culpabilidade do agente mas pela danosidade do ilícito e pela perigosidade do agente, no que era justificado pelo autor do Projecto, e nas suas palavras, «por valerem aqui predominantemente razões de prevenção» (233). Ora, como é sabido, tal critério geral não veio a ser definitivamente adoptado, o que creio ser significativo sobre a vontade final do legislador e sobre a solução da nossa questão.

---

(233) «Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal», Parte Especial, cit., p. 119 e 120.