

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

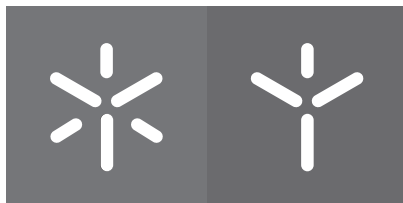
PENA + HUMANA

O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

II CONGRESSO INTERNACIONAL JUSCRIM

JUSGOV JUSCRIM

2024



PENA + HUMANA
O sentido e a aplicação da pena

II CONGRESSO INTERNACIONAL JUSCRIM

JUSGOV JUSCRIM

2024

PENA + HUMANA – O sentido e a aplicação da pena
II Congresso Internacional JusCrim

Coordenação:

Mário Ferreira Monte
Manuel Simas Santos
Flávia Novera Loureiro
Pedro Jacob Morais

Autores:

Manuel Simas Santos
Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Ana Raquel Conceição
Tatiana Severino
M^a Del Mar Carrasco Andrino
Fernando Conde Monteiro
Rui Caria
Luigi Cornacchia
Pedro Jacob Morais
Flávia Novera Loureiro

Editor:

JusGov/JusCrim

Depósito Legal: 537079/24

ISBN: 978-989-35054-2-7

Data: 2024

Índice

Nota Prévia	5
Pena, Juiz, Legislador e Jurisprudência. Alguns problemas.....	7
Manuel Simas Santos	
O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro.....	41
Ana Elisa Liberatore S. Bechara	
A dispensa e a atenuação de pena como prémio investigatório: descontinuidades e aplicação prática	67
Ana Raquel Conceição	
<i>Sentencing</i> : O Concurso de Crimes, A Proporcionalidade e os Direitos Humanos	81
Tatiana Severino	
Victimas del delito y sanción penal.....	89
M^a Del Mar Carrasco Andrino	
A determinação geral da medida da pena. Reflexões em face do Ordenamento Jurídico Português à luz do Ideologismo Crítico.....	111
Fernando Conde Monteiro	
A emoção e a personalidade no sentido da pena: uma abordagem da Justiça Penal à luz da obra de Martha Nussbaum	139
Rui Caria	
El problema de la dimensión afflictiva de la reacción penal al delito	155
Luigi Cornacchia	
A propósito do tempo judicial – Notas atópicas sobre o caso “Christopher Scott”	169
Pedro Jacob Moraes	
“ <i>True Conviction</i> ”: breves reflexões sobre a ausência de sentido das penas de morte e de duração ilimitada.....	173
Flávia Novera Loureiro	

Nota Prévia

Depois de uma primeira edição de sucesso, em 2019, o JusCrim entendeu ser de repetir – e manter – o seu Congresso Internacional anual, que criara já raízes e marcara de modo incontestável a programação e o labor investigativo deste grupo de pesquisa. Muito embora as ondas de choque da pandemia de COVID-19 se fizessem ainda sentir e limitassem, de modo muito significativo, a atividade de investigação e interação, pareceu-nos que o Congresso deveria manter-se, ainda que assumindo um formato necessariamente diferente, de modo a permitir, dentro da normalidade possível a que nos habituámos, a troca de ideias e o debate entre pensadores dos mais variados quadrantes e entornos geográficos.

Assim, durante os dias 9, 11 e 14 de dezembro de 2020, em plataforma digital, o II Congresso Internacional JusCrim ganhou vida, desta vez subordinado ao tema “Pena + Humana: o sentido e a aplicação da pena”. O desdobramento das atividades em três dias distintos, cada um deles correspondente a um Ato (Ato I – Sentido e aplicação da pena; Ato II – Aplicação e execução da pena; Ato III – Penas e medidas de segurança: o sentido e a determinação), permitiu discutir um vasto leque de questões relacionadas com as consequências jurídico-penais e juntar oradores de notável craveira intelectual, que partilharam com o público (ainda mais ávido e participativo em tempos de confinamento) as suas perspetivas e experiências, não apenas a partir de diversas regiões de Portugal, mas também de Espanha, de Itália, do Brasil e dos Estados Unidos da América.

A todos agradecemos, de forma penhorada e sincera, quer a participação no Congresso, quer a extensiva generosidade de contribuírem para esta obra, fornecendo, sempre que isso foi possível, os textos de suporte às respetivas intervenções. Ao publicar este livro pretendemos, por essa razão, homenagear todos aqueles que aceitaram partilhar connosco o seu saber e, simultaneamente, trazer um traço de perenidade ao pensamento que tiveram oportunidade de transmitir. A referida situação pandémica, bem como os constrangimentos – muitas vezes prolongados no tempo – que acabou por gerar ou aprofundar, bem como um conjunto de outros fatores institucionais endógenos, acabaram por apenas agora permitir a publicação desta obra. Pareceu-nos, ainda assim, que a devíamos levar à prensa, dados o interesse e a relevância dos textos que a compõem.

II CONGRESSO INTERNACIONAL JUSCRIM

Uma nota é ainda devida, a este propósito, agora de pendor metodológico. Procurou-se, nas páginas que se seguem, manter tanto quanto possível a ordem das diversas comunicações, de modo a permitir ao leitor acompanhar, ainda que à distância, a estrutura e a cadência do Congresso, bem como a inescapável complementaridade e interligação dos temas abordados. Manteve-se, igualmente, com o mínimo de interferência possível, a opção estética e formal dos autores na apresentação dos seus textos, apenas se procedendo à mínima uniformização possível.

Uma palavra última para o Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), de que o JusCrim faz parte, e para a Escola de Direito da Universidade do Minho, que como sempre acolheram com entusiasmo este II Congresso e apoiaram a realização desta obra. Esperemos que seja útil para o leitor.

A comissão Organizadora,
Mário Ferreira Monte
Manuel Simas Santos
Flávia Novera Loureiro
Pedro Jacob Morais

Pena, juiz, legislador e jurisprudência.

Alguns problemas.

Manuel Simas Santos*

Aplicação da pena e direitos humanos

Com este tema propomo-nos abordar a questão da determinação e aplicação das penas, designadamente de prisão, de um ponto de vista global, tal como o tenho vindo a encarar, faz já bastante tempo.

Procurarei, pois, com as limitações de tempo naturais num evento com estas características, situar a questão do *sentencing*, ao longo do tempo, notando, porém, que a mesma se coloca em termos próximos, noutros países europeus tributários da *civil law*.

O tema, apesar do seu título enquadra-se bem, segundo creio, no tema geral deste II Congresso do JUSCRIM – **Pena + Humana, o sentido e a aplicação da pena**, e apropriando-se do título de um artigo do Professor grego Nestor E. Kourakis¹, poderia mesmo chamar-se **Aplicação das Penas e Direitos Humanos**², dada a abordagem que ensaiarei.

Embora a *imposição* e a *determinação da pena (sentencing)* estejam entre as fases mais importantes do processo penal, pois é então que se determina a natureza e o valor ou duração da pena que será imposta ao condenado e, em particular, o seu julgamento e finalmente a sua prisão para cumprir a sua pena; deve notar-se, em primeiro lugar, que, na prática, esta fase ocupa uma parte muito de todo o processo, por vezes alguns minutos, com pouco ou nenhuma produção de prova testemunhal ou sem exame de outro material probatório, salvo ocasionalmente o relatório social³,

* Investigado integrado do JUSCRIM.

1 Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Atenas e Professor Emérito de Criminologia e Penologia da Universidade de Nicósia.

2 Primeira publicação no volume de homenagem a M^{me} Arma Psarouda-Benaki, professora. Uma primeira versão deste estudo foi apresentada e discutida em 20 de Novembro de 2006 no curso internacional de criminologia organizado em Atenas pela Sociedade Internacional de Criminologia, a Fundação Marangopoulos para os direitos do homem e a Sociedade Helénica de Criminologia.

3 CPP, Art.º 1.º, al. g) «Relatório social» a informação sobre a inserção familiar e sócio-profissional do arguido e, eventualmente, da vítima, elaborada por serviços de reinserção social, com o objectivo de auxiliar o tribunal ou o juiz no conhecimento da personalidade do arguido, para os efeitos e nos casos previstos nesta lei. Pode ser ordenado (n.º 4 do art. 213.º do CPP) a fim de fundamentar as decisões sobre a manutenção, substituição ou revogação da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação. A acusação do M.º P.º deve

e sem fundamentar plenamente as decisões do tribunal sobre a pena, com referência aos factos. Com efeito, com uma grande frequência é apresentada a fundamentação de facto, feito um discurso sobre os fins das penas, citada a lei ou doutrina sobre os critérios legais de determinação da pena, sem uma ancoragem nos factos do caso e apontado um número correspondente à pena aplicada, sem que verdadeiramente se compreenda, como surge a mesma.

O que contribui para uma grande heterogeneidade das decisões proferidas pelos tribunais criminais, variando de acordo com a mentalidade e a personalidade do juiz e, sobretudo, de acordo com a ideia que ele tem da finalidade e da eficácia da sentença⁴.

Mas, desta forma, são violados, numa área crucial, os direitos dos arguidos, uma vez que são violados princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da igualdade, da equidade do processo, mas também da segurança jurídica, ou seja, a possibilidade de todos saberem com relativa exactidão e antecipação as prováveis consequências de seus actos puníveis.

conter sob pena de nulidade (art. 283.º do CPP, n.º 3, al. g) a indicação do relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, quando o arguido seja menor, salvo quando não se mostre ainda junto e seja prescindível em função do superior interesse do menor. É fundamento de adiamento de audiência de julgamento, nos termos da al. d) n.º 3 do art. 328.º do CPP, se for necessário proceder à elaboração de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, nos termos do n.º 1 do artigo 370.º. Na determinação da sanção, o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social (n.º 1 do art. 369.º). O tribunal pode em qualquer altura do julgamento, se o considerar necessário à correcta determinação da sanção que eventualmente possa vir a ser aplicada, solicitar a elaboração de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, ou a respectiva actualização quando aqueles já constarem do processo, o que é em princípio obrigatório para o arguido menor (n.ºs 1 e 2 do art. 370.º).

4 Como refere Nestor Kourakis, no texto identificado, que cita igualmente sobre as razões mais específicas desta disparidade, segundo as conclusões das pesquisas científicas levadas a cabo nos últimos anos, nomeadamente Iak Farsedakis, «La prise de décisions dans le procès pénal et les droits de l'homme. L'On'égalité face à la loi pénale», em Agl. Tsitsoura (dir.), **Politique anlicriminelle et droits de l'homme*, ed. A. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini 1997, p. 135-146. Também tem interesse o estudo de Fr. Streng, *Strajzumessung und relative Gerechtigkeit*, éd. Decker, Hcidelberg 1984, p. 277, que, tendo submetido a juizes questionários apresentando casos imaginários que pareciam do ponto de vista da aplicação das penas levar à conclusão de que a disparidade nas respostas se devia, antes de tudo, às prioridades concedidas pelas pessoas interrogadas aos fins das penas. Ver também W. Heinz, «Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung», em Jörg-Martin Jehle (dir.), *Individualpraventiem und Strajzumessimg*, Kriminologische Zentralsielle, Wiesbaden 1992, p. 85-149, e sobretudo p. 117. Encontram-se conclusões análogas na investigação conduzida por Kelvin Clancy, John Bartolomeo, David Richardson e Charles Wellford, cujos resultados foram publicados na revista americana *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 72 (1981), p. 524-554 (título do estudo: «Sentence Décision making: The Logic of Sentence Décisions and the Exienl of Sources of Sentence Disparity»).

Culpabilidade e determinação da pena

Para lidar com este problema, tem sido proposta⁵, do ponto de vista da política criminal, a consagração directa no Código de Processo Penal da aplicação de uma pena como uma fase distinta do processo penal, após a decisão de reconhecimento da culpa do autor do acto, de modo que resulte já da acta desta parte do julgamento uma primeira conclusão tendo em vista a decisão do tribunal sobre a natureza e o montante da pena aplicada.

Tal já acontece no nosso sistema processual, designadamente nos art.ºs 369.º a 371.º do CPP, criando um ténue sistema de *césure* no sistema processual penal, que destaca a questão da determinação da sanção aplicável da questão da determinação da culpabilidade do agente.

Estabelecida esta, o tribunal pondera a necessidade de produção de prova suplementar para determinação da espécie e da medida da sanção a aplicar (art. 369.º, n.ºs 2), caso em que é reaberta a audiência e se procede à produção da prova necessária, ouvindo, sempre que possível, o perito criminológico, o técnico de reinserção social e quaisquer pessoas que possam depor com relevo sobre a personalidade e as condições de vida do arguido, úteis à decisão e lido, a requerimento, o relatório social (art. 370.º, n.º 4). São produzidas alegações, e tomada a decisão quanto à pena a aplicar (art. 371.º).

Mas a percepção é a de que este sistema de tímida *césure*, se bem que ocasionalmente afirmada, como se pode ver no Acórdão do STJ de 18-12-2008,⁶ por mim relatado, não se mostra suficientemente interiorizado e capaz de obstar às deficiências que visava colmatar. Raras vezes terá sido feito uso do mecanismo da reabertura da audiência para a determinação da sanção, ou terá sido exercido o contraditório efectivo sobre o relatório social, quando exista, ou ouvido o criminólogo ou técnico em reinserção social.

⁵ Ver, por todos, o Prof. Nestor Kourakis, no citado artigo.

⁶ Proc.º n.º 08P2816, com o seguinte sumário: «5. No sistema de *césure* ténue de que é tributário o nosso sistema processual penal, a questão da determinação da sanção aplicável é destacada da questão da determinação da culpabilidade do agente. Por outro lado, o n.º 2 do art. 71.º do C. Penal manda atender também, na determinação da medida da pena, às condições pessoais do agente e a sua situação económica [d]), á sua conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime [e]) e á falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena [f]). 6. Só estando apurado que o arguido, julgado na ausência, não tem antecedentes criminais, nada mais se sabendo, designadamente quanto às condições pessoais do agente e a sua situação económica, á sua conduta posterior ao facto (a qual não pode ser deduzido da sua não comunicação de mudança de residência e falta de cumprimento ou incumprimento inadequado do dever de apresentação) e á falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena, impõe a elaboração e consideração de um relatório social, pelo que deve ser reaberta a audiência nos termos do art. 371.º do CPP.», que revogou o acórdão recorrido.

Mostra-se, pois, necessário investigar se a percepção que se adiantou, como hipótese, é verdadeira e a ser assim, quais as razões e quais as formas de intervir, para este expediente essencial para a individualização adequada, justa e proporcional da pena, reclamada também pelos direitos humanos, se concretize devidamente.

1.2. O legislador penal e as molduras penais abstractas

Mas creio ter identificado, faz muito tempo, um outro problema, aliás, comum a outros países europeus, que, prendendo-se com a qualidade do legislador penal, importa enfrentar.

Com efeito, já o Prof. Canotilho nos alertava, na sua *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal*⁷ para as deficiências da ciência da normação ou regulação jurídica, a mudança do paradigma da regulação jurídica, e a necessidade de uma *teoria especial da legislação penal*⁸ e um primeiro esboço, que prometia continuação. Tema a que recentemente voltou Paulo Ferreira da Cunha em o *Legislador Penal*,⁹ abordando as dificuldades e insuficiências do legislador penal.

E o certo que, nessas limitações se tem situado a incapacidade ou relutância manifestadas pelo legislador penal em revisitar os diplomas penais, designadamente o Código Penal, na reavaliação das soluções adoptadas, à luz dos resultados alcançados, das críticas formuladas, como manda a legística.

Por mim desde 1986, venho chamando a atenção para o problema de que agora me ocupo, o qual já foi chamado do *quadro institucional da legislação*¹⁰ sobre o qual repousa o procedimento da determinação da pena.

Ao abordar esta questão noutra oportunidade¹¹, falando da amplitude das molduras penais, foi referido que, para uma compreensão englobante do problema da disparidade das penas é necessário notar que o mesmo decorre não apenas da complexidade de determinação da medida da pena concreta em si, mas é influenciado desde logo pela construção das molduras abstractas dentro das quais a medida concreta da pena é definida.

⁷ Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, BFDUC, p. 827 e segs.

⁸ A e ob. cit., p. 845.

⁹ Em *Crimes & Penas*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 67.

¹⁰ Nestor E. Kourakis, ob. cit., p. 32.

¹¹ “O Estado da Doutrina das Consequências Jurídicas em Portugal”, com Pedro Freitas, em *A Coerência na aplicação das Penas*, Lisboa Rei dos Livros, 2018, que, com a devida vénia, será seguido de perto neste ponto.

É, portanto, um nó problemático complexo que exige um estudo sério e aprofundado da atuação do legislador na sua função complementar de definição dos limites mínimos e máximos abstractos das penas, nomeadamente no sentido de se saber em que medida acolhe os princípios constitucionais justiça, da proporcionalidade, adequação e necessidade ou contribui para a disparidade e incoerência na aplicação das penas.

É necessário, pois, olhar para a figura do legislador, tentado perceber se afinal a sua atuação estará completamente isenta de críticas neste domínio. Quanto a isto torna-se imprescindível, em primeiro lugar, chamar à colação Autores como Gomes Canotilho, Vital Moreira e Figueiredo Dias que chamam a atenção para o princípio da proibição de molduras abstratas de penas demasiado amplas^{12 13}. Embora, como denota Figueiredo Dias, a exigência jurídico-constitucional de legalidade e determinação da pena se satisfaça com a previsão legislativa de mínimos e máximos legais da pena que corresponde a certo comportamento¹⁴, haverá sempre um limite decorrente do princípio da proporcionalidade da pena à amplitude da moldura abstrata.

A propósito do princípio da proibição de molduras demasiado amplas há que dizer que para Figueiredo Dias uma pena de prisão com uma moldura abstrata entre 1 mês e 20 anos constitui um exemplo de uma moldura demasiado ampla. É incontroverso, cremos, que uma moldura desta amplitude violaria frontalmente os princípios constitucionais que norteiam esta matéria. Um tal exemplo é apodítico mais não seja porque corresponde exatamente ao artigo 41.º, n.º 1, onde se definem os limites gerais mínimos e máximos da pena de prisão. Lembremos, como exemplo, que o Prof. Nestor Kourakis, considera, para o direito grego, que a moldura penal do furto simples (art. 372 §1º, do C. Penal), prisão de 3 meses a 5 anos; a de um furto de um objecto particularmente valioso: 2 a 5 anos; a de um furto qualificado (art. 374 C. Penal – p. ex., uma mala em um comboio), de 5 a 10 anos, são demasiado amplas.

A questão de saber a amplitude a partir da qual se põe em crise o princípio da tipicidade, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, ou o princípio da proporcionalidade da pena é *res* que continua por determinar na doutrina, tarefa que é importante enfrentar. Qualquer moldura menos ampla do que aquela que consta do artigo 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o

12 Canotilho e Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 495 e 501–3, interpretam o princípio da tipicidade no sentido de dele extrair a exigência jurídico-constitucional de determinação legal do tipo de pena cabida a cada crime e, concomitantemente, a proibição de penas indefinidas ou de moldura “tão ampla que em tal redunde”.

13 Jorge F. Dias, *Direito Penal* II, Coimbra, 193.

14 Jorge F. Dias, *Direito Penal* II, Coimbra, 193.

princípio da proporcionalidade? Se assim for, poderemos dizer que as molduras abstratas previstas no nosso Código Penal cumprem, por um lado, o princípio da proporcionalidade e promovem, por outro, consistência e coerência na determinação da medida da pena? A resposta não é simples e imediata.

É evidente que as molduras penais em que o julgador se move na tarefa de determinação das penas concretas devem desempenhar um papel importante na promoção da coerência na determinação da pena. Mas como e em que medida?

O legislador do DL n.º 48/95 ¹⁵ escreveu no Preâmbulo que «[n]a verdade, mais do que a moldura penal abstratamente cominada na lei, é a *concretização da sanção* que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, *funcionando, assim, como referência para a comunidade*» (*itálico acrescentado*). *Mas tal supõe que as referidas molduras devem constituir um sólido ponto de partida para a determinação da sanção.*

Mas também penso, desde sempre, que um elevado número de molduras penas, que está por provar que sejam necessárias, ou sequer úteis, é uma *dificuldade*.

No domínio do texto de 1982 as molduras penais, considerando somente a pena de prisão, previstas no Código eram, excluindo as que resultariam da atenuação especial e da reincidência, em número de 49, como foi ilustrado a págs. 254-256 de *O Código Penal de 1982*¹⁶. Esse número baixou no texto de 1995, mas de forma pouco sensível, passando então a 43, como se indicou na 3.ª edição do Código Penal¹⁷.

Mas subiu significativamente no texto atual, para 62.¹⁸

15 De 15 de Março.

16 De Simas Santos e Leal-Henriques, Rei dos Livros, Lisboa, 4 volumes, 1986-7.

17 A p. 582-585. Cfr Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, Lisboa, nas diversas edições, em anotação ao art. 41.º 1.ª edição, p. 254-256, 2.ª edição, p. 389-393 e 3.ª edição, p. 582 a 585.

18

30 dias a 3 meses	60 dias a 6 anos	2 a 12 anos
30 dias a 6 meses	6 meses a 3 anos	2 anos e 6 meses a 12 anos e 6 meses
30 dias a 1 ano	6 meses a 4 anos	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
30 dias a 2 anos	6 meses a 5 anos	3 a 10 anos
30 dias a 3 anos	6 meses a 8 anos	3 a 12 anos
30 dias a 4 anos	8 meses a 3 anos e 9 meses	3 a 15 anos
30 dias a 5 anos	8 meses a 4 anos	3 anos e 9 meses a 15 anos
37 dias a 3 anos e 9 meses	8 meses a 5 anos e 4 meses	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENAS

Escreve-se, então, nessa obra:

«Esta representação permite constatar, para além do grande número de molduras, a existência de assimetrias e a circunstância de algumas das medidas serem bastante mais amplas do que seria de esperar da sua localização no gráfico.

Teria interesse analisar as molduras penais não só do ponto de vista da diferença entre o mínimo e máximo, mas também do ponto de vista da relação entre o máximo e mínimo (na música e no ruído, v.g., aquilo que apercebemos iguais não são diferenças, mas relações – ex: subir de 10 para 20 equivale a subir de 20 para 40). Por exemplo, numa moldura penal de 30 dias a 5 anos de prisão, essa relação é de 60, enquanto a diferença entre o máximo e o mínimo é de 4 anos e 11 meses e numa moldura de 1 a 10 anos de prisão a relação é de 10 enquanto a diferença é de 9, consentindo a primeira moldura maior disparidade na aplicação concreta das penas do que esta última, não obstante a diferença ser nesta maior.

Seria também interessante fazer estudos quantitativos, quer no âmbito da reforma penal, quer no âmbito da investigação, sobre a frequência de ocorrência das molduras, a frequência de ocorrência prática dos respectivos crimes e a distribuição das penas concretas dentro de cada moldura.

37 dias a 5 anos	6 meses a 6 anos e 3 meses	4 anos a 13 anos e 4 meses
40 dias a 4 meses	8 meses a 6 anos e 8 meses	4 a 16 anos
40 dias a 8 meses	8 meses a 10 anos e 8 meses	4 anos e 6 meses a 15 anos
40 dias a 1 ano e 4 meses	9 meses a 7 anos e 6 meses	5 a 15 anos
40 dias a 2 anos e 8 meses	9 meses a 12 anos	6 anos e 8 meses a 20 anos
40 dias a 4 anos	1 a 5 anos	8 a 16 anos
40 dias a 6 anos e 8 meses	1 a 8 anos	10 a 20 anos
40 dias a 5 anos e 4 meses	1 ano e 3 meses a 6 anos	10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses
45 dias a 1 ano e 6 meses	1 ano e 3 meses a 10 anos	12 a 25 anos
45 dias a 3 anos	1 ano e 4 meses a 6 anos e 8 meses	
45 dias a 4 anos e 6 meses	1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses	
60 dias a 6 meses	1 ano e 6 meses a 12 anos	
60 dias a 1 ano	2 a 5 anos	
60 dias a 2 anos	2 a 8 anos	
60 dias a 3 anos	2 a 10 anos	

Seria finalmente interessante verificar se a ponderação do resultado do Projecto de Revisão, em termos de número de molduras penais e respectivas amplitudes, teria conduzido ao seu repensar.» Na verdade, esta atomização e multiplicação de molduras penais, agora agravada, não partiu de considerações éticas explicitadas e claras quanto ao valor dos respetivos bens jurídicos numa inter-relação que apoie e esclareça os magistrados, dificultando que eles criem, neste domínio, um quadro referencial pessoal a partir da sua prática, e é muito vulnerável à modificação pontual dessas mesmas molduras, normalmente ao agravamento, numa legislação à flor da pele e das derivas securitárias^{19, 20}.

Quadro que se agrava se se considerarem as molduras penais que incluem a pena de multa e os casos de atenuação especial previstos na Parte Especial do Código Penal, multiplicando-se então o número de molduras penais já referidas e identificadas, bem como as dificuldades enunciadas²¹.

Sublinhe-se o excessivo número, a dispersão das molduras acaba por dificultar:

- A perceção da hierarquia de valores protegidos pela lei penal, e da inter-relação dos mesmos, que, interiorizada, contribuiria para uma individualização mais justa e mais igualitária da pena, com respeito pelo valor relativo daqueles valores fundamentais;
- A criação de referenciais gerais e para cada um dos juízes.

A significativa amplitude de grande parte dessas molduras contribuiu também para aumentar a possibilidade de ocorrência de *disparidades injustificadas nas penas* pronunciadas pelos tribunais, como venho defendendo^{22, 23}.

19 *Código Penal Anotado*, 4.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, I volume. 2014, p. 632-639.

20 Veja-se, no entanto, numa óptica bem diversa, a bem elaborada e documentada análise de Narciso da Cunha Rodrigues, membro de uma Comissão de Revisão do Código, «Os Crimes Patrimoniais e Económicos no Código Penal Português», Coimbra, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, 1993, p. 515-540.

21 Podem ver-se as diversas tabelas apresentadas em notas prévias nos volumes da Parte Especial do mencionado Código Penal: volumes III, 2016 e IV, 2019.

22 *Código Penal*, 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, Vol. I, p. 389-393. No mesmo sentido, *Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2002, Vol. I, 582-586 e *Código Penal*, 4.ª ed., Lisboa: 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014, 632- 639. No mesmo sentido, Pedro Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p 19.

23 De notar que, como referem esses AA «O princípio da legalidade, a que já nos referimos, impede uma excessiva amplitude nessa moldura penal abstracta, sob pena de ser desrespeitado o comando *nulla poena sine lege*. E o princípio da proibição do excesso (art. 18.º da Constituição) impõe que essa moldura penal seja proporcional ao valor do bem jurídico protegido pela norma incriminadora e à gravidade da conduta tipificada.» – *Noções de Direito Penal*, 5.ª ed., 2016, Lisboa: Rei dos Livros, atualizada por Manuel Simas-Santos e João Simas Santos.

As dificuldades agravam-se quando se ponderam os resultados concretos, quer em termos de resultados dos critérios usados na construção das molduras bases, em termos das atenuações e agravações determinadas na Parte Especial, pois somos surpreendidos, v.g. por:

- molduras penais de uma amplitude tal que põem em crise o princípio da legalidade;
- tipos legais de diversas gravidades, previstos no mesmo artigo, punidos com a mesma moldura penal, com lesão do princípio da proporcionalidade;
- atribuição de diversos valores à proporcionalidade entre a pena de multa e a pena de prisão, ao longo da Parte Especial, sem explicação explícita;
- agravação ou atenuação de molduras por dupla remissão para normas diversas, dificultando a compreensão da verdadeira moldura pena aplicável à conduta em causa;
- adopção de frações de agravação dificilmente divisíveis por 12, que geram restos de meios dias.

Os exemplos e incredulidades são muitas, mas é matéria que, pela dimensão e complexidade, exigiria(á) uma análise minuciosa do tecido legislativo penal português, o que não constitui objecto desta intervenção, que mais não serve do que suscitar alguns questionamentos.

Apesar disso, aqui ficam alguns exemplos, seguindo de perto o que escrevi noutra oportunidade²⁴.

Já nos questionamos se qualquer moldura menos ampla do que a que consta do art. 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o princípio da proporcionalidade e legalidade.

Consideremos a prática de acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, com aproveitamento do seu estado ou incapacidade, do qual resulte gravidez, a qual é punida com prisão de 9 meses a 12 anos (art.º 165.º, n.º 1 e 177.º, n.º 5 do C. Penal). Pondo de lado a questão de saber se 9 meses será, em algum caso, pena adequada para um comportamento desta gravidade (respeito pelo princípio da proporcionalidade?), nota-se que se está perante um crime que prevê como sanção uma pena de prisão que permite a aplicação de uma pena de longa duração (superior a 5 anos) ou de curta duração (inferior a um ano), cobrindo desse modo todo o espectro dos graus da pena de prisão. Não nos *devemos* perguntar se será admissível a configuração de uma moldura abstracta tão ampla que permita, **ou** a aplicação de penas de substituição como a de multa (art.º 45.º), **ou** a imposição de uma pena de prisão efetiva de 12 anos, afastando-se terminantemente qualquer hipótese de suspensão da execução da pena de prisão (art.º 50.º) por ultrapassar em mais do dobro o limite máximo de prisão que o permite?

24 Com Pedro Freitas, “O estado da doutrina das Consequências jurídicas em Portugal”, em *A Coerência na Aplicação das Penas*, Lisboa: Rei dos Livros, 2018, p. 27-29.

E que dizer da amplitude das molduras de 6 meses a 8 anos (art.º 165.º, n.º 1), de 3 a 15 anos [al. a), do n.º 3 do art.º 223.º], ou de 9 meses a 12 anos art.ºs 165.º, n.º 1 e 177.º, n.º 4?

Noutra perspectiva, não se justificariam molduras abstractas distintas, por se tratar de comportamentos de gravidade diversa, no caso da previsão e estatuição do art. 152.º, n.º 2, al. a)? O legislador português prevê a mesma moldura abstracta de 2 a 5 anos para o crime de violência doméstica praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima, quando parece, no mínimo, criticável que se tenha definido exactamente a mesma moldura abstracta para as hipóteses em que a violência doméstica tenha ocorrido no domicílio comum e aqueles casos em que a vítima do crime é menor de idade. Independentemente da inevitável individualização da pena. No caso concreto, na “calibragem” das molduras abstractas, o que está em causa, a montante, é a visão político-criminal e jurídico-penal do legislador e que imporiam, no caso, de que se estaria perante condutas que à partida, e em termos abstractos, se situam na mesma dimensão de gravidade, o que parece não acontecer.

Se partirmos os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime, são também discutíveis, algumas opções legislativas em matéria de determinação de molduras abstractas. Quando define molduras abstractas, o legislador também está a hierarquizar os diversos bens jurídico-penais. Ou seja, quanto maior a gravidade da moldura abstrata da sanção aplicável à lesão ou colocação em perigo de certo bem jurídico-penal maior será, em regra, a sua importância no quadro de valores jurídico-constitucionais. Por exemplo, é apodítico, para muitos Autores, afirmar-se que os bens jurídicos integridade física ou liberdade pessoa são de hierarquia superior a bens jurídicos puramente patrimoniais.²⁵ No entanto, esta conclusão aparentemente simples choca contra a realidade jurídico-sancionatória do nosso Código Penal²⁶.

Senão vejamos: António, recorrendo a chaves falsas, entra na casa de João e levando consigo um relógio de 150 euros, cometendo o crime de furto qualificado dos art.ºs 204.º, n.º 2, al. e) e 202.º, al. f), punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Mas, se o António, constringesse outra pessoa a praticar consigo cópula, coito anal ou coito oral seria punido com uma pena de prisão de 1 a 6 anos (art.º 164.º, n.º 2), portanto inferior a qualquer uma de 2 a 8 anos, prevista no art. 204.º.

²⁵ Por todos, Jorge F. Dias, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.a ed., 2.ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 447. Embora este Autor reconheça que “através das molduras penais aplicáveis – sobretudo num CP como o nosso –, esta conclusão não seja absolutamente segura, tornando-se necessário apelar para o critério complementar, que claramente penetra a ordem axiológica constitucional e a correspondente ordem legal dos bens jurídicos, da prevalência de princípio dos bens jurídicos pessoais sobre os patrimoniais”, no fundo dando razão ao que temos vindo a afirmar.

²⁶ Reflexão que beneficiou do contributo da Prof. Doutora Conceição Cunha, a quem se agradece.

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

Como se seja bastante esta diferença de molduras abstractas que nos poderá gerar a nossa perplexidade, não se pode que se à violação for aplicado ao pena no limite mínimo, ela poderá, em abstracto, ser substituída por pena de multa (art.º 45.º), o que não poderia acontecer no caso do furto. Também na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos) se encontram exemplos interessantes, como notou o Prof. Pedro Freitas em intervenção recente²⁷.

Ainda muito recentemente, o legislador penal, na Lei n.º 39/2020, de 18 de Agosto, alterou o art.º 387.º do Código Penal, aditado pela Lei n.º 69/2014, de 29 de Agosto²⁸, passando:

– a punir a morte dolosa do animal de companhia (n.º 1) e os maus tratos de animal de companhia agravados pelo resultado morte ou a afectação grave e permanente da sua capacidade de locomoção (n.º 4) *na mesma moldura penal* de 6 meses a 2 anos de prisão, ou multa de 60 a 240 dias (n.º 1)!

– a impor o *mesmo limite mínimo* de punição (diverso do limite mínimo da lei) aos maus tratos e à morte dolosa do animal de companhia: 6 meses de prisão ou a multa de 60 dias!

– a punir os maus tratos a animal de companhia, ou seja, infligir-lhe dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos, com pena de prisão de 6 meses a 1 ano ou com pena de multa de 60 a 120 dias (n.º 3), enquanto que a ofensa do corpo ou a saúde uma pessoa é punida com

27 *Penas, efeitos das penas e responsabilidade civil emergente*, Porto, 7-10-2020. Cfr., v.g., as penas principais aí consagradas designadamente as realçadas:

prisão 30 dias a 1 ano	prisão 3 meses a 1 ano	prisão 1 a 5 anos	prisão 10 a 15 anos
prisão 30 dias a 2 anos	prisão 1 a 2 anos	prisão 2 a 5 anos	
prisão 30 dias a 3anos	prisão 1 a 3 anos	prisão 2 a 8 anos	
prisão 30 dias a 5 anos	prisão 1 a 4 anos	prisão 5 a 15 anos	

Encontramos também penas de multa de 10 a 150 dias, 10 a 240 dias, 10 a 360 dias e **10 a 600 dias**, e na pena de prisão e pena de multa, prisão de 1 mês até 18 meses e multa até 50 dias e prisão de 1 mês a 3 anos e multa de 20 a 50 dias (?).

28 Passando a punir: (i) – A morte de animal de companhia com a pena de prisão de 6 meses a 2 anos ou com pena de multa de 60 a 240 dias (n.º 1); ou (ii) – Se produzida a morte em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, com a pena de prisão de 6 meses a 2 anos e 8 meses ou com pena de multa de 60 a 320 dias (n.º 2); (iii) – A dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos infligidos a um animal de companhia são punidos com pena de prisão de 6 meses a 1 ano ou com pena de multa de 60 a 120 dias (n.º 3). (iv) – A morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afectação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, em resultado de maus tratos físicos a animal de companhia, com pena de prisão de 6 meses a 2 anos ou com pena de multa de 60 a 240 dias (n.º 4).

pena de prisão de 30 dias a 3 anos ou multa de 10 a 360 dias (art.ºs 143.º, n.º 1, 41.º, n.º 1 e 47.º, n.º 1). Isto é, sendo ofendidos os animais de companhia o limite mínimo da moldura penal sancionatória é 6 vezes mais elevada do que tratando-se de seres humanos...

O que tudo, a meu ver, não faz qualquer sentido e não respeita o princípio da proporcionalidade, sendo um *exemplo marcante de actuação do legislador penal* que começamos por criticar.

Por outro lado, há no Código de Processo Penal, referência normativas, directas ou indirectas, a bagatelas penais, pequena criminalidade, criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta, em que só são tomadas em conta os limites máximos das molduras penais²⁹, como se o legislador tivesse dificuldades de integrar o papel desempenhado pelos limites mínimos das mesmas molduras, em termos de política criminal, o que, a meu ver, já se intui com clareza da parte especial do Código Penal a partir do conjunto das molduras penais adoptadas e da forma de agravação desses limites mínimos, que é, segundo cremos, difícil de compreender, em termos de política criminal.

Mas, depois, também não é estabelecida uma clara relação de hierarquia de molduras penais, designadamente, a nível de um harmoniosa e expectável desenvolvimento dos limites mínimos e máximos das molduras penais previstas nos diplomas que estabelecem sanções penais, como é o caso do Código Penal, na sua Parte Especial, mas diversa legislação avulsa.

Importaria estabelecer compreender e realçar o papel dos limites mínimos das molduras penais, das relações entre os limites, da harmonização a implementar depois, a bem de uma maior coerência na aplicação das penas, através de uma correcção das assimetrias e falta de proporcionalidade que se encontra nas molduras penais actualmente oferecidas ao julgador.

29 P. ex., na al. j) do art. 1.º caracteriza a “criminalidade violenta” associando-a à punição com pena cujo máximo é > a 5 anos e na al. l) a “criminalidade especialmente violenta” à punição com pena cujo máximo é > a 8 anos; no n.º 2 do art. 13.º refere-se à pena de máximo > a 8 anos de prisão como factor de atribuição de competência ao tribunal de júri; na al. b) do n.º 2 do art. 13.º à pena com o máximo > a 5 anos como factor de atribuição de competência ao tribunal colectivo e na al. b) do n.º 2 do art. 16.º à pena com o máximo < a 5 anos como factor de atribuição de competência ao tribunal singular. Nas medidas de coacção: quanto à obrigação de apresentação periódica, ela pode ter lugar do caso da pena tem um máximo > a 6 meses (n.º 1 do art. 198.º), na suspensão de exercício de profissão, função de actividades e de direitos, quando pena tem um máximo > a 2 anos (n.º 1 do art. 199.º), proibição e imposição de condutas, quando a pena tem um máximo > a 3 anos (n.º 1 do art. 200.º), obrigação de permanência na habitação, quando a pena tem um máximo > a 3 anos (n.º 1 do art. 201.º) e prisão preventiva, quando a pena tem um máximo > a 5 anos (al. a) do n.º 1 do art. 202.º). Prorrogação dos prazos de prisão preventiva, máximo > a 8 anos – n.º 2 do art. 215.º, suspensão provisória do processo, prisão não > a 5 anos – n.º 1 do art. 281.º; processo sumário e abreviado, prisão não > a 5 anos – n.º 1 do art. 381.º e n.º 1 do art. 392.º; recurso, prisão > a 5 anos – al. d), prisão não > a 5 anos – al. e), não > a 8 anos – al. f), todas do n.º 1 do art. 400.º.

1.3. Factores a atender e critérios da determinação da pena

Na divisão de tarefas entre o julgador e o legislador, em que se traduz a aplicação das penas, cabe também ao legislador indicar *os factores* a atender *e os critérios* que aquele deve respeitar *na individualização judicial da pena*.

Para além de poder estar em causa, e no nosso caso também está, o detalhe e especificação suficiente de tais factores e critérios, não auxilia particularmente o juiz, na tomada de decisão, o saber que a gravidade do facto e a personalidade do culpado devem ser atendidos, se esses critérios são citados de forma geral ou indefinida, sem qualquer *hierarquia, método* ou *técnica* que permita eliminar as contradições que contêm, como por exemplo acontece no direito grego, quando um crime grave (gravidade de facto) é cometido por um agressor ocasional (personalidade do criminoso)³⁰, ou, de forma próxima, na Itália³¹, e na França, quando em vez da gravidade, estão em causa as “circunstâncias do crime”³².

Por outro lado, existe também uma certa obscuridade quanto ao conteúdo dos factores que são muito abertos, como se vê da enumeração do n.º 2 do art. 71.º: «na determinação concreta da pena atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele» sem que diversamente do sucedia no direito anterior existisse qualquer *check list*.

E não há qualquer indicação ou sugestão de qualquer *hierarquia, método* ou *técnica* que além do mais, ilumine a operação de determinação da medida da pena.

Com enorme frequência, o juiz produz um discurso teórico sobre a determinação da pena, citando a lei e a doutrina, refere vagamente a gravidade da conduta e da culpa, sem ancorar essas afirmações nos factos concretos e depois aponta um número, o que não se traduz numa verdadeira individualização ou personalização da pena, humanizando-a, e não satisfaz obviamente o preceito constitucional da fundamentação (art. 205.º CRP) e legal (art. 71.º, n.º 3 do C. Penal).

30 Nestor Kourakis, ob. cit. p. 33 e outros exemplos ali citados e que aqui serão retomados de seguida.

31 Cfr. art.ºs 132.º e 133.º do C. Penal (ver, no entanto, o acórdão n.º 364/1988 do Tribunal Constitucional italiano)

32 Cfr. Art. 132-24 do C. Penal. Neste momento o Código Penal francês já não fala em individualização mas em personalização da pena. Sobre o sentido e funcionamento deste princípio, pode ver-se Cécile Barberger, «Personalização e/ou igualdade na privação da liberdade na privação da liberdade», na *Revue de Science criminelle*, 1984, p. 19-46; Th. Papatheódorou, «A personalização das penas no novo Código Penal francês», *Revue de Science criminelle*, 1997, p. 15- 28, bem como Isabelle Dréan-Rivette, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*. LHarmattan, Paris, 2005, sobretudo p. 19 e segs., onde se precisa que através da «personalização», se procura adaptar a pena à especificidade que apresenta o delinquente julgado.

1.4. Pontos de partida

Aquando do processo legislativo que conduziu à aprovação do código Penal de 1982, procurando contribuir para a aplicação de penas mais equilibradas num Código que rompia com o Código anterior, o Prof. Eduardo Correia³³ sugeriu que o julgador partisse do ponto médio da moldura penal aplicável, dadas as novas molduras muito mais suaves agora consagradas, com consciência da sua posição, em rompimento, aliás, com posição anteriormente assumida³⁴. Posição que acompanhamos³⁵, bem como Victor Sá Pereira, de forma explicada³⁶, tendo-se não desenvolvido uma corrente jurisprudencial no Supremo Tribunal de Justiça, favorável a essa posição, que se revê no *Ac. de 87/11/11, BMJ 371-226*, jurisprudência que foi evoluindo em sentido diverso, mas que continuou a reconhecer o interesse que a *média* pode desempenhar no contexto dos mandamentos do art. 71.º do C. Penal³⁷.

Como já referi noutro lugar³⁸, assim, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no seu *Ac. de 88-02-24, BMJ 374-229* que «embora a média entre os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta possa constituir um ponto de referência com algum interesse para a actividade intelectual desenvolvida pelo julgador para encontrar a sanção adequada, aquela média não pode arvorar-se em critério orientador da determinação da medida concreta da pena»³⁹. Aquela jurisprudência foi severamente condenada pelo Prof. Figueiredo Dias (*As Consequências Jurídicas do Crime*, 210-211) considerando que o juiz apenas deve «determinar o *quantum* exacto de pena em função da culpa e da prevenção e dos elementos para elas

33 BMJ 371-226

34 *Direito Criminal*, II, com a Colaboração de Figueiredo Dias, Coimbra, 1961, p. 210-211.

35 *Código Penal de 1982*, 1.ª ed., vol. I, Lisboa, 1986, p. 378.

36 Código Penal, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, anotação ao art. 72.º (hoje 71.º): ““a definição da média não prescinde da actuação das normas de determinação da pena concreta e significa apenas que os casos menos graves hão-de ser punidos do mínimo para o meio e os casos mais graves do meio para o máximo assumindo-se como basilar garantia da proporcionalidade e atenuando até a margem de arbítrio em nome do favor rei.”

37 Questões em aberto serão as de saber se devem existir vários ou só um ponto de partida, neste último caso deve ser o ponto médio e este se traduz matematicamente pela média aritmética dos extremos da moldura (como vinha assumindo, sem discutir, a jurisprudência), ou, por exemplo, pela média geométrica dos referidos extremos, que terá a vantagem de se relacionar de igual modo com o limite máximo e o limite mínimo da moldura. Ou seja: dividindo o limite máximo pela média geométrica, ou dividindo esta pelo limite mínimo, obtém-se o mesmo resultado ($\frac{\text{max}}{\text{mg}} = \text{mg}/\text{min}$), consequentemente $\text{mg} = \sqrt{\text{max} \cdot \text{min}}$. À maior simplicidade de cálculo da primeira contrapõe-se um maior significado relacional da segunda.

38 Com Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2015, Vol. II, p. 36-38.

39 no mesmo sentido os *Acs. de 89/10/25, proc. n.º 40079*, de *90/10/18, proc. n.º 40101* e de *93-12-07, proc. n.º 45831*

relevantes», não sendo «previamente dado ao juiz, antes da consideração da culpa e da prevenção, qualquer “ponto”, médio ou outro da moldura penal donde aquele deve “partir”». Pensamos nós, todavia, não merecer essa condenação a ideia de que podem e devem existir outros pontos a atender na determinação da medida concreta (v.g. o ponto médio), além dos limites mínimo e máximo.

Em primeiro lugar, a frase do Prof. Eduardo Correia, proferida na discussão do seu Projecto da Parte Especial do Código, tem o valor que o seu teor e as circunstâncias em que foi proferida lhe dão, não sendo adequado partir de uma hipotética falta de rigor para lhe retirar significado, tanto mais que nas suas lições de *Direito Criminal*, II, pág. 343, se referia já na década de 60 do século passado a esta problemática, então tomando posição em sentido diverso, mas demonstrando conhecer bem os termos da querela na Doutrina.

Em segundo lugar, não é exacto que ao juiz não seja dado qualquer ponto da moldura penal de que deva «partir», toda a vez que a própria moldura é definida a partir de dois pontos: o mínimo e o máximo.

Em terceiro lugar, não se demonstra, nem se ensaia a demonstração da existência de resultados perniciosos derivados daquela posição.

Em quarto lugar, não será exacto sustentar que a ideia do ponto de partida seja velhíssima, ou pelo menos antiquada. Basta lembrar que o Conselho da Europa na Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas, sequente às sugestões do 8.º Colóquio Criminológico, recomenda o seguinte:

«3.a) Podem ser encaradas, onde as Constituições e as tradições do sistema jurídico o permitam, técnicas complementares para aumentar a coerência na aplicação das penas.

b) Duas dessas técnicas, que podem ser utilizadas, são as «orientações para a aplicação das penas» e os «pontos de partida».

c) As orientações para a aplicação das penas indicam uma grelha de penas para diferentes variantes de uma infracção, em função da presença ou da ausência de diversos factores agravantes ou atenuantes, mas deixando ao tribunal a faculdade de derrogar essas orientações.

d) Os pontos de partida indicam, para diferentes variantes de uma infracção, uma pena de base que o tribunal pode aumentar ou diminuir afim de ter em consideração factores agravantes ou atenuantes».

Por outro lado, como adiantámos, as relações que se estabelecem no interior da moldura penal não são irrelevantes, antes se mostrando de interesse, eventualmente, para pensar as molduras penais.

Não significa isto, como é óbvio, a adesão à tentativa de «matematizar as operações da medida da pena» referidas na Comissão de Revisão (*Acta n.º 8, 77*).

Mas trata-se de determinar a medida *concreta* da pena, impõe que o julgador *quantifique* dentro dos limites mínimo e máximo da moldura (que contem todos os pontos da linha que os une), *essa pena*, sendo que o ponto a considerar para o início (que não para o termo) dessa operação, é tributário de ambos esses limites.

1.5. Penas habituais e pena única no concurso de infracções

Outra das *técnicas complementares para aumentar a coerência na aplicação das penas* de que nos fala a já longínqua, mas pouco implementada Recomendação do Conselho da Europa e o 8.º Colóquio Criminológico que a antecedeu, tem sido designada por *penas habituais*.

A British Union of Judges (Magistrates' Association), elaborou, a partir de 1966, várias listas de penalidades habituais («the going rates» ou «the tariffs») e o Tribunal de Recurso Britânico, em vários acórdãos desde 1975, fez apreciações mais gerais do tipo e da montante das penas em casos idênticos de actos puníveis (por exemplo, estupefacientes), proporcionando aos tribunais inferiores uma “bússola” para julgar casos conexos.⁴⁰ O Supremo Tribunal da Escócia, por sua vez, utiliza, desde finais de 1997, em colaboração com a Strathclyde University em Glasgow, um sistema de informação informatizado através do qual o juiz, ao introduzir no computador certos elementos básicos do seu caso, é informado sobre as sentenças que foram impostas, em casos semelhantes, pelo Tribunal Criminal de Recurso nos últimos anos, podendo assim evitar disparidades injustificadas na determinação das penas⁴¹.

Cumprir recordar aqui a passagem, já referida, do Preâmbulo do DL n.º 48/95 que atribui à pena concreta, enquanto *concretização da sanção* que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, a função de *referência para a comunidade*, atribuindo, assim, grande valor referencial às penas anteriormente aplicadas pelos tribunais.

Entre nós deve assinalar-se que, com a informatização da jurisprudência dos tribunais superiores, que começou com o Supremo Tribunal de Justiça, a partir de 2000, se procurou que os sumários dos acórdãos contivessem um ponto referente à pena concreta aplicada, com menção da respetiva medida e dos elementos mais relevantes para a sua determinação, como orientação para as instâncias.

40 Como informa Nestor Kourakis, ob. cit., p. 38-39, citando Andrew Ashworth, «Sentencing», dans Mike Maguire, Rod Morgan et Rob. Reiner, The Oxford Handbook of Criminology, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 819-860, sobretudo p. 835 e segs. e idem, Sentencing and Criminal Justice, Londres 1992, p. 25 e segs., 50 e segs.

41 Como informa igualmente o mesmo Autor.

Debatendo-se com disparidades marcantes nas penas aplicadas aos correios de droga, os juizes do Supremo Tribunal de Justiça, no que se refere ao tráfico de estupefacientes, designadamente ao “correio de droga”, entendido como «pessoa vulnerável social e ou economicamente, frequentemente sem antecedentes criminais e sem ligações a Portugal, que aceita transportar drogas ilícitas de um país para outro, a mando de traficante com expressão, mediante contrapartida económica», passaram a recolher numa grelha para informação interna, as penas aplicadas no tribunal recorrido, o tipo de estupefaciente, a quantidade, a origem do tráfico, o ponto do desembarque, a pena aplicada pelo Supremo e observações relevantes. Através dessa grelha, os juizes do Supremo Tribunal passaram a ter conhecimento de todas as condenações de correios de droga que proferia e o respectivo contexto, ou seja, das “penas habituais” aplicadas, e da base de dados informatizada, cujo sumário dava imediatamente um resumo sobre a pena concreta e os elementos mais relevantes de cada caso, que passaram a ser sempre ponderadas no momento de determinação da pena.

O próprio Supremo chegou a incluir essa grelha em algumas das suas decisões, incluindo relatadas por mim.

Esta prática promoveu a coerência na aplicação das penas, num primeiro passo, pelo próprio pelo Supremo, exemplo que se repercutiu nas instâncias, alargando o seu efeito.

Esta prática foi objecto de um estudo empírico de prática judiciária, quanto aos correios de droga no Supremo Tribunal de Justiça, que se encontra publicado⁴².

A questão da igualdade, coerência e proporcionalidade das penas foi, do mesmo passo abordada, no domínio da *pena única conjunta*, no seio do Supremo Tribunal de Justiça, que tem desenvolvido um discurso convergente neste domínio, que pode ser sintetizado, de acordo com o acórdão que relatei⁴³:

«A pena única é determinada atendendo à soma das penas parcelares que integram o concurso, atento o princípio de cumulação a fonte essencial de inspiração do cúmulo jurídico sem esquecer, no entanto, que o nosso sistema é um sistema de pena unitária em que o limite mínimo da moldura atendível é constituído pela mais grave das penas parcelares (numa concessão minimalista ao princípio da exasperação ou agravação – a punição do concurso correrá em função da moldura penal prevista para o crime mais grave, mas devendo a pena concreta ser agravada por força da pluralidade de crimes), sem que possa ultrapassar a soma das penas concretamente que seriam de aplicar aos crimes singulares.

⁴² João Simas Santos, “Moldura Penal Abstrata e Medida Concreta da Pena, estudo empírico de prática judiciária quanto aos correios de droga”, em *Estudos em Sentencing*, Edições ISMAI. 2018.

⁴³ Acórdão do STJ de 14-01-2009, proc. n.º 3856/08-5, disponível em www.dgsi.pt.

Frequentemente, no escopo de obstar a disparidades injustificadas da medida da pena, essa “agravação” da pena mais grave é obtida pela adição de uma proporção do remanescente das penas parcelares que oscila, conforme as circunstâncias de facto e a personalidade do agente e por via de regra, entre 1/3 e 1/5».⁴⁴

44 Escreveu-se no AcSTJ de 17-10-2002, proc. n.º 2792/2002, que também relatei: no que refere ao princípio da igualdade invocado, como lembra o Ministério Público na resposta à motivação, enquanto o princípio da igualdade, no domínio da criação do direito impõe ao órgão legislativo que garanta, por via legislativa, não só tratamento semelhante para quem se posiciona em condições idênticas, mas sim que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes, já no domínio da aplicação do direito significa que nessa aplicação não há lugar a discriminação em função das pessoas; todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que a lei estabelece, todos por forma idêntica se acham sujeitos aos deveres que ela impõe (Pareceres da PGR, n.º I, Lisboa, 1983, p. 184).

Um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões de justiça e o problema conexo das disparidades na aplicação das penas tem preocupado quase todas as sociedades democráticas. Com efeito, a desigualdade no sistema de justiça penal é uma questão fundamental pois que, mal é notada, perturba não só a paz social mas também as infracções a que pretende responder. E tal problema deve ser abordado de maneira operacional, pois confrontar os sistemas de justiça penal com um ideal absoluto e mítico - por essência, inacessível - parece constituir o tipo de operação vã e sem futuro. Mas o objectivo da busca de uma maior certeza na pena não deve significar indirectamente o regresso a uma concepção de justiça retributiva que tornaria acessória a individualização judiciária. A determinação da pena deve ser encarada de maneira aberta, sem limitar a abordagem às disparidades resultantes do sistema, pois a ausência de disparidade ou a existência de disparidades insuficientes pode ser contrária aquele objectivo. E a busca de uma redução das disparidades deve tomar o sentido de limitar o sofrimento que o sistema penal causa ao condenado. Na individualização da pena o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias.

Na sequência do 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, (1987) dedicado às “Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções”, que reflectiu sobre: a desigualdade na determinação da pena; sobre o contexto das disparidades na administração da justiça penal e sobre as técnicas de redução das disparidades subjectivas na aplicação das penas, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação n.º R(92)17, de 19 de Outubro de 1992, relativa à coerência na aplicação das penas, em que considerou, além do mais: (i) - que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga; (ii) - que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal; (iii) - que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor; (iv) - que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas. E recomendou: “aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações (...), para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas”.

Sem deixar de reconhecer que considerações de justiça relativa impõem que se considerem na fixação de penas em caso de comparticipação as penas dos restantes co-autores, importa notar que a questão das disparidades injustificadas nas penas deve gerar essencialmente uma resposta sistémica, tendente a, em geral, compreender e reduzir o fenómeno. E mesmo essas preocupações de justiça relativa intraprocessuais têm o seu domínio privilegiado no momento em que pela primeira vez são aplicadas as penas num determinado processo. Em via de recurso já outras dificuldades adicionais se postulam, por via designadamente dos poderes de cognição do tribunal superior, do âmbito do recurso e da proibição da reformatio in pejus.

E, partindo dessa base, procurou-se chegar a um denominador comum de referência na pena única conjunta que ajudasse a evitar as disparidades injustificadas, apontando, pois para aquele método como capaz de contribuir para a redução das disparidades que notáramos.

Vários foram os acórdãos tirados naquela Secção e que bordaram esta temática no sentido que venho apontando, tendo o Acórdão do STJ de 29/10/2009, (*Proc. n.º 18/06.0PELRA.C1.S1-5*, Relator: Conselheiro Artur Costa) sintetizado a mesma abordagem com uma variante, sugerida pelo Conselheiro Carmona da Mota, como dei conta em intervenção no Centro de Estudos Judiciários^{45 46}.

No plano constitucional, ao lado do princípio da igualdade, e diríamos mesmo acima, situam-se os princípios da proporcionalidade, da adequação, da necessidade e da justiça. Com efeito, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2). Um dos pressupostos materiais para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias consiste, pois, no princípio da proporcionalidade (princípio da proibição do excesso) que se desdobra nos princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade. Resultará, assim, a inconstitucionalidade da lei penal quando o legislador ordinário se exceda no tipo e/ou medida da pena, toda a vez que se deve concluir que a prisão não deverá ser prevista ou aplicada quando se mostrem suficientes e adequadas outras reacções criminais, outras penas não detentivas. No domínio do direito ordinário, impõe-se a especial consideração do princípio da legalidade e da culpa, uma vez que devem ser respeitados os critérios e valores legais e a pena deve ser ajustada à culpa, que constitui um limite inultrapassável.

45 Cfr. *Revista do CEJ* n.º 13, Lisboa, 2010, p. 115-158.

46 A de que na determinação da pena única conjunta se deveria considerar a adição à pena parcelar mais grave uma parte (em princípio entre 1/3 e 1/5, conforme os casos) do remanescente das restantes penas, mas ainda que se deveria “comprimir” esse remanescente, de forma crescente em função da sua aproximação ou ultrapassagem do “tecto” de 25 anos estabelecido no n.º 2 do art. 77.º do C. Penal. Posição apresentada aos restantes juizes da Secção e depois publicamente na sessão que teve lugar a 3-06-2009 no STJ, uma fórmula de cálculo desse factor de compressão, e que se mostra condensada na intervenção que aí produziu e para a qual se remete (A determinação da pena em concurso de crimes, disponível como se disse, em <http://www.stj.pt/?idm=433&sid=208>). Essa folha de cálculo em que se introduzem a pena parcelar mais grave e o remanescente das penas parcelares, “comprime” este último valor, de acordo com um algoritmo previamente definido, e adita a pena mais grave, sugerindo uma pena para cada situação, a ponderar pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso. Essa questão foi considerada na 5.ª Secção do STJ que se pronunciou, em 19 acórdãos, sobre o interesse dessa perspectiva e a necessidade de a aprofundar, sem uma adesão clara à quantificação do factor de compressão que era (é sugerido).

Na referida intervenção tivemos ocasião de expressar todo o interesse a ponderação do modelo sugerido e adiantar a necessidade de contribuir para uma solução geral e não individual e oferecer alguma notas breves sobre a própria aplicação proposta.

E concordar finalmente, com o Conselheiro Carmona da Mota, em que “que o critério proposto não é, propriamente, um critério «matemático» mas um *critério jurídico*, que, na sua *operacionalidade*, recorre ao auxílio da ciência matemática. Tal como o legislador quando agrava determinadas penas em «metade» ou «1/3», quando fixa a pena máxima do cúmulo na «soma» das penas parcelares, e/ou quando determina que condenado possa, a meio ou 2/3 da pena, beneficiar da liberdade condicional. Ou, mesmo, quando considera «valor elevado» «aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto», determina que, sendo o prazo de prescrição inferior a dois anos, o limite máximo da prescrição corresponda ao «dobro desse prazo», ou manda prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, etc. Sem, porém, que se

Essa prática do Supremo Tribunal de Justiça foi igualmente objecto de uma investigação empírica⁴⁷, em que se concluiu que aquele Tribunal Supremo chega à pena única através da aplicação do método que se referiu, que toma em consideração os critérios enumerados no n.º 1 e os limites do n.º 2, do art. 77.º do C. Penal, por forma a promover a coerência na aplicação das penas⁴⁸. Como melhor será descrito neste Congresso, ao que penso, na sessão de hoje.

veja nesta «operação valorativa» um mero «processo de fracções e somas», porventura «incompatível com a natureza própria da segunda fase do processo», na medida em que «fazer contas indica[ria] voltar às penas já medidas, ao passo que o sistema parece exigir um **regresso aos próprios factos**» (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, RPCC 16-1). Todavia, o juiz – na prática – não poderá dispensar-se de «fazer contas» como forma de, numa primeira abordagem, obter um **terceiro termo de referência ou «starting point**» (dentro da enorme latitude conferida pelos outros dois: o limite mínimo e o limite máximo). Isto é, para alcançar, entre os extremos, um ponto que fixe o «encontro» entre essas duas variáveis.

47 Tatiana Severino, “Pena Única no Concurso de Crimes, um estudo em sentencing” Em *Estudos em Sentencing*, Edições ISMAI, 2018.

48 Pôde-se averiguar que o STJ para determinar a medida da pena única no concurso de crimes parte, em geral, do limite mínimo da respetiva moldura penal abstrata (a pena parcelar mais grave) juntando-lhe uma fração do remanescente das penas parcelares (TPP - PPG) que se situa na maior parte dos casos entre .

Com efeito a fração de agravação mais utilizada de um universo de 25 frações foi . Representando este valor a média. No entanto, o resultado da ponderação feita pelos julgadores foi entre . O julgador que determinou a fração mínima correspondente a 0, debruçou-se em crimes de tráfico de estupefacientes e detenção de arma proibida. Contrariamente, o julgador que utilizou a fração de agravação mais elevada moveu-se entre os crimes de condução sem habilitação legal, roubo qualificado e furto qualificado.

Com a necessidade de aprofundar a resposta ao que nos propusemos estudar, analisaram-se os acórdãos do mesmo relator. Verifica-se que nem sempre há consistência a nível individual quanto à ponderação da fração de agravação, sendo que a amostra é muito menor, e como não foi efetuada uma análise qualitativa, não foi possível afastar a possibilidade de situações de menor consistência derivarem de casos de contornos extremos a merecerem resposta muito diversificada a nível da medida da pena.

Por sua vez, há que considerar a eventual ocorrência de certas limitações face à nossa investigação. Sem dúvida, que houve uma grande barreira na avaliação dos acórdãos que poderiam e deveriam entrar para a investigação. Nos casos em que existe no recurso a reformulação do cúmulo jurídico por parte do STJ, verifica-se a ausência significativa da redação dos tipos de crime cometidos, das penas parcelares e da pena única. Continuando nesta linha de pensamento, parece uma regra comum nomear-se a moldura penal abstrata correspondente a cada tipo de crime em vez da pena única. Apesar de se ter acesso facilitado ao material do STJ, ocorreram casos em que não foi possível ter acesso ao texto integral dos acórdãos, trabalhando-se com o sumário e constatando-se nestes a ausência de elementos chave para a investigação.

Pelo facto, da área do sentencing até ao momento ter sido pouco estudada e explorada a nível nacional, leva a que este estudo seja desafiante e inovador. Como se tem como finalidades nesta área do sentencing procurar demonstrar cientificamente se as diferentes áreas criminais sugerem guidelines, bem como produzir conhecimento que possa servir de suporte para os Magistrados proferirem as suas sentenças de forma mais objetiva e igualitária entre casos, fornecer também ao legislador elementos que permitam reavaliar a lei e a sua aplicabilidade que lhe possam ser úteis na formulação de leis futuras, produzir linhas orientadoras relativas aos diferentes tipos de crimes e permitir ao conjunto dos tribunais uma reflexão fundamentada sobre a sua

1.6. *Sentencing guidelines*

A aplicação das penas não deve infringir o princípio constitucional de igualdade que exige que na individualização da pena se não se façam distinções arbitrárias, pois que a um princípio fundamental de justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga. As disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça que desencadeiam podem lançar e lançam geralmente o descrédito sobre o sistema de justiça penal.

A igualdade nas decisões de justiça e o problema conexo das disparidades na aplicação das penas que tem preocupado juristas e filósofos do direito em quase todas as sociedades democráticas, constitui seguramente um dos princípios fundamentais do direito penal. A desigualdade no sistema de justiça penal é uma questão fundamental pois que, mal é notada, perturba não só a paz social mas também as infrações a que pretende responder. E tal problema deve ser abordado de maneira operacional, pois confrontar os sistemas de justiça penal com um ideal absoluto e mítico – por essência, inacessível – parece constituir o tipo de operação vã e sem futuro.

E, tendo sido notadas, um pouco por toda a Europa, essas disparidades nas penas aplicadas pelos tribunais, mesmo em idênticas condições de modo, tempo e de lugar, o Conselho da Europa como já referi, na sequência do seu 8.º Colóquio de Criminologia de 1987⁴⁹, sob o tema “Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções”, veio a aprovar, a Recomendação n.º R(92)17, de 92.10.19⁵⁰, sobre a coerência na aplicação das penas, em que se considerou: — que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga;

própria prática que visa respeitar o princípio de igualdade na aplicação da lei penal. Neste sentido, a presente investigação é um estudo empírico proposto que vem comprovar a necessidade de se atingir essas finalidades no campo do concurso de crimes.

Importante seria igualmente que este tipo de estudos tivesse reflexos na formação inicial e complementar dos magistrados judiciais do MP, incrementando a discussão sobre a aplicação das penas e a sua coerência, bem como o papel uniformizador dos Tribunais superiores, quer por via de recurso, quer pelo seu contributo na elaboração de guidelines ou linhas de orientação que auxiliassem os tribunais de instância a combater as disparidades injustificadas na aplicação das penas.

49 Cfr. o Relatório Geral em «*Etudes relatives à recherche criminologique*», Volume XXVI, CDPC, Strasbourg 1989.

50 A única tradução portuguesa que conheço da Recomendação R(92)17, de 92.10.19 e dos documentos do 8.º Colóquio Criminológico, de Marcelo Correia Ribeiro, encontra-se publicada em Manuel Simas Santos e Marcelo Correia Ribeiro, *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, Lisboa, Vislis Editores, 1998 e republicada em Manuel Simas Santos e Pedro Freitas, *A Coerência na Aplicação das Penas*, Lisboa, Rei dos Livros, 2018.

II CONGRESSO INTERNACIONAL JUSCRIM

- que há, nos Estados membros uma crescente tomada de consciência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, disparidades observadas por vezes a diferentes níveis; (iii) que essas disparidades e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal;
- o que dispõem os art.ºs 3.º, 5.º e 6.º da CEDH bem como o princípio da independência judiciária;
- que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor;
- que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas;
- as conclusões do 8.º Colóquio Criminológico realizado em Estrasburgo em 1987;
«*Recomendou* aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações que figuram no anexo à presente recomendação, para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas»⁵¹.

51 «O colóquio recomenda ao Conselho da Europa o prosseguimento do estudo das questões ligadas à aplicação das penas. Os trabalhos nesse domínio poderiam visar nomeadamente: (I). a elaboração de estatísticas europeias uniformes em matéria de aplicação das penas; (II). uma difusão maior da documentação existente sobre as disparidades na matéria e as soluções propostas; (III). a criação de um grupo de trabalho encarregado de formular recomendações concernendo as questões seguintes: (i) – a formação e a pesquisa empírica em matéria de aplicação das penas, incluindo a formação jurídica inicial e a difusão e a troca de informações entre os juízes; (ii) – a identificação de princípios gerais aplicáveis à aplicação das penas, incluindo o exame dos factores pertinentes e dos factores sem interesse na matéria; (iii) – a sistematização das decisões proferidas.»

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENAS

No anexo a essa Recomendação n.º R (92) 17, é referida a necessidade de existência de princípios base da aplicação das penas⁵², a estrutura das penas⁵³, fatores agravantes e ate-

52 «1). O legislador, ou outras autoridades competentes se os princípios constitucionais e as tradições jurídicas o permitirem, deve esforçar-se por enunciar os princípios base da aplicação das penas. (2). Se necessário, e nomeadamente se os princípios base diferentes em matéria de aplicação das penas estiverem em contradição, devem ser dadas indicações a fim de se estabelecerem eventuais prioridades na aplicação desses princípios. (3). Onde for possível, nomeadamente para certas categorias de infracções ou de delinquentes, importa precisar o princípio prioritário. (4). Convém evitar desproporção entre a gravidade da infracção e a pena, quaisquer que sejam os princípios base enunciados. (5). O ou os princípio(s) base da aplicação das penas deve(m) ser revisto(s) de tempos a tempos. Deve ser encorajada e promovida a tendência para estabelecer princípios base uniformes e prioridades no plano europeu. As práticas da aplicação das penas devem ser reavaliadas para evitar uma severidade excessiva. (6). Os princípios base da aplicação das penas devem ser compatíveis com as políticas criminais modernas e humanas, em particular no que concerne à redução do recurso à prisão efectiva, ao recurso a medidas e sanções na comunidade, ao prosseguimento de uma política de descriminalização, à utilização de medidas de diversão tais como a mediação e a indemnização das vítimas. (7). Não deve ser praticada qualquer discriminação na aplicação das penas, em razão da raça, cor, sexo, nacionalidade, religião, estatuto social ou convicções políticas do delincente ou da vítima. Circunstâncias como o desemprego, a condição social ou cultural do delincente não devem influir na pena em desfavor do delincente. (8). Ao propor ou aplicar as penas, é necessário ter em atenção o efeito provável da pena sobre a pessoa do delincente, com vista a evitar os sofrimentos inúteis e a não impedir a reinserção social do delincente. (9). Em matéria penal, deve ser evitado todo o atraso: se tiver havido atrasos excessivos dos quais o arguido não seja responsável e que não sejam imputáveis à natureza do processo, convirá tê-lo em conta antes da aplicação da pena.»

53 (1). As penas máximas aplicáveis às infracções e, se for o caso, as penas mínimas devem ser reexaminadas de maneira a formarem uma estrutura coerente traduzindo a gravidade relativa dos diferentes tipos de infracções. (2). O leque das penas aplicáveis a uma infracção não deve ser tão alargado que dê poucas indicações aos tribunais acerca da sua gravidade relativa. Os Estados devem pois procurar classificar as infracções de acordo com graus de gravidade, sob reserva, todavia de que as penas mínimas não impeçam o tribunal tomar em consideração as circunstâncias particulares do processo. (3). *a*. Podem ser encaradas, onde as Constituições e as tradições do sistema jurídico o permitam, técnicas complementares para aumentar a coerência na aplicação das penas. *(b)*. Duas dessas técnicas, que podem ser utilizadas, são as «orientações para a aplicação das penas» e os «pontos de partida». *(c)*. As orientações para a aplicação das penas indicam uma grelha de penas para diferentes variantes de uma infracção, em função da presença ou da ausência de diversos factores agravantes ou atenuantes, mas deixando ao tribunal a faculdade de derrogar essas orientações. *(d)*. Os pontos de partida indicam, para diferentes variantes de uma infracção, uma pena de base que o tribunal pode aumentar ou diminuir a fim de ter em consideração factores agravantes ou atenuantes. *(4).* *(a)*. Convém encarar a adopção de uma certa forma de orientação ou de ponto de partida para a aplicação das penas como um passo importante em direcção à coerência na aplicação das penas, nomeadamente para as infracções frequentes ou pouco graves, ou para as infracções a que tal convenha por outras razões. *(b)*. Quando a Constituição ou as tradições do sistema jurídico o permitem, podem ser adoptados, entre outros, um ou vários dos seguintes meios para pôr em execução tais orientações ou pontos de partida: I. a legislação; II. as decisões de base proferidas pelas jurisdições superiores; III. uma comissão independente; IV. uma circular ministerial; V. directivas para o Ministério Público, *(5)*. *a*. As penas privativas da liberdade devem ser consideradas como uma sanção a aplicar em último recurso e, consequentemente, só devem ser infligidas nos casos em que, tendo devidamente em conta outras circunstâncias apropriadas, a gravidade da infracção seja tal que torne todas as outras penas manifestamente inadequadas. Quando, por esse motivo, uma pena privativa da liberdade é considerada como justificada, essa pena não deve ir mais longe do que o exigido pela(s) infracção(ões) de que o interessado tenha sido reconhecido culpado.

nuantes⁵⁴, condenações anteriores, obrigação de motivar as penas, proibição da *reformatio in pejus*, tempo passado em detenção, papel do Ministério Público⁵⁵, estudos e informação em matéria de aplicação das penas⁵⁶, estatísticas e investigação⁵⁷ e cooperação europeia no que

Devem ser afinados critérios para precisar as circunstâncias que tornam as infracções particularmente graves. Se possível, devem ser desenvolvidos critérios negativos para excluir a prisão, particularmente nos casos que implicam um pequeno prejuízo financeiro. (b). Deve também ser encarada a adopção de disposições legislativas que restrinjam o recurso às penas privativas da liberdade de acordo com o parágrafo a., nomeadamente para as curtas penas de prisão. (c). A fim de promover o recurso às penas e medidas não privativas da liberdade e em particular aquando da elaboração de novas leis, o legislador deve considerar a indicação, para certas infracções, de uma pena ou uma medida não privativa da liberdade em lugar da prisão como sanção de referência. (6). É conveniente considerar a gradação, em termos de severidade relativa, das penas não privativas da liberdade de que se dispõe, tendo em conta não só as diferentes formas de sanção (pena suspensa, multa, por exemplo) mas também os diferentes graus de rigor (multas elevadas ou baixas, trabalho de interesse geral de longa ou curta duração, por exemplo); essa gradação permitiria aos tribunais escolher a pena não privativa da liberdade conveniente para o delinquent e, eventualmente com o consentimento deste, numa categoria de penas que traduzissem também a gravidade relativa da infracção. (7) Em caso de incumprimento das exigências de uma pena não privativa da liberdade (salvo em caso de infracção ulterior), o infractor só deve ser enviado para a prisão se o tribunal está convencido de que todos os outros métodos prescritos pela lei foram empregues ou são inoportunos e se o delinquent tinha a capacidade de cumprir as obrigações que lhe tinham sido impostas. No que respeita às multas: (a). por princípio, a multa deve ser à medida dos meios do infractor a que foi infligida; (b). o encarceramento deve ser evitado na medida do possível em caso de incapacidade para o pagamento, se a infracção inicial não foi considerada suficientemente grave para levar a uma pena de prisão efectiva, ou porque tal pena é inoportuna por outras razões: (c). os Estados devem examinar com urgência outros meios não privativos da liberdade que permitam assegurar o pagamento das multas, incluindo o diferimento do pagamento e a suspensão da condenação. (8). Nos Estados onde existe a pena de prisão suspensa, importa velar por que, quando um delinquent infringe as obrigações da suspensão, a aplicação da pena releva de uma decisão de justiça permitindo uma certa latitude, de maneira a que a pena possa ser executada integral ou parcialmente, ou que se possa recorrer a outras possibilidades.

54 (1). Os factores tomados em consideração para agravar ou atenuar a pena devem ser compatíveis com o ou os princípio(s) de base assinalado(s) à aplicação das penas. (2). Os principais factores agravantes e atenuantes devem ser precisados pela lei ou pela prática judiciária. Na medida do possível, a lei ou a prática devem também esforçar-se por definir os factores que não devem ser considerados como pertinentes, tratando-se de certas infracções. (3). A aplicação das penas deve assentar sempre sobre factos devidamente estabelecidos. Quando um tribunal deseja considerar como um factor agravante um elemento que não faz parte da definição do delito, deve ter a íntima convicção de que o factor agravante está estabelecido; e, antes de afastar um factor apresentado como atenuante, deve ter uma convicção suficiente de que esse factor não existe.

55 As políticas de aplicação das penas e a formação dos magistrados do Ministério Público devem assegurar que os métodos empregues por estes favorecem a coerência global da aplicação das penas.

56 (1). Devem ser tomadas medidas para que os magistrados e o público sejam regularmente informados sobre o funcionamento geral do sistema de justiça penal, nomeadamente sobre a prática seguida em matéria de aplicação das penas. (2). Para favorecer a coerência na aplicação das penas, os magistrados devem ter a possibilidade de participar regularmente em seminários e conferências sobre a aplicação das penas.

57 (1). Devem ser estabelecidas estatísticas oficiais em matéria de aplicação das penas. Essas estatísticas devem ser compiladas e apresentadas de maneira informativa aos juizes, particularmente no que concerne a gradação das penas para os delitos relativamente quantificáveis (condução sob influência do álcool, furto em supermercado, por exemplo). (2). Os dados estatísticos devem ser compilados de maneira a dar detalhes suficientes para

respeita à informação sobre a aplicação das penas.

Em Portugal, a aplicação da pena e a prática judiciária, não foi durante muito tempo objecto de estudo tanto quanto seria, na minha perspectiva desejável, diversamente do que sucedeu em alguns outros países, salvo quanto ao já referido “ponto de partida”^{58 59}. Mas, como dá notícia desenvolvida João Simas Santos⁶⁰, essa situação foi-se modificando, tendo eu contribuído com a publicação da sugestão de um estudo em 1998⁶¹, uma sobre «*O Princípio da Igualdade, a Medida da Pena e o Ministério Público*»⁶², ainda nesse ano, a publicação em 2004

medir e verificar a incoerência da aplicação das penas, por exemplo estabelecendo correspondência entre o uso de certas penas e os tipos de delito. (3). É conveniente que sejam conduzidas regularmente pesquisas para medir com precisão a amplitude das variações na aplicação das penas no que concerne as infracções reprimidas, as pessoas condenadas e os procedimentos empregues. Estas pesquisas devem incidir particularmente sobre o efeito das reformas em matéria de aplicação das penas. (4). O processo de decisão deve constituir o objecto de pesquisas quantitativas e qualitativas para permitir estabelecer de que maneira os tribunais tomam as suas decisões e como certos factores exteriores (imprensa, atitude do público, contexto local... etc.) podem modificar este processo. (5). O ideal seria que as pesquisas estudassem a aplicação das penas no quadro processual mais largo de todo o leque de decisões do sistema de justiça penal (inquéritos, pronúncias, decisão de fundo e execução das penas, por exemplo).

58 Referimo-nos à sugestão de que o juiz devia partir do ponto médio da respetiva moldura penal abstrata na determinação da pena concreta, nos alvares do CP atual. Cfr. Jorge F. Dias, *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, Coimbra, p. 210-1, Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Reimpressão, Coimbra, 2014, p. 142-8 e Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal* 1ª Ed., I, Lisboa, 1986, p. 378 e 2ª Ed., I, Lisboa, ????, p. 556.

59 Não se devem esquecer os trabalhos da Dr.ª Maria Rosa Crucho de Almeida (GEPMJ) e o inquérito *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português* de Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, Coimbra, 1996.

60 *Ob. cit.* p. 41-49.

61 De Manuel Simas Santos, em Manuel Simas Santos e Marcelo Correia Ribeiro, *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, Lisboa: Vislis, 1998.

62 Apresentada no 5.º Congresso do Ministério Público, Porto, 19 a 22-11-1998, realizado sob o lema da democracia e a igualdade dos cidadãos incluída na obra publicada pelo Ministério Público, Lisboa: Edições Cosmos, 2000, sugeri a realização de estudos com a colaboração activa do Ministério Público com vista ao aumento da coerência na aplicação das penas que pudessem contribuir para uma «metodologia de decisão sobre a pena concreta que, sem ferir a independência judicial, permita uma relativa harmonização da prática, em face de recomendações fundamentadas e duma maior consistência de decisões no STJ» e que pudessem levar também a resultados adicionais como (i) – Detecção de dessintonias nas molduras penais, no que ao legislador importa; (ii) – Penas típicas, para reflexão dos juizes. Penas que, contendo uma certa margem de liberdade, mais não constituiriam do que meros indicadores que, para além de proporcionarem uma maior reflexão do juiz, acentuariam a necessidade de especial fundamentação, quando afastadas no caso concreto. Mas sempre sem carácter perentório, preservando sempre a independência do juiz. (iii) – Sugestões para o Ministério Público. Como se viu já, a posição que o Ministério Público assume quanto à pena concreta é um importante preditor das sentenças, pelo que as suas recomendações relevam, em geral, no resultado final. Dada a sua estrutura organizacional, o Ministério Público está em boas condições para contribuir para

de um estudo exploratório realizado sobre as penas aplicadas no STJ no caso de tráfico de estupefacientes 2004. Foi aprovada, em 2002, uma tese de doutoramento na área do conhecimento de Inteligência Artificial, centrada na criação de uma base de dados para investigações empíricas em *sentencing*, inspirada naquela sugestão de estudo publicada em 1998⁶³. A publicação da Lei-Quadro da Política Criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)⁶⁴ veio definir os objetivos, prioridades e orientações de política criminal, afirmando a sua congruência com as valorações da Constituição e da lei sobre os bens jurídicos (art. 3.º), tendo por objetivos prevenir e reprimir a criminalidade e reparar os danos individuais e sociais dela resultantes, tomando em consideração as necessidades concretas de defesa dos bens jurídicos (art. 4.º) e permitir o estabelecimento de prioridades (art. 5.º), de orientações sobre a pequena criminalidade (art. 6.º) e a aprovação de dois em dois anos de leis sobre política criminal (art. 7.º e ss)⁶⁵.

a disseminação de recomendações que vierem a ser elaboradas. O que tudo deveria ser atendido, quer na formação inicial e permanente dos seus Magistrados, quer na sua atitude e da estrutura em que se enquadram, com vista a potenciar e corrigir a sua ação neste domínio.

63 “*A Inteligência Artificial e o Direito – Uma Abordagem Baseada em Ontologias*”, da autoria de Marco Aurélio Correia da Costa, defendida em 14.12.2002, na Universidade do Minho, em cujo júri participei.

64 Na sequência da Revisão Constitucional da Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro que alterou o n.º 1 do art. 210.º da Constituição, aditando a seguinte missão ao M.º P.º «, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, [compete] participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania», o que abriu o caminho para a publicação de tal lei quadro e subseqüentes leis.

65 Essa lei impõe: (i) – a audição prévia pela Assembleia da República, na elaboração das propostas de lei sobre política criminal, do Conselho Superior do Ministério Público (art. 8.º); (ii) – a audição do Procurador-Geral da República acerca da execução das leis ainda em vigor, antes de aprovar as leis sobre política criminal (art. 9.º); (iii) – a assunção dos objetivos e a adoção das prioridades e orientações constantes da lei sobre política criminal, pelo Ministério Público (art. 11.º); (iv) – a apresentação, pelo Procurador-Geral da República, ao Governo e à Assembleia da República, até 15 de Outubro do ano em que cesse a vigência de cada lei sobre política criminal, um relatório sobre a execução das leis sobre política criminal em matéria de inquéritos e de ações de prevenção da competência do Ministério Público, indicando as dificuldades experimentadas e os modos de as superar, podendo a Assembleia da República ouvi-lo para obter esclarecimentos acerca desse relatório (art. 14.º). E atribuiu: (i) – ao Procurador-Geral da República, no âmbito dos inquéritos e das ações de prevenção da competência do Ministério Público, a competência para emitir as direti-vas, ordens e instruções destinadas a fazer cumprir a lei sobre política criminal (art. 13.º) (ii) – ao Ministério Público a identificação dos processos abrangidos pelas prioridades e orientações constantes das leis sobre política criminal. O que se compreende se se lembrar que, nos termos do n.º 1 do art. 219.º da Constituição, ao Ministério Público compete, para além de representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática, participar, com respeito pela sua autonomia e o seu estatuto próprio, na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania.

Por sua vez, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto⁶⁶, veio, em cumprimento daquela Lei n.º 17/2006, definir os objetivos gerais e específicos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2007-2009, privilegiando como destinatário imediato o Ministério Público e, no seu interior, o Procurador-Geral da República, embora se dirija a todo o sistema de Justiça, desempenhando, neste contexto, um papel fundamental as diretivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, sendo de sinalizar as Diretivas n.º 1/2014, publicada no DR IIS, em 24 de Janeiro de 2014 e a Directiva n.º 1/2017 – Diretivas e Instruções Genéricas para Execução da Lei de Política Criminal do Biênio 2017/2019, de 13 de outubro de 2017⁶⁷.

A questão das *sentencing guidelines* foi abordada no seio da Unidade de Missão da Reforma Penal (UMRP), tendo o Prof. Pinto de Albuquerque defendido que as leis de política criminal contêm elementos de *sentencing*, pois a definição de *sentencing guidelines* (não vinculativas para os tribunais) integra o núcleo duro da política criminal, ponto de partida nos sistemas penais anglo-saxónicos. Defendeu ainda que, como objeto, a lei de política criminal, deverá ter critérios indicativos para a individualização das sanções criminais, sustentado pelo Conselho da Europa a datar de 19 de outubro de 1992, na sua recomendação sobre a coerência na fixação da pena, o que veio a ser reforçado na recomendação de 30 de setembro de 1999 acerca da sobrelotação das prisões e pelo direito comparado de França, da Suécia e da Holanda em que as instruções genéricas sobre política criminal integram a individualização das sanções criminais onde estas instruções, nestes países, são vinculativas para o Ministério Público, mas não vinculativas para os tribunais (2ª e 3ª atas UMRP, 2005).

E também o Dr. Luís Miranda Pereira sustentava que o anteprojeto da Lei-Quadro da Política Criminal (LQPC) deveria permitir a emissão de *sentencing guidelines*, de forma a uniformizar a intervenção dos tribunais de execução de penas, mas realçando a dificuldade em proferir estas orientações devido à independência dos tribunais (3ª ata UMRP, 2005).

O que vai ao encontro ao que eu também sustentava de que é fundamental a recolha de elementos que possibilitem a elaboração – a nível nacional (recolha, tratamento e análise das decisões do STJ), a nível regional (tribunais de relação) e a nível local – de linhas de orientação relativas à reação do sistema de justiça criminal, que aplicadas pelo Procurador-Geral no âmbito da lei de política criminal, possibilitariam uma maior eficácia do Ministério Público na prática das suas competências, tema que que retomei no artigo publica da Revista do CEJ, n.º 13, p. 115-118.

⁶⁶ Seguiram-se as Leis de Política Criminal n.ºs 38/2009, de 20 de julho, 72/2015 de 20 de julho, 96/2017, de 23 de Agosto e 55/2020, de 27 de Agosto, para o biênio 2020-2022.

⁶⁷ Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>, consultado em 5 de dezembro de 2017.

O aparecimento das leis de política criminal terá assim aberto espaço normativo ao aparecimento do *sentencing* na problemática da aplicação das penas.

Também o Supremo Tribunal de Justiça não esteve alheio a esta evolução, como já vimos através do dois estudo invocados, tendo dedicado parte significativa de um Colóquio que realizou às questões da *coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça e a determinação da pena em concurso de crimes*⁶⁸, circunstância em que o Conselheiro-Presidente referia: «desta vez, a temática escolhida não poderia ser mais chamativa: a coerência na aplicação das penas como esteio incontornável da igualdade dos cidadãos e da segurança e o papel que, nisso, cabe à jurisprudência deste Supremo Tribunal.»⁶⁹

Tema a que voltei num artigo com o Prof. Pinto de Albuquerque: *Por uma política criminal mais justa*⁷⁰ que retoma o princípio fundamental do direito penal da igualdade nas decisões da justiça e de ausência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, associando-o com as leis de política criminal e uma política criminal mais justa, assente na transparência da atuação do Ministério Público e na uniformização dos critérios de aplicação da lei.

Mais recentemente foi publicado o estudo: *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais*^{71 72}, e a tese de doutoramento *Determinação da Medida da Pena Privativa*

68 A 3 de Junho de 2009.

69 A apresentação e as intervenções estão disponíveis em <http://www.stj.pt/index.php/coloquios/coloquios-96363/176-coloquioidopenalprocesso> consultados em 29.11.2017: Programa, Intervenções do Conselheiro-Presidente, do Dr. José António Barreiros e do Conselheiro Carmona da Mota.

70 Publicado no Jornal Expresso de 7-02-2009, disponível em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/Docente%20-%20Palbu/pol%C3%ADtica%20criminal%5B2%5D.pdf>.

71 De Cândido da Agra (coordenador); Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite.

72 Podem ainda ver-se trabalhos como: Castro-Rodrigues, Andreia; Sacau, Ana; Quintas, Jorge; Rua, Filipa. 2012. “The ‘Judicial Decision Making Analysis Questionnaire’ – Understanding Judges’ Sentencing”, Trabalho apresentado em 12th Annual Conference of the European Society of Criminology, In *Criminology in the 21st Century: a Necessary Balance Between Freedom and Security*, Bilbao.

Castro-Rodrigues, Andreia; Sacau, Ana; Quintas, Jorge; Rua, Filipa. Porto, 2012. “Penal Ideologies and Sentencing Goals – (Still) Understanding Judges’ Sentencing”, Trabalho apresentado em 12th Annual Conference of the European Society of Criminology, In *Criminology in the 21st Century: a Necessary Balance Between Freedom and Security*, Bilbao. Castro-Rodrigues, Andreia; Sacau, A.. 2011. “The ‘speech’ in sentences pronouncements - understanding judges’ judicial decision making”, Trabalho apresentado em *Rethinking Crime and Punishment in Europe*, In 11th Annual Conference of the European Society of Criminology - *Rethinking Crime and Punishment in Europe*, Vilnius. Castro-Rodrigues, Andreia; Sacau, A.. 2009. “Towards the understanding of judges’ sentencing decision making – a questionnaire”, Trabalho apresentado em 19th Conference of the European Association of Psychology and Law (EAPL), In *Book of abstracts - 19th Conference of the European Association of Psychology and Law (EAPL)*, Sorrento.

de Liberdade, um olhar crítico *a partir do direito anglo-saxónico*,⁷³, cujo objeto é descrito é sintetizado da seguinte forma:

«O estudo da determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico-penal português continua a ser uma questão dogmática de importância relativamente menor no conjunto de preocupações de grande parte da doutrina e jurisprudência. Apesar de constituir um ponto de contacto por excelência entre o sistema de justiça penal e a comunidade na qual este se insere, podendo mesmo dizer-se que dele depende a estabilização das expectativas comunitárias de resposta estatal ao fenómeno do crime, na verdade persiste, no processo de concretização da medida da pena adequada, uma opacidade que os normativos presentes no Código Penal português não foram capazes de eliminar. Bem pelo contrário. A redação escolhida pelo legislador português para os artigos 40.º e 71.º do Código Penal propicia leituras divergentes quer na doutrina quer na jurisprudência, concomitantemente ocasionando entropias de racionalidade duvidosa nas soluções jurisprudenciais concretas.

Conscientes desta realidade jurídico-penal portuguesa, procedemos à investigação de instrumentos jurídicos que pudessem auxiliar o julgador a escolher, dentro das múltiplas possibilidades permitidas pela medida abstrata da pena, a pena mais adequada ou justa perante as necessidades sentidas *in casu*. De entre eles, sobressaem, pela sua potencialidade de introdução de maior rigor e racionalidade da decisão judicial de determinação da pena, as *sentencing guidelines*. Compulsados os seus elementos caracterizadores no modo como são utilizados no ordenamento jurídico-penal inglês, exemplo paradigmático da família jurídica de direito anglo-saxónico, percebemos, a final, que podem revelar-se instrumentos jurídicos importantes na construção de um novo modelo integral, racional e coerente de medida da pena.»

Indagando da posição actual dos magistrados portugueses sobre as *sentencing guidelines*, qual a sua receptividade, realizamos o Prof. Pedro Freitas e eu uma comunicação ao EURO-CRIM14, Conferência Anual da ESC⁷⁴, intitulada “Sentencing guidelines *nos sistemas continentais*?: *Um relato das percepções dos Magistrados*”, construída com base num questionário para avaliar a percepção dos magistrados portugueses sobre a coerência da sentença, a utilidade dos sistemas de apoio à decisão e as *sentencing guidelines*, concluindo que, de acordo com as percepções dos magistrados portuguesas:

— em geral, a coerência deve ser procurada;

73 Do Prof. Doutor Pedro Miguel Freitas, defendida na *Área de Ciências Jurídicas Públicas, na Universidade do Minho*.

74 Que teve lugar em Praga entre 10-13 de Setembro de 2014.

- os sistemas de apoio à decisão serão bem acolhidos, embora os contactos formais e informais actuais entre os colegas sejam vistos como suficientes;
- há aceitação das diretrizes e das *sentencing guidelines*;
- são necessárias respostas e estudos adicionais.

Quando falamos em *sentencing guidelines* pensamos no sistema inglês. Ele, como lembra Pedro Freitas, e no que respeita à questão da vinculação do julgador às *sentencing guidelines*, não comporta uma natureza absolutamente obrigatória para o aplicador do direito, o que não quer dizer também meramente indicativo. Se a lei prescreve que o tribunal deverá obedecer ao que seja prescrito pelas *sentencing guidelines* relevantes para o caso concreto, também excepciona: “todo o tribunal deve, na decisão da determinação da pena, seguir quaisquer *sentencing guidelines* relevantes para o caso individual (...) salvo quando o tribunal se convença que seria contrário aos interesses da justiça fazê-lo”⁷⁵.

As *sentencing guidelines*, são modelos orientadores da decisão judicial de determinação da medida da pena, da responsabilidade do *Sentencing Council for England and Wales*, criando as *sentencing guidelines*⁷⁶, monitorizando o seu uso, a avaliação do seu impacto na prática

⁷⁵ «A circunstância de se reconhecer que é nas *sentencing guidelines* que reside o núcleo dos instrumentos jurídicos de que os magistrados judiciais se servem para a tarefa de determinação da sanção jurídico-penal e sua medida não é perturbada sobremaneira pela dinâmica de criação de direito por via de decisões judiciais vinculativas. Por três razões. Em primeiro lugar, a fisionomia de um crime, a sua natureza e o modo como se concretiza, a par dos aspetos distintivos do agente, conduzem a uma imagem global de difícil, se não impossível, repetição. Por isso, o julgador, com alguma facilidade, pode recorrer a um dos mecanismos de afastamento do precedente judicial: *distinguishing*. A par do mecanismo de *overruling*, que exprime o poder, gozado pelos tribunais superiores em relação a tribunais inferiores, de eliminação com efeitos retroativos e prospetivos de um precedente judicial estabelecido num determinado caso, o *distinguishing* é igualmente uma forma de raciocínio jurídico que permite desaplicar um precedente judicial. A diferença fundamental entre o *overruling* e o *distinguishing* é que não cria um novo precedente judicial, limitando-se somente a desaplicá-lo no caso *sub judice*, sem que com isso afete a sua validade jurídica e produção de efeitos em situações passadas e futuras, por se considerar que existem diferenças substanciais entre os factos que estiveram na origem do precedente judicial e aqueles que no momento estão a ser apreciados pelo julgador. Por outro lado, quando o *Court of Appeal* é chamado a decidir, em sede de recurso, sobre a justeza de uma decisão judicial de aplicação de uma pena numa certa medida, as mais das vezes, limita-se a verificar se os passos de determinação da medida da pena foram cumpridos. Por último, na hipótese de o *Court of Appeal* considerar necessário a alteração da sentença aplicada em primeira instância, pode substituir o órgão jurisdicional *a quo*, rever a sentença e decidir de modo diferente, mas sempre com duas limitações importantes: a sentença não pode, em caso algum, ser agravada e tem de circunscrever-se aos limites decisórios do tribunal inferior.» Pedro Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, 2016, Lisboa: Rei dos Livros, p. 290-292.

⁷⁶ Já foram produzidas *sentencing guidelines* designadamente nos seguintes domínios: Assalto; Tentativa de homicídio; Violação de uma ordem de restrição; Violação de uma ordem de comportamento anti-social; Roubo; Morte na condução automóvel; Infrações por cães perigosas; Delitos contra a droga; Infrações ambientais; Infrações sexuais; Fraude, corrupção e branqueamento de capitais; Homicídios por provocação; Princípios gerais: ataques a crianças e

judiciária e a consciencialização do público em geral para o modo de funcionamento das *sentencing guidelines* procurando assim alcançar elevados níveis de confiança pública na consistência e qualidade do sistema de justiça penal inglês⁷⁷.

Numa apreciação crítica a este modelo, Pedro Freitas refere: “um modelo de determinação da medida da pena como o inglês, por assentar num procedimento estruturado e sequencial, promove, sobretudo, a consistência na metodologia. Não sendo constritiva e inflexível quanto à possibilidade de desvios, justificados pela justiça do caso concreto, nomeadamente quando comparada com o que se encontra em alguns estados norte-americanos onde o objetivo da consistência na aplicação das sentenças jurídico-penais se logra com uma redução exasperada das tarefas operativas que ao julgador incumbe realizar e se resumem a cruzar a pontuação correspondente ao histórico criminal e a pontuação dada pela gravidade do crime, as *sentencing guidelines* inglesas trazem alguma formalização metodológica, inexistente, por exemplo, pelo menos do ponto de vista legal, no ordenamento jurídico português, onde, no artigo 71.º do seu Código Penal, se aposta numa “orientação por palavras”.»

Não se ignoram as dificuldades da criação e implementação de *sentencing guidelines*, com a exigência de numerosos estudos empíricos devidos, por um lado, à dificuldade em acompanhar a evolução progressiva e sincopada da materialização de diferentes *sentencing guidelines*, mesmo se antes da sua publicação tiverem sido consultados os membros da comunidade, profissionais do sistema de justiça penal ou académicos especializados nas matérias envolvidas e, as dúvidas que a doutrina possa ter sobre a quantidade e qualidade dos dados estatísticos relativos ao *sentencing*.

Mas penso que é este o momento oportuno para insistir neste caminho, como o demonstra o envolvimento do JUSCRIM no projecto JUSGUIDE, já apresentado e que visa exactamente a criação, entre nós de *sentencing guidelines*.

crueldade a uma criança; Princípios gerais: violência doméstica; Princípios gerais: julgamento dos jovens; Redução da sentença por *guilty plea*; Roubo; Lei de Infrações Sexuais de 2003; Roubo e roubo em prédio não de habitação.

77 Como informa o mesmo Autor, a criação de uma *sentencing guideline* concreta obedece ao seguinte procedimento: (i) – atribuição de uma moldura da pena, denominada *offence range*, que se ajuste, no julgamento do *Sentencing Council for England and Wales*, à natureza do crime (ii) – eventual divisão do crime em diferentes categorias que correspondam a diferentes graus de gravidade (*offence category*), partindo de uma lista de factores que se referem à culpa do agente e ao dano causado, intencionado ou previsível pela conduta, e que permitem avaliar a gravidade do crime cometido e optar-se por uma ou mais categorias do crime, a cada uma correspondendo uma *submoldura* abstrata da pena (*category range*) e um ponto de partida (*starting points*) específico, que será agravado ou atenuado em função de certos factores de medida da pena descritos na *sentencing guideline*.

Conclusões

A – A *imposição* e a *determinação da pena (sentencing)*, uma das fases mais importantes do processo penal, em que se determina a natureza e o valor ou duração da pena que será imposta ao condenado e, em particular, o seu julgamento e finalmente a sua prisão para cumprir a sua pena; ocorre frequentemente, por vezes alguns minutos, com pouco ou nenhuma produção de prova, e sem fundamentar plenamente as decisões do tribunal sobre a pena, com referência aos factos.

B – O que contribui para uma grande heterogeneidade das decisões proferidas pelos tribunais criminais, variando de acordo com a mentalidade e a personalidade do juiz e, sobretudo, de acordo com a ideia que ele tem da finalidade e da eficácia da sentença, com violação, numa área crucial, dos direitos dos arguidos, de princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da igualdade, da equidade do processo, mas também da segurança jurídica, da possibilidade de todos saberem com relativa exactidão e antecipação as prováveis consequências de seus actos puníveis.

C – É aconselhável, do ponto de vista da política criminal, a consagração directa no Código de Processo Penal da aplicação de uma pena como uma fase distinta do processo penal, após a decisão de reconhecimento da culpa do autor do acto, como já acontece no nosso sistema processual (art.ºs 369.º a 371.º do CPP), num ténue sistema de *césure* no sistema processual penal, que destaca a questão da determinação da sanção aplicável da questão da determinação da culpabilidade do agente.

D – Mas a percepção é a de que este sistema de tímida *césure*, se bem que ocasionalmente afirmada, não se mostra suficientemente interiorizado e capaz de obstar às deficiências que visava colmatar, mostrando-se necessário investigar se aquela percepção é verdadeira, quais as razões e quais as formas de intervir, para este expediente essencial para a individualização adequada, justa e proporcional da pena, reclamada também pelos direitos humanos, se concretize devidamente.

E – Um outro problema, comum a outros países europeus, prendendo-se com a qualidade do legislador penal, deve ser enfrentado, pois que, nas sentidas dificuldades e insuficiências do legislador penal, tem-se situado a incapacidade ou relutância manifestadas pelo legislador penal em visitar os diplomas penais, designadamente o Código Penal, na reavaliação das soluções adoptadas, à luz dos resultados alcançados, das críticas formuladas, como manda a legística.

F – O que ocasiona dificuldades de monta no procedimento da determinação da pena, influenciado desde logo pela construção das molduras abstractas dentro das quais a medida concreta da pena é definida, por causa do número das molduras penais e sua amplitude, limites mínimos e modelo de agravação.

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

G – Criando-se um nó problemático complexo que exige um estudo sério e aprofundado da atuação do legislador na sua função complementar de definição dos limites mínimos e máximos abstractos das penas, nomeadamente no sentido de se saber em que medida acolhe os princípios constitucionais justiça, da proporcionalidade, adequação e necessidade ou contribui para a disparidade e incoerência na aplicação das penas.

H – Também o Código de Processo Penal, refere-se directa ou indirectamente a bagatelas penais, pequena criminalidade, criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta, mas só tomas em conta os limites máximos das molduras penais, como se o legislador tivesse dificuldades de integrar o papel desempenhado pelos limites mínimos das mesmas molduras, em termos de política criminal, o que, a meu ver, já se intui com clareza da parte especial do Código Penal a partir do conjunto das molduras penais adoptadas e da forma de agravação desses limites mínimos, que é, segundo cremos, difícil de compreender, em termos de política criminal.

I – Importaria estabelecer compreender e realçar o papel dos limites mínimos das molduras penais, das relações entre os limites, da harmonização a implementar depois, a bem de uma maior coerência na aplicação das penas, através de uma correcção das assimetrias e falta de proporcionalidade que se encontra nas molduras penais actualmente oferecidas ao julgador.

J – Na divisão de tarefas entre o julgador e o legislador, em que se traduz a aplicação das penas, cabe também ao legislador indicar *os factores* a atender *e os critérios* que aquele deve respeitar *na individualização judicial da pena*.

K – Para além de poder estar em causa, e no nosso caso também está perante factores que são muito abertos, como se vê da enumeração do n.º 2 do art. 71.º, de detalhe e especificação insuficiente, não auxilia particularmente o juiz, na tomada de decisão, o saber que a gravidade do facto e a personalidade do culpado devem ser atendidos, se esses critérios são citados de forma geral ou indefinida, sem qualquer *hierarquia, método* ou *técnica* que permita eliminar as contradições que contêm.

L – Frequentemente, o juiz produz um discurso teórico sobre a determinação da pena, citando a lei e a doutrina, refere vagamente a gravidade da conduta e da culpa, sem ancorar essas afirmações nos factos concretos e depois aponta um número, o que não se traduz numa verdadeira individualização ou personalização da pena, humanizando-a, e não satisfaz obviamente o preceito constitucional da fundamentação (art. 205.º CRP) e legal (art. 71.º, n.º 3 do C. Penal).

M – Merecendo inicialmente adesão pela jurisprudência e depois distanciamento, métodos como o de pontos de partida recomendados pelo Conselho da Europa, perante crítica severa e a meu ver imerecida de alguma Doutrina.

N — No domínio do combate às disparidades injustificadas na aplicação das penas é igualmente recomendada a consideração às penas habitualmente aplicadas a cada crime pelos Tribunais, na sequência, aliás do 8.º Colóquio Criminológico de 1987, o que já foi objecto de estudos empíricos no que se refere aos «correios de droga» e à pena única em concurso de crimes, a partir da prática judiciária do Supremo Tribunal de Justiça, já publicados, com resultados promissores.

O — Outras investigações e intervenções foram produzidas, sendo que as Leis da Política Criminal, abriram espaço às *sentencing guidelines*, que no entanto não tem sido devidamente preenchido, o que é urgente que aconteça.

P — O próprio Supremo Tribunal de Justiça tem aberto espaço à prática e ao debate sobre estas matérias e questionário dirigido às magistraturas revela que os sistemas de apoio à decisão serão bem acolhidos, embora os contactos formais e informais actuais entre os colegas sejam vistos como suficientes, que há aceitação das directrizes e das *sentencing guidelines*, sendo consideradas necessárias respostas e estudos adicionais.

Q — Dos métodos referidos, as *sentencing guidelines*, como são utilizadas no ordenamento jurídico-penal inglês, pela sua potencialidade de introdução de maior rigor e racionalidade da decisão judicial de determinação da pena, podem revelar-se instrumentos jurídicos importantes na construção de um novo modelo integral, racional e coerente de medida da pena.

R — Mas penso que é este o momento oportuno para insistir neste caminho, como o demonstra o envolvimento do JUSCRIM no projecto JUSGUIDE, já apresentado e que visa exactamente a criação, entre nós de *sentencing guidelines*.

O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro

Ana Elisa Liberatore S. Bechara*

Sumário: 1. Introdução: o papel da dogmática na realidade disfuncional em matéria de penas; 2. Desmistificação do discurso tradicional sobre as finalidades da pena e o sentido da pena no contexto democrático brasileiro; 3. O princípio da individualização da pena como limite (in)consistente da atuação judicial: crítica à influência do positivismo criminológico no ordenamento jurídico-penal brasileiro; 4. Pena e seletividade penal: o modelo de Direito Penal para a aporofobia; 5. Conclusão: Por uma leitura democrática do princípio de individualização da pena.

1. Introdução: o papel da dogmática na realidade disfuncional em matéria de penas

A convergência entre o sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação corresponde a um dos temas mais controvertidos do Direito Penal, porque diz respeito à sua própria essência, sendo, assim, de reflexão obrigatória, conforme sintetiza de forma provocadora Tobias Barreto no início de seu escrito “*Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*”.¹ Introduzindo a discussão, afirma em tom crítico e irônico o mestre da Faculdade de Direito do Recife:

“No meio de taes questões sem sahida, parvamente suscitadas, e ainda mais parvamente resolvidas, occupa lugar saliente a celebre questão da *origem e fundamento do direito de punir*. É uma especie de *adivinha*, que os mestres crêm-se obrigados a propôr aos discipulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorancia; o que aliás não impede que os illustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egypto a respeito dos seus hieroglyphos”.

* Professora Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atualmente no exercício da Vice-Presidência da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade (2018-2022).

1 BARRETO, Tobias. *Menores e loucos e fundamento do direito de punir*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1926, p. 131. Grafia e itálicos originais do texto.

O trecho citado revela uma constatação perturbadora e bastante atual: apesar do sentido da pena e do conteúdo do delito constituírem os pressupostos metodológicos fundamentais para qualquer desenvolvimento teórico e aplicação do Direito Penal, em pleno século XXI ainda não se tem claro nem um, nem outro conceito, o que revela o Direito Penal como ciência jurídica atormentada ou doente, conforme aponta Gustav Radbruch.² Mais ainda, a partir de tais imprecisões, e estando a teoria do delito vinculada à teoria das finalidades da pena, o sistema penal não é capaz de encontrar limites claros relacionados à proteção e respeito ao indivíduo, restando delineado de maneira formal, idealista e, por isso, perigosa em um contexto democrático.

Essa observação preliminar provoca a refletir sobre a legitimidade da pena para além dos universos da dogmática e da lei posta, a fim de buscar seu sentido e racionalidade concretos, no âmbito de uma determinada realidade político-social. E daí surge uma grande dificuldade, já que qualquer reflexão sobre a legitimidade da pena e, assim, do Direito Penal invariavelmente tropeça no questionamento sobre a possibilidade de construir uma racionalidade em relação a uma ciência que está menos vinculada ao seu objetivo do que a seus propósitos políticos. Tal dificuldade, aliás, é bem ilustrada na violência e nas contradições que marcam a evolução histórica das penas, que por isso mesmo é tida por Luigi Ferrajoli como “*mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos*”.³

A esse ponto, cabe então uma necessária desmistificação. Tradicionalmente afirma-se que as mudanças históricas pelas quais passaram as práticas punitivas ocorreram de forma evolutiva, no sentido de mudar os hábitos cruéis de execução, tais como o relatado no início da obra de Michael Foucault,⁴ por penas mais civilizadas, humanizando-as. Assim, em 1666, Thomas Hobbes já expunha na obra “*Diálogo entre um filósofo e um jurista*” a dúvida sobre a legitimidade da pena e a racionalidade de sua aplicação concreta, questionando o jurista a partir da posição do filósofo:

“*Quem tem o poder de definir e ordenar o tipo especial de pena para uma infração cometida?*” pontua Hobbes, e em seguida afirma: “*Uma pena certa nunca pode ser determinada se sua origem está na razão natural dos juízes delegados ou na razão natural do juiz supremo. Pois se a lei da razão efetivamente determinasse as penas, então para as mesmas transgressões*

2 RADBRUCH, Gustav. Einführung in die Rechtswissenschaft. 11ª ed. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964, p. 250.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 385. Conforme conclui o autor, enquanto o delito constitui normalmente uma violência ocasional e por vezes impulsiva, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um. Idem, ibidem.

4 FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 26ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p. 9-10.

deveria haver em todo o mundo e em todas as épocas as mesmas penas, porque a lei da razão é imutável e eterna".⁵

Nesse mesmo sentido, em 1764, nas conclusões de seu "*Dos delitos e das penas*", Beccaria traduziu claramente a exigência de que "*para que não seja violência de um ou de muitos contra um indivíduo particular, a pena deve ser essencialmente pública, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e ditada pelas leis*".⁶ Dentro do marco do Iluminismo, seria, assim, o princípio da humanidade das penas o que melhor distingue, simbolicamente, a ruptura com o terror absolutista, congregando a ideia da pena como limite à intervenção do Estado, incluída aí a garantia de sua previsibilidade ("*nulla poena nullum crime sine pravia lege*"), o que é coerente com a passagem do homem da condição de súdito para a de cidadão.

Porém, prosseguindo-se na linha evolutiva, observa-se uma concepção de pena que não corresponde propriamente a qualquer evolução em relação ao ideal iluminista.⁷ Na verdade, muitas vezes ocorre exatamente o contrário. Com efeito, como explicar as concepções positivistas que se sucederam à Escola Clássica no fim do século XIX como uma melhora em matéria de pena? E como entender em sentido evolutivo o estado atual das coisas, em que se verifica de modo crescente o retorno a um caráter aflitivo e cruel das penas, abandonando-se o indivíduo como realidade empírica e base do Direito Penal em prol de um objetivo de estabilização normativa e de resposta simbólica às mais diversas demandas sociais? Na verdade, verifica-se que a transposição do arbítrio absolutista para uma pretensa racionalidade liberal acabou com o tempo e suas contingências políticas por conceder mais legitimidade simbólica ao Direito Penal, inclusive para a manutenção de um sistema que abandona a crueldade das penas só em seu aspecto formal. Observa-se, assim, que a pena privativa de liberdade não é concretamente mais humana do que as penas corporais que historicamente substituiu, podendo-se afirmar que, longe de uma mera evolução linear, a teoria da pena desenvolve-se sob um movimento pendular característico do Direito Penal em geral, cujo impulso alternado no sentido de maior liberdade ou de maior autoritarismo não é dado pela dogmática, estando na verdade politicamente condicionado.

5 HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 159.

6 BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 123.

7 Na mesma linha, v. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*. 'Sursis', livro-mento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 19.

Afastando-se, então, a afirmação de uma pretensa neutralidade científica na esfera penal, que serve apenas para encobrir uma base ideológica clara, mas não declarada, de justificação, toda a experiência histórica acumulada conduz a um olhar no mínimo desconfiado ao Direito Penal e à teoria da pena, exigindo uma constante reflexão, não obstante suas funções declaradas e suas promessas socialmente tentadoras – e na prática irreais – de eficácia. Em palavras simples, pode-se concluir que a pena é um ato político de violência do Estado.

Pois bem, vistos os pressupostos metodológicos da discussão, há que se retomar a famosa frase contida no Projeto Alternativo do Código Penal Alemão de 1966, segundo a qual “*a pena é uma amarga necessidade em uma sociedade de seres imperfeitos como são os homens*”. Em uma primeira abordagem, poder-se-ia afirmar que tal frase expõe a ideia de que, embora as tendências abolicionistas tenham apontado os problemas do sistema penal que insiste no recurso às sanções tradicionais, não foram e não são capazes de superar tal sistema, por não apresentarem alternativas de resposta, possuindo caráter utópico e eticamente paternalista, conforme aponta Jesús-María Silva Sánchez.⁸ Daí a observação de Luigi Ferrajoli de que a alternativa mais adequada ao Direito Penal é ele próprio, mesmo imperfeito, desde que acompanhado de garantias individuais.⁹

Porém, analisando com mais cuidado a frase do Projeto Alternativo do Código Penal Alemão, verifica-se que ela traduz uma aceitação conformada da dogmática em relação à pena, a despeito de suas contradições essenciais insolúveis. O problema de uma interpretação auto-legitimada e conformista sobre a pena é que ela gera um raciocínio normativo que distancia as razões jurídicas das razões e consequência sociais do ato estatal de punir, no âmbito do que Cláudio Brandão denomina de “*um autismo jurídico que encerra a dogmática em um mundo próprio*”,¹⁰ permitindo a manutenção de uma realidade cada vez mais disfuncional e degradante.

E se não há maior questionamento quanto à previsão legal das penas, em sua aplicação concreta as dificuldades avolumam-se, pois as considerações teóricas desempenham um papel ainda mais secundário, cedendo espaço a valorações arbitrárias, estereotipadas e moralmente condicionadas. De fato, a prática judicial pode ser adjetivada de selvagem, sendo impossível concluir que os juízes pensam nas finalidades da pena tal como as teorias idealistas pres-

8 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992, p. 20 e ss.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, cit., p. 342.

10 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, Cap. 1., item 1.3.

crevem. Tal apagamento dogmático em relação à pena é fruto de um “raquitismo teórico”,¹¹ que coexiste com uma hipertrofia discursiva no âmbito da teoria do delito, essa cada vez mais refinada e complexa.

Diante de tal quadro, cabe questionar qual o sentido da despreocupação dogmática em relação à pena. Trata-se aparentemente de um paradoxo, já que todo o desenvolvimento sobre a teoria do delito deveria almejar, afinal, chegar ao destino certo da boa aplicação do poder punitivo, correspondente, nos casos de condenação, à aplicação de uma sanção justa.

Na verdade, em matéria de pena observa-se um fenômeno estarrecedor: sempre se afirma criticamente uma grande desconexão entre dogmática e prática penal, o que retiraria da primeira valor concreto, como instrumento de garantia do cidadão contra o poder de punir do Estado. No caso das penas, de forma totalmente distinta, a dogmática cumpre um papel claro e perverso. Não que haja uma coerência entre as finalidades dogmaticamente atribuídas à pena e sua finalidade concreta; não há tal congruência e não parece haver preocupação sobre isso. O que a dogmática faz, na verdade, é sustentar ou justificar formalmente uma prática judicial arbitrária, na medida em que a camufla, sob um suposto manto de racionalidade, como pretenso marco legítimo para a aplicação das penas.

Exatamente por isso, vive-se hoje uma realidade carcerária intolerável no Brasil, por conta da qual o país já foi, inclusive, condenado no plano internacional. Em números absolutos, o Brasil corresponde ao 3º país do mundo em número absoluto de encarcerados, atrás dos Estados Unidos e da China. A taxa brasileira de aprisionamento supera 300 pessoas para cada 100 mil habitantes e segue crescendo em média 7% ao ano. A taxa de ocupação do cárcere é de 167%, com condições gerais de higiene, alimentação e saúde precárias, sendo que 61,6% dos presos são negros e apenas 13% participavam em 2014 de alguma atividade educativa, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen.

Essas estatísticas não representam disfuncionalidades do sistema, como teimam em afirmar alguns dogmas do Direito. Esse é o sistema. Em outras palavras: a culpa não é das estrelas, do orçamento, da crise econômica, do subdesenvolvimento do Estado, como também adverte David Garland.¹² A culpa é do próprio Direito, que trata de estabilizar e justificar uma realidade deliberadamente arbitrária, cruel e desumana. Questiona-se, nesse

11 Cf. expressão utilizada por ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. 2ª ed. (reimpr.). Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 993.

12 GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

sentido, como é possível tal estabilização de um denominado “estado de coisas inconstitucional”,¹³ no âmbito de uma sociedade democrática e, da mesma forma, como é possível que a sociedade não se sensibilize com a forma pela que se aplicam as penas e não se dê conta do sofrimento representado pela pena. Tal sofrimento é, aliás, frequentemente exposto à sociedade pela denominada “baixa cultura jurídica”, a exemplo de Graciliano Ramos, em *Memórias do cárcere*, e Lima Barreto que foi ele mesmo um objeto da intervenção penal, em *Cemitério dos vivos*.

Essa insensibilidade social é reflexo de uma situação de vitimização, no âmbito de um punitivismo que faz com que a sociedade apenas seja capaz de questionar a pena aplicada a um agente quando antevê excepcionalmente sua inocência. A verdadeira questão, porém, está em refletir criticamente sobre as penas impostas a agentes que de fato sejam responsáveis pela prática de delitos, e aí é preciso coragem para defender os direitos individuais desses delinquentes, que não deixam de ser cidadãos. E esse discurso de resistência é sempre difícil no âmbito de uma pós-modernidade em que se trava uma verdadeira guerra contra a ilustração¹⁴ e contra o Direito Penal liberal.

Tendo em vista que o jurista não pode limitar seu compromisso com a sociedade a uma análise das normas, prescindindo de sua aplicação, opta-se por uma abordagem concreta do tema, tomando a pena não apenas como instituto abstrato, mas fundamentalmente no momento de sua aplicação, e assim o presente escrito buscará discutir 4 questões: (i) qual o sentido da pena a partir do limite democrático de respeito ao indivíduo e à liberdade; (ii) se o princípio da individualização da pena configura, tal como é hoje aplicado, um limite consistente para limitar a atuação judicial na determinação da pena; (iii) o punição seletiva no âmbito de um modelo de Direito Penal para a aporofobia; e (iv) quais devem ser os critérios para a orientação democrática da aplicação da pena tendo em vista o sujeito.

13 Conforme expressão/tese utilizada no âmbito do julgamento da ADPF 347, ajuizada em razão das inúmeras violações de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, perante o Supremo Tribunal Federal. A origem do estado de coisas inconstitucional remonta, porém, à Corte Constitucional da Colômbia, que a empregou pela primeira vez em 1997, também em matéria penitenciária.

14 Nesse sentido, v. HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989, pág. 15.

2. Desmistificação do discurso tradicional sobre as finalidades da pena e o sentido da pena no contexto democrático brasileiro

A dogmática penal continental de influência germânica há tempos chegou a um consenso sobre os três elementos que, sozinhos ou combinados entre si, conformam as distintas teorias sobre a finalidade da pena, a saber: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial. Para que se proceda a uma brevíssima digressão história do discurso jurídico de legitimação da pena, é preciso ver, porém, que toda finalidade se vincula a uma justificação, conforme observa Antonio Luis Chaves Camargo.¹⁵ Então, ao lado das finalidades da pena, há que tratar de seus fundamentos – a culpabilidade e a periculosidade –, os quais se relacionam filosoficamente a distintas ideias de Direito.

Uma primeira ideia de Direito é a de justiça, que em matéria de pena poderia ser compreendida como justiça igualitária, no sentido distributivo. A partir de tal ideia, desenvolvem-se as denominadas teorias retributivas, fundadas no livre-arbítrio e vinculadas a um juízo formal, sem buscar qualquer tipo de argumento utilitário da pena, conforme se verifica a partir do sentido categorial de punição proposto por Kant ou da concepção de reestabelecimento da ordem jurídica perturbada pelo delito, de Hegel.

Os problemas da adoção dessa ideia de justiça igualitária em relação ao Direito Penal decorrem fundamentalmente de sua incapacidade de prover uma equação que torne mensuráveis as realidades heterogêneas do delito e da pena, ademais de não trazer outros objetivos além da própria repressão ao delito por si mesma.¹⁶ Por isso, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, e a partir da ênfase das Cortes Constitucionais dos Estados edificados com base em Constituições sobre a necessidade de subordinação do poder de punir à demonstração de sua concreta utilidade social, as teorias retributivas passaram a ser em geral desprezadas pela doutrina, a exemplo dos escritos de Ulrich Klug¹⁷ e de Claus Roxin.¹⁸ É bem verdade que há na atualidade um movimento para a recuperação da concepção retributiva, agora em uma

15 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

16 No mesmo sentido, v. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición. *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, mar. 2017, p. 4.

17 KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, Jürgen (hrsg.). *Programme für ein neues Strafgesetzbuch*. Frankfurt am Main: Fischer, 1968.

18 ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. Lisboa: Veja, 1998, p. 19.

linha limitadora, no sentido ético de só admitir a punição nos casos de estrita ofensa a bens jurídicos essenciais à pessoa, conforme defende Wolfgang Naucke.¹⁹ Esse retorno à retribuição não parece aceitável, diante da exigência de que o Direito Penal deve sempre apresentar alguma contribuição social em contraposição à sua violência. Na verdade, o único elemento racional a resgatar da retribuição é o princípio regulativo de mínima proporcionalidade da punição, que não deriva propriamente de uma finalidade retributiva, mas sim da necessidade de contenção da irracionalidade do poder.

A segunda ideia de Direito que pode influenciar a determinação da finalidade da pena é a da segurança jurídica, expressão polissêmica que, para aquilo que nos interessa, designa o conjunto de condições que permitem a cada indivíduo confiar que os direitos e deveres que o ordenamento jurídico assegura sejam respeitados. A ideia de segurança jurídica se relaciona, assim, com um objetivo empírico da pena de prevenção geral dos delitos, típico do individualismo liberal.²⁰

Sob a perspectiva da segurança jurídica, tem-se de um lado as teorias da prevenção geral negativa, ou da dissuasão, e, de outro, as teorias de prevenção geral positiva. As teorias de prevenção geral negativa foram construídas sobretudo pelas contribuições de Feuerbach, Romagnosi e Bentham, medindo a pena a partir de uma exemplarização, como esclarece Anibal Bruno,²¹ cuja legitimidade é bastante questionável, por não oferecer limites ao poder punitivo do Estado e buscar seu fundamento fora do delito e do sujeito concreto. De outro lado, as teorias de prevenção geral positiva buscam reforçar simbolicamente a internalização de valores pela sociedade, seja no sentido de reforço aos valores ético-sociais elementares, conforme defende Hans Welzel,²² seja de proteção da consciência social sobre a norma, conforme Winfried Hassemer,²³ seja de reafirmação simbólica do sistema social diante da desnormalização provocada pelo delito, na linha de Günther Jakobs.²⁴

19 NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TORTIMA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95 e ss.

20 No mesmo sentido, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición, cit., p. 5-6.

21 BRUNO, Anibal. *Direito penal*: pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 38.

22 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª edição. (4ª. edição castellana). Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

23 HASSEMER, Winfried. Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social. In: MIR PUIG, Santiago (ed.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

24 Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

Assim como ocorre com a justiça distributiva, a aplicação da ideia da segurança jurídica na teoria da pena falha em sua missão mais importante, que seria a de oferecer um critério certo para a configuração do sistema penal. Isso porque não se trata na prevenção geral, de igualar a pena à proporção do delito, mas sim de equacioná-la conforme o temor ou a satisfação da sociedade, como se pudesse situá-la como uma estrutura pautada no consenso, o que Durkheim já havia negado no final do século XIX. As teorias preventivas gerais acabam, assim, utilizando o agente como meio para atingir o fim de aplacar ânimos intranquilos ou de promover o conformismo em relação à situação existente.

Finalmente, tem-se a ideia de utilidade do Direito, também denominada de adequação ao fim, relacionada com a pretensão subjetiva de que o Direito, aí incluída a pena, cumpra um objetivo útil à sociedade,²⁵ evitando que os delinquentes voltem a cometer delitos. Esse objetivo é influenciado pelo positivismo criminológico, que substitui a culpabilidade pela periculosidade como fundamento da pena.

Sob essa perspectiva, tem-se de um lado a prevenção especial negativa, que visa fundamentalmente à inocuidade do condenado, o que corresponde a um dos enunciados do famoso Programa de Marburgo de Franz von Liszt, encontrando sua vertente mais radical na concepção de eliminação orgânica do condenado, de Raffaele Garofalo. Em ambos os autores, transparece o ideal de defesa social em desconsideração dos direitos e interesses do condenado, considerado perigoso e, assim, um inimigo social.

As teorias de prevenção especial positiva, por sua vez, são voltadas à ressocialização do condenado, ideal que soa tentador como finalidade da pena, mas que enfrenta vários problemas. O primeiro deles consiste na impossibilidade de exigir do indivíduo no contexto democrático pluralista um ajuste de personalidade e de concepção de mundo conforme a ideologia dominante. O segundo problema é a contradição da busca da ressocialização por meio da pena, já que toda punição supõe um estigma e uma humilhação. Justamente por isso, as teorias “RE” (reeducadoras, ressocializadoras, reintegradoras) assistiram a uma derrocada a partir da década de 1970, quando o trabalho de Robert Martinson (“*What works? Questions and answers about prison reform*”) concluiu que nenhuma das atividades ressocializadoras funcionava, obrigando, inclusive, à conclusão de que a pena jamais pode ser tomada como um bem para quem a sofre. E, no âmbito brasileiro, é interessante notar que Tobias Barreto, sempre na vanguarda do Direito Penal, já renunciava a seu tempo a trabalhar com o que chamou de “*questão ociosa do melhoramento e correção do criminoso por meio da pena*”, convicto de que,

25 Cf. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición, cit., p. 6.

em suas próprias palavras: “o Direito não partilha com a escola e com a igreja a difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral”.²⁶

O veneno mais importante que a finalidade de prevenção especial inocula, ainda que de forma dissimulada, por meio do slogan pretensamente positivo da ressocialização, é a periculosidade como fundamento da pena, levando a uma “pedagogia penitenciária” arbitrária, baseada na defesa social, e, assim, a um Direito Penal de Autor. E se o fundamento da pena é a periculosidade do sujeito, para o fim de defender a sociedade da prática de novos delitos, já não faz sentido lógico falar de “direitos subjetivos” do condenado durante a execução da pena, mas sim de “benefícios” que o Estado lhe pode bondosa e excepcionalmente conferir. Essa imagem da pena em que o sistema absorve o corpo indesejado com a finalidade de posteriormente incluí-lo novamente como parte integrante do sistema social, conforme a ilustração de Massimo Pavarini (“*La penaltà, oggi, nella crítica penológica*”), é redesenhada no séc. XX, sobretudo na Europa por conta das políticas do Estado Social. Assim, tem-se por exemplo no art. 25,2 da Constituição espanhola que “*as penas são orientadas à reeducação e à reinserção social*”. Da mesma forma, na Constituição italiana, o art. 27 estabelece que “*as penas devem ser orientadas à reeducação do condenado*”. O Brasil foi influenciado por essa vertente, ainda que nunca tenha sido propriamente um Estado Social. Assim, a Lei de Execução Penal brasileira prevê a busca da reintegração social do condenado no art. 1º. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vinculante para o Brasil, também estabelece no art. 5.6 “*a reforma e a readaptação dos condenados, como finalidade essencial das penas privativas de liberdade*”.

Se no cenário nacional é difícil aceitar a prevenção especial positiva como finalidade da pena, no âmbito europeu a justificação da pena com essa finalidade parece atualmente ainda mais complicada e, assim, retórica, na medida em que se observa a presença crescente de imigrantes ilegais, que somam um volumoso contingente nas casas penais (na Itália estimam-se que sejam cerca de 35% da população carcerária) e que após o término da pena serão provavelmente expulsos. Tudo a evidenciar que no âmbito de uma sociedade cada vez mais globalizada, de forma paradoxal a pena não significa integração, mas medida de exclusão social, por meio da qual os economicamente inúteis são descartáveis, conforme Sygmunt Bauman.²⁷

26 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. (Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero). Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 179.

27 BAUMANN, Sygmunt. *Europa. Uma aventura inacabada*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 106.

Diante das antinomias dos fins da pena, surgem teorias mistas, que mesclam elementos ou momentos das distintas teorias expostas. Em relação a essas teorias, é importante notar criticamente seus riscos, por habilitarem mais facilmente o poder punitivo, soando muito mais como uma tentativa retórica de legitimação da pena a qualquer custo do que uma construção racional, inclusive porque pretendem unir ideias de Direito que, como já visto, apresentam importantes contradições entre si.²⁸

A par das concepções tradicionais sobre a pena, há duas outras questões chamam a atenção na atualidade. A primeira delas é a ideia de que a pena possa ter uma finalidade voltada à satisfação da vítima, tal como defende Tatjana Hörnle.²⁹ Esse tema é especialmente importante para o Brasil, na medida em que há projeto de Código Penal tramitando junto ao Congresso Nacional cuja exposição de motivos contém uma surpreendente dedicatória a duas crianças vítimas de delitos violentos. A ideia de que a pena deve atender a vítima é apta a gerar uma transformação radical no significado do próprio Direito Penal, que passaria de instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos a mecanismo destinado à reparação dos direitos das vítimas, com a introdução de conteúdos emocionais no sistema penal, conforme apontam Jesús-María Silva Sánchez³⁰ e Alicia Gil Gil.³¹ Assim, não parece possível determinar a pena a partir das necessidades da vítima, porque isso conduziria a uma descivilização penal, retomando formas de castigo passionais, retributivas e excessivas.

A outra questão atual a examinar é a finalidade da pena no âmbito do Direito Penal Internacional, no qual nos deparamos com a figura da “*pena sem soberano*”, conforme a expressão de Gless, utilizada por Kai Ambos.³² Tem-se aqui um Direito Penal não imposto pelo Estado, mas sim por entidades internacionais ou supranacionais, derivado de uma necessidade jurídica e moral de castigo a violações de direitos universais, no sentido de uma retribuição

28 Nesse sentido, interessante a crítica de Eugenio Raúl ZAFFARONI e Nilo BATISTA sobre os riscos das teorias mistas ou unificadoras da pena, em razão de seu caráter autoritário: “*As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso.*” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 140.

29 HÖRNLE, TATJANA. Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht. *JuristenZeitung*, 2006, p. 950 e ss. Da mesma autora, v. também *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

30 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, 2009.

31 GIL GIL, Alicia. Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *InDret* n. 4/2016.

32 AMBOS, KAI. ¿Castigo sin soberano? La cuestión del “ius puniendi” en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2013, p. 5 e ss.

kantiana. Essa finalidade retributiva causa especial preocupação, em razão da cada vez maior influência dos elementos do Direito Penal Internacional nos ordenamentos penais internos dos Estados como fontes de Direito. O risco aqui é que, pela via do Direito Penal Internacional, a finalidade retributiva da pena acabe retornando com força ao Direito Penal.

Terminado o rápido panorama das teorias da pena, é preciso admitir que, na verdade, nenhuma delas consegue explicar de forma coerente a realidade. E parece lamentável que boa parte da dogmática se limite a repetir tais teorias durante quase dois séculos de forma descritiva. Mais lamentável ainda é ver que as teorias da pena, de origem europeia, são importadas e largamente utilizadas no âmbito da América Latina sem que se dê conta da necessidade de uma contextualização espaço-temporal do poder de punir e de suas consequências. No caso brasileiro, como tratar de pena sem levar em consideração a conformação social racista e a própria evolução da dinâmica político-econômica?

Ora, conforme a teoria materialista da pena da Escola de Frankfurt, todo sistema político-econômico tem uma tendência a descobrir sistemas punitivos que correspondam às próprias relações de produção. Então a história da pena é a história da evolução das estratégias de imposição de uma ordem social pelas classes hegemônicas, conforme lembram Alessandro Baratta³³ e, também no contexto italiano, Dario Melossi e Massimo Pavarini.³⁴ Essa lógica econômica faz muito sentido no caso brasileiro, a exemplo das penas aplicadas no contexto histórico do escravismo, em que o castigo corporal se prestava a preservar a força de trabalho, enquanto a pena capital era aplicada em face dos atentados contra o senhor e o sistema, em todo caso sempre de acordo com a situação do mercado de escravos, conforme aponta em suas obras Nilo Batista.³⁵ E essa mesma lógica parece se aplicar ainda hoje. Afinal, como afirma Alessandro De Giorgi, no sentido atuarial, “*mão de obra excessiva, encarceramento galopante*”.³⁶

Diante de todo o exposto, parece que se chegou a um beco sem saída em matéria de finalidades da pena. De todo modo, ainda há que tentar responder a primeira pergunta proposta, sobre qual é o sentido da pena no contexto democrático. E aí parece interessante retomar a famosa frase de John PRATT: “*O desenvolvimento social dos povos demonstra-se pela forma*

33 BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Bunster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 193 e ss.

34 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 209 e ss.

35 BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, Julio-Septiembre 2006, p. 279 e ss.

36 DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 15-16, 51.

como reagem frente ao delito e tratam o delinquente".³⁷ Em uma sociedade democrática, a resposta ao delito não se viabiliza apenas com a pena, e menos ainda unicamente com a pena privativa de liberdade. Há que buscar respostas integrais a problemas complexos. Por isso, no século XXI, diante das muitas velhas e novas questões que perturbam a sociedade, no âmbito democrático deve-se flexibilizar não as garantias individuais, mas sim as penas, em seu juízo de necessidade e de prevenção.

Assim, a pena somente poderá assumir um sentido preventivo legítimo se essa prevenção não for simbolicamente vinculada à máxima eficácia possível, e sim à mínima prevenção imprescindível. Isso significa um desapego no sentido de punição, isto é, a busca sempre que possível por algo melhor do que o Direito Penal. Significa também tomar a sociedade em sua realidade desigual e, portanto, de dissenso. Significa que as penas devem incidir muito menos, que devem buscar ser distintas da prisão e que às vezes há que deixar de aplicá-las. Claro que isso implica mudar todo o sistema penal, cuja coluna vertebral ainda é a prisão, e abandonar um tabu, o que é fundamental para nos levar a enxergar novamente o Direito Penal não só como instrumento de defesa social, no sentido efficientista, mas antes como instrumento de defesa do indivíduo e de seus direitos fundamentais, a começar pela liberdade. Sob essa perspectiva democrática, passemos, então, a analisar se o princípio da individualização da pena configura, tal como é hoje aplicado no Brasil, um limite consistente para limitar a atuação judicial na determinação da pena.

3. O princípio da individualização da pena como limite (in)consistente da atuação judicial: crítica à influência do positivismo criminológico no ordenamento jurídico-penal brasileiro

A individualização da pena, atualmente entendida como decorrência do princípio da humanidade das penas e garantida pela Constituição Federal Brasileira no art. 5, XLVI, implica que a sanção penal não seja completamente predeterminada, permitindo ao juiz alguma discricionariedade para, entre o mínimo e o máximo legalmente previstos, aplicar a cada caso uma solução justa. Nessa linha, a função do juiz revela-se uma instância político-criminal essencial, na medida em que encerra a etapa axiologicamente mais importante do sistema penal, que é a materialização da sanção em casos concretos. Porém, o poder legitimamente

37 PRATT, John. *Punishment and Civilization: penal tolerance and intolerance in modern society*. London: Sage, 2002.

conferido ao juiz jamais pode confundir-se com arbítrio, conforme lembra Heleno Cláudio Fragoso na obra clássica “*A motivação da sentença na aplicação da pena*”,³⁸ que conclui que o único mecanismo de controle nesse sentido é a motivação das sentenças, como obra de razão e de persuasão, na linha de Chaim Perelman, o que, aliás, é exigido pela própria Constituição brasileira no art. 93. Mas essa exigência de motivação só cumpre seu objetivo de controle quando há critérios claros sobre o objeto da decisão judicial.

Ora, em matéria de penas, apesar de ter ocorrido a Reforma da Parte Geral de 1984, que pôs fim ao embate metodológico entre Roberto Lyra e Nelson Hungria e estabeleceu, com fundamento a este último autor, o critério trifásico de aplicação da pena, de modo a tornar o processo formalmente mais claro, não existem no Brasil diretrizes legais objetivas e critérios dogmáticos unívocos a orientar sua concreta aplicação. De fato, a abertura valorativa do art. 59 do Código Penal brasileiro o torna um tipo penal perigoso, porque permite o arbítrio judicial. O maior problema do julgador não está, assim, na identificação concreta das circunstâncias judiciais nos autos, mas na própria necessidade de atribuição de conteúdo ou significado a essas circunstâncias, como passo prévio ao processo valorativo.

Diante dessas dificuldades, na prática se verifica de forma perturbadora que a suposta garantia da individualização da pena acaba se transformando em um instituto que traz enorme prejuízo ao indivíduo, implicando muitas vezes uma punição mais severa e autoritária. Questiona-se, então, como é possível que uma garantia individual se transforme num instrumento punitivista.

Na verdade, não ocorre propriamente essa transmutação, porque a individualização da pena não nasceu no plano teórico como uma garantia individual. Então, para se entender o sentido da aplicação disfuncional da pena no Brasil atual, é necessário examinar a história do sentido da individualização da pena em seu ordenamento jurídico.

No Código Criminal do Império de 1830, apontado como um dos maiores códigos do mundo a seu tempo em razão de sua clareza e precisão técnica, a aplicação da pena era regulada no art. 33 atendendo a concepção da Escola Clássica, segundo a qual, a partir da ideia de livre-arbítrio, a sanção penal deveria ter caráter certo e estar previamente prevista pelas leis, de forma a proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Prevalencia, sob essa perspectiva, a ideia de igualdade formal frente ao Direito.

Com o advento da República, surge o Código Penal de 1890, obra de João Batista Pereira, o qual, muito diferente do que ocorrera com o Código anterior, chegou a ser batizado de “*o pior Código de todos os tempos*”, em razão de suas pretensas falhas técnicas. É curioso ver, porém,

38 FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1969, v. 227.

que as bases do Código Penal de 1890 eram as mesmas do Código Criminal do Império. Então, na verdade a maior crítica ao Código Penal de 1890 talvez não fosse realmente a má técnica legislativa, mas sim o fato de estar fundado em princípios clássicos, quando na época já ganhavam força no Brasil os postulados positivistas.³⁹ Assim, por exemplo, tem-se a crítica de Raimundo Nina Rodrigues, conforme quem: “*A adoção de um código único para toda a república foi um erro grave que atentou grandemente contra os princípios mais elementares da fisiologia humana*”.⁴⁰ Também Ataliba Nogueira, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de São Paulo, em sua obra intitulada *Pena sem prisão* criticou a influência da escola clássica no Código Penal da época.

De fato, como era possível, diante das demonstrações científicas da antropologia criminal sobre as desigualdades, que a metafísica da Escola Clássica levasse ainda o legislador penal a estabelecer uma igualdade jurídica genérica? Ora, no positivismo surge a concepção do delinquente diferente dos não delinquentes. Os criminosos foram, sob tal perspectiva, divididos em classes, na linha de Enrico Ferri, entre alienados, natos ou instintivos, ocasionais e passionais. A partir dessa concepção, havia então a necessidade de desconstruir o sistema penal comunitarista “à prova dos juízes” de Beccaria e reconstruí-lo a partir da diferenciação de tratamento do delinquente, considerando-se sua temibilidade, sob uma ótica determinista. Opera-se, nesse momento, a passagem do Direito Penal do fato para um Direito Penal de autor. Essa era a visão dos penalistas brasileiros à época, tais como Astolfo Rezende, Esmeraldino Bandeira e Nelson Hungria.

Por isso, o Projeto de Código Penal de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, de 1935, que representou o primeiro esforço para superar o classicismo do Código de 1890, adotou na linha positivista a técnica de classificação dos criminosos como um critério a ser considerado pelo juiz no momento de aplicação da pena, conforme a influência do modelo do Código Penal italiano de 1930 e seu famoso art. 133 que previa os tipos criminológicos de delinquente. Passou-se a ver a preponderância do criminoso sobre o crime e, assim, os critérios de fixação da pena eram fundamentalmente subjetivos, destacando-se a personalidade do criminoso, o perigo social que representa, os motivos da prática do crime e a categoria em que fosse classificado. Embora não tenha chegado a converter-se em lei, diante das contingências políticas que levaram ao Estado Novo, esse Projeto deixou importantes marcas positivistas que persistem até hoje. E exatamente por

39Cf. ALVAREZ, Marcos Cesar. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, n. 45, p. 692. No mesmo sentido, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 196.

40 Cf. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 197.

isso recebeu elogios, tais como o de João Aureliano Corrêa de Araújo, professor da Faculdade de Direito do Recife:

“O projeto afasta-se do critério tradicional da Escola Clássica para examinar a ofensa causada à sociedade não somente pela gravidade do crime, mas pela temibilidade do homem delinquente, segundo o exame de suas condições físico-psíquicas, ampliando assim a esfera da defesa social e tornando mais eficientes os meios destinados à repressão e prevenção da criminalidade”.⁴¹

Finalmente, tem-se o Código Penal de 1940, projeto de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, a partir da revisão do Projeto de Alcântara Machado. O Código abraçou a ideia de individualização da pena, nos marcos do positivismo, chegando a abandonar até a classificação dos criminosos em favor de uma sistemática totalmente individualizada pelo juiz. Assim, ao lado do crime, eram compreendidos na individualização da pena critérios subjetivos, para que a sanção fosse perfeitamente medida ao condenado, a partir das ideias de periculosidade e de defesa social como alicerces de legitimação da intervenção penal, tal como afirma Anibal Bruno em sua *Teoria da perigosidade criminal*. A incorporação do postulado positivista da desigualdade entre criminosos e não criminosos terminou por institucionalizar um dado que, no Direito Penal clássico era apenas um efeito colateral desconfortável da pena: a seletividade do sistema. E considerando que tratamos de um período em que a memória da desigualdade imposta pela escravidão era muito recente, fica fácil entender a razão pela qual a sociedade brasileira se tornou solo tão fértil para a estabelecimento das concepções positivistas.⁴²

Encontra-se, então, o real sentido da individualização da pena, filha do afã classificatório próprio do positivismo criminológico, como critério generalizador, isento de qualquer associação a fins valorados, conforme, aliás, é o conteúdo da monografia de Raymond Saleilles, “*L’individualisation de la peine*”, de 1898. Então a individualização positivista não tem nada que ver com a concreção da pena no sentido da exigência de graduá-la valorativamente conforme a gravidade do delito cometido pelo agente, porque não trabalha afinal com indivíduos, mas sim com generalizações naturalistas.

A partir dessa necessária explicação histórica, pode-se entender o porquê da aplicação da individualização da pena atualmente em contradição com o caráter garantista determinado pela Constituição de 1988. De fato, a despeito da Reforma da Parte Geral do Código Penal em

41 ARAÚJO, João Aureliano Corrêa. *Projecto do código criminal do Brasil*. Recife: Imp. Industrial, 1937, p. 4.

42 Cf. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*, cit., p. 224.

1984, que substituiu expressões contidas no art. 59, ainda se segue um modelo legal positivista nessa matéria, o que, aliás, fica claro a partir do próprio texto da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, que menciona a importância do exame de personalidade do agente no início do cumprimento da pena como fator determinante do tipo de tratamento penal, vinculando expressamente tal exame a critérios recomendados por Benigno Di Tullio,⁴³ que foi titular da cadeira de Antropologia Criminal da Universidade de Roma e discípulo de Lombroso. Não é de espantar, então, que na aplicação da pena atualmente os juízes levem em consideração ora uma finalidade penal retributiva, ora uma concepção preventiva especial calcada na defesa social, sem qualquer preocupação com as garantias individuais. Na análise dos elementos do art. 59 do CP, e a despeito de toda a crítica da criminologia, a periculosidade e o determinismo que a acompanha ainda assombram, então, a determinação da pena, num território de subjetividade judicial intangível. As sentenças são apoiadas em elementos irracionais, morais e preconceituosos, tais como as expressões: “*o réu possui personalidade voltada para a criminalidade*”, “*culpabilidade acentuada, grave, desfavorável*”, além da frequente aplicação de um intolerável *bis in idem* relacionado à reincidência e aos antecedentes do agente.

Sobre o elemento “*personalidade*”, previsto no art. 59 do Código Penal como critério de aplicação da pena, há um problema insuperável: a ausência de precisão conceitual de um conceito extrajurídico. Desde a perspectiva constitucional, conclui-se que não é legítimo ao julgador ingressar nesta esfera, porque a valoração subjetiva e moral da personalidade do réu converte o Direito Penal de fato em Direito Penal de Autor.⁴⁴

É importante notar que os problemas de aplicação da pena atingem não só os clientes de sempre do sistema penal – a criminalidade de massa –, mas também os chamados criminosos de colarinho branco, ainda que esses muitas vezes consigam ao final não ser atingidos pelo sistema, por conta de outros fatores. Nessa linha, trazendo um exemplo bastante concreto da esfera do Direito Penal Econômico, ao condenar funcionários públicos por crimes contra a Administração Pública, é comum observar nas sentenças judiciais a afirmação de que “*o réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública*”, como se o fato de ser servidor público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de punir de forma autônoma e mais dura tais condutas justamente em razão dos deveres inerentes à função pública.

43 Tais critérios de Benigno Di Tullio podem ser encontrados em sua obra *Trattato di antropologia criminale*. Studio clinico e medico-legale ad uso dei medici, dei giuristi e degli studenti. Roma: Editrice Criminalia, 1945.

44 No mesmo sentido, v. SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 99, 2012, p. 215 e ss.

Da mesma forma, verifica-se frequentemente em decisões judiciais a majoração da pena-base em razão de manifestações de pensamento e modos de vida do réu que nada têm que ver com o delito cometido, representando um ato de criminalização imprópria, o que presen-tifica a instrumentalização material da antijuridicidade tão característica do Direito Penal produzido na Escola de Kiel, no qual o princípio da legalidade era flexibilizado em nome dos interesses da política nacional-socialista.⁴⁵

E é importante ver que a individualização da pena na linha positivista não atinge só os crité-rios para a determinação da pena-base do art. 59 do Código Penal. Há inúmeros outros focos do binômio periculosidade-defesa social no ordenamento penal brasileiro a implicar penas desumanas. Assim, pode-se mencionar a Lei dos Crimes Hediondos, que a partir de 1990 lotou e agravou as condições de vida nas prisões brasileiras, cumprindo um papel reprovável de dar à população a falsa ideia segurança por meio de uma lei extremamente repressiva, como critica Alberto Silva Franco.⁴⁶ Da mesma forma, sob aparência de uma sanção discipli-nar, a Lei Federal n. 10.792/2003 criou o Regime Disciplinar Diferenciado, inaugurando um regime carcerário desumano para presos considerados perigosos, o que tem levado a quadros psiquiátricos irreversíveis e até mesmo ao suicídio. E embora o Conselho Nacional de Polí-tica Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça tenha elaborado parecer em agosto de 2004 que concluiu pela incompatibilidade do RDD com as normas nacionais e internacionais acerca dos direitos humanos, tal regime ainda está vigorando, evidenciando a opção delibe-rada por um sistema penal perigosamente voltado ao combate simbólico de inimigos sociais. Em relação à execução da pena, aliás, principalmente no caso da privativa de liberdade, o descompasso entre os universos do *ser* e do *dever ser* se revela ainda mais gritante. Nessa esfera o pretense ideal de ressocialização não é em geral nem um pouco promovido pelo Estado, e na prática o que era para ser um direito do condenado se transforma em um dever, ou seja, o argumento da ressocialização é usado no momento da avaliação dos direitos subje-tivos do condenado como um impeditivo para a conquista da liberdade, como bem defendeu Luis Carlos Valois na obra *Execução penal e ressocialização*. É a famosa frase, vista em tantas sentenças judiciais: “O condenado não se apresenta suficientemente ressocializado para fazer jus ao ‘benefício’ pleiteado.”

Finalmente, encontram-se problemas de individualização em relação às penas alternativas, que são pouco e mal aplicadas, a despeito da Lei 9.714/98 as ter em tese ampliado, lei essa que

45 A mesma advertência é feita por CARVALHO, Salo de. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso. Parecer Operação Lava Jato). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.

46 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 639 e ss.

foi objeto de importante crítica por Miguel Reale Júnior⁴⁷ em razão de ferir toda a sistemática na matéria. E o pretexto é a inviabilidade de sua utilização para a repressão e prevenção em relação a delinquentes que são considerados de forma determinista e indistinta como perigosos. Na verdade, dado seu desvirtuamento de sentido, com a erosão de seu caráter ressocializador, as penas restritivas de direito são vistas em nosso sistema, então, como alternativas à liberdade, e não alternativas à privação de liberdade, representando uma extensão da rede de controle e punição do Estado.

Então, respondendo à segunda pergunta proposta, sobre se o princípio da individualização da pena configura, tal como é hoje aplicado, um limite consistente para limitar a atuação judicial na determinação da pena, pode-se concluir que não. A aplicação da pena tem como objetivo castigar e é absorvida pela ideia de periculosidade, que invade o terreno da culpabilidade como uma questão de verdade moral. Ocorre aqui, como apontou Nelson Hungria em seus *Comentários ao Código Penal*, uma conciliação póstuma entre Carrara e Ferri, isto é, uma vinculação pragmática entre a escola clássica e o positivismo, que é inconciliável do ponto de vista metodológico, gerando problemas graves. A individualização da pena nesses moldes, além de afrontar o modelo de Direito Penal do fato, opõe-se a dois dos fundamentos mais importantes do Estado Democrático de Direito: a dignidade humana e o pluralismo político, porque a punição, além de ser aplicada como castigo, é medida a partir de personalidades tidas de forma determinista como divergentes daquelas ditadas como “corretas” pelos detentores do poder, tal qual sintetiza Juan Bustos Ramírez.⁴⁸ Em suma, a individualização da pena no Brasil hoje não individualiza, mas massifica os condenados.

4. Pena e seletividade penal: o modelo de Direito Penal para a aporofobia

O Direito Penal é substancialmente vinculado à violência, sobretudo àquela proveniente do próprio Estado, caracterizada pela ofensa à liberdade individual. Justamente por constituir um instrumento funcional de poder estatal, a intervenção penal possui um significado político intrínseco, o qual contamina seus elementos dogmáticos e sua leitura hermenêutica. Assim, a racionalidade

47 REALE JÚNIOR, Miguel. Mens legis insana, corpo estranho. In: *Penas restritivas de direitos*. Críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

48 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la perigosidad. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luís (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 3 e ss.

instrumental pela qual é regido esse poder do sistema social condiciona sob uma perspectiva externa a autocompreensão que a ciência penal tem de sua própria racionalidade, manipulando-a.⁴⁹ Os limites dos conceitos jurídicos não são objetivos, mas sim disputáveis.

Ora, se todo discurso institucional na esfera penal tende a delimitar – ainda que não de maneira expressa – suas questões a partir da conveniência do próprio poder atuante, acaba ocultando, sob um viés supostamente científico e abstrato, a natureza falsa da imagem que é criada do sistema para garantir-lhe sustentação e autolegitimação. Então, parafraseando Pierre BOURDIEU,⁵⁰ o Direito Penal não é o que afirma ser e, embora se revista de garantias formais, opera na prática como instrumento ideológico e seletivo de poder, que é exercido independentemente da comprovação de eventuais ganhos concretos à sociedade no que tange à proteção de bens jurídicos.

O paradigma dogmático penal ostenta, portanto, um fim muito mais prático do que teórico, no sentido de ordenação funcional de seus enunciados como suportes políticos de outros interesses, conferindo segurança jurídica ao próprio sistema, legitimado como ciência. Isso explica como é possível que um mesmo modelo ou ordenamento penal possa ser utilizado em diversos contextos político-sociais, com resultados concretos bastante diferentes, sobretudo no que tange ao respeito à liberdade do indivíduo. E a política que influencia a intervenção penal não constitui apenas uma questão de poder e de interesses, mas também abarca a provisão e a defesa de símbolos, os quais possuem um potencial manipulativo. Assim, o poder punitivo estatal tem apenas como uma de suas funções controlar os comportamentos proibidos; por detrás disso, existem valores que simbolizam determinado modo de vida e que são colonizados por meio da proibição penal. Da mesma forma, a criminalidade não é um objeto preexistente, e sim o resultado de determinada interação na qual o legislador e o intérprete da norma penal ocupam um papel ativo, no âmbito de um processo fundamentalmente simbólico de atribuição de estigmas.⁵¹

Sob essa perspectiva, afirmar que o Direito Penal atravessa uma crise não constitui exatamente uma novidade. De fato, a história demonstra, desde a Ilustração e a relação dicotômica entre segurança e liberdade, a existência de uma crise estrutural imanente ao Direito Penal. De outra parte, não é possível deixar de notar a existência de uma “crise contemporânea” no Direito

49 Cf. PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Tradução de Maria José Pifarré. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. da versão espanhola). La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 100-101.

50 BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. Jueces para la Democracia, n. 47, jul. 2003, p.5.

51 Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: Vv. Aa. Pena y estado. Santiago: Conosur, 1995. p. 23-24.

Penal, a partir do final da década de 1970, fundada em outros fenômenos. Portanto, é possível afirmar que as discussões atuais sobre o Direito Penal giram em torno de novas dificuldades e desafios característicos da denominada Pós-Modernidade, entre os quais se podem citar o declínio do *Well Fare State*, a desapareição do ideal de ressocialização como finalidade principal da pena, a desintegração das relações sociais, a crescente sensação de insegurança e individualismo, bem como o reconhecimento da denominada sociedade de risco.

Os problemas acentuam-se ainda mais quando se observa a crescente superposição entre política criminal e política social. Nesses casos, após deixar de lado a realidade de uma série de sujeitos vulneráveis provenientes de grupos marginais no que tange à segurança de seus direitos, a política criminal passa a tomá-los em conta não mais como sujeitos, e sim como objetos da política social, com a finalidade de promover a segurança de suas potenciais vítimas. Opera-se, então, por meio do Direito Penal, a passagem de sujeitos vulneráveis que sofrem lesões de direitos (débeis) por parte do próprio Estado a potenciais infratores de direitos (fortes) de sujeitos socialmente mais protegidos, em um movimento político-criminal de criminalização da política social,⁵² tudo isso sob o amparo, pretensamente justificável sob o ponto de vista científico, da dogmática penal. Assim, há que se refletir criticamente sobre a utilização do Direito Penal, sob o amparo da dogmática, como instrumento de controle dos pobres no Brasil, cuja sociedade é caracterizada, de um lado, pela crescente desigualdade e, por outro, por uma cultura de consumo que acaba por gerar uma dicotomia de classes, culminando em um impactante rechaço à pobreza. Tal caldo de cultura permite entender por que a criminalidade patrimonial no Brasil corresponde à maioria percentual dentro do montante de delitos selecionados pelo sistema.

Sob essa perspectiva, a aporofobia⁵³ – refletida em processos de exclusão social decorrentes da situação de pobreza em uma sociedade de consumo – gera uma série de consequências, sob diversas dimensões, sendo de se questionar quais alternativas dogmáticas podem ser adotadas para a superação de tal modelo punitivo.

Conforme Bryan Stevenson, que se ocupa da realidade racista no sistema penal norte-americano, o legado da desigualdade racial para o Direito Penal consiste na presunção de culpa e de perigosidade.⁵⁴ Ainda que a realidade brasileira seja bastante distinta daquela

52 Cf. BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). Delito y seguridad de los habitantes. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997. p. 84-85.

53 A expressão “aporofobia” é um neologismo concebido por Adela Cortina, remetendo etimologicamente às palavras gregas *á-poros* (pobre, desvalido) e *phobos* (medo, aversão). CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017.

54 STEVENSON, Bryan. *Just mercy: a history of justice and redemption*. On World, 2014.

estudada pelo autor, a desigualdade racial que historicamente caracteriza o país, a partir de suas raízes escravocratas, parece se materializar com especial crueldade por meio do exercício do poder punitivo, nas sucessivas etapas do processo de criminalização, afetando especialmente os excluídos sociais de sempre. Nesse sentido, chama atenção, uma vez mais, o apego dogmático brasileiro a teorias europeias idealistas, o que permite fechar os olhos à realidade cruel e seletiva do sistema de justiça criminal. Justamente por isso, assiste-se nos dias atuais a um rotundo fracasso no sentido de reconhecer, discutir e enfrentar as fissuras sociais causadas pelo racismo estrutural do sistema penal, possibilitando a perpetuação de mecanismos de controle social aporofóbicos como é o caso do encarceramento em massa.

Não é possível seguir sustentando dogmaticamente tal modelo penal de aporofobia. Se o oposto de pobreza não é riqueza, mas justiça, nas palavras de Stevenson, deve-se refletir sobre o preocupante problema da desigualdade racial no sistema de justiça penal, suas causas e consequências, e as iniciativas legislativas, institucionais e dogmáticas para tornar possível uma justiça racial e menos punitivista.

A questão central é contrapor a dogmática penal à política criminal punitivista. Poder-se-ia afirmar que possuindo a dogmática penal um poder meramente epistemológico, não é apta a gerar qualquer efeito vinculante. Porém, se em uma democracia o que importa não é o poder de coerção, mas sua justificação social, o controle da dogmática pode encontrar um campo de atuação concreta na medida em que demonstra a irracionalidade do sistema, suas deficiências e armadilhas legitimantes. Para tanto, a dogmática penal deveria dedicar-se a buscar, dentre outros tantos elementos, um conceito de ação que não sirva apenas como objeto de imputação, afastando as presunções de responsabilidade; um conceito de delito que seja apto a abarcar as diferenças sociais e, assim, um conteúdo da culpabilidade que efetivamente sirva como limite ao poder punitivo, por meio da incorporação efetiva do princípio da intervenção penal mínima e da ideia de proporcionalidade.

5. Conclusão: Por uma leitura democrática do princípio de individualização da pena

Diante de todo o exposto, parece necessário tentar mover o pêndulo do Direito Penal para o outro lado, buscando uma maior proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado em matéria das penas. Para isso, deve-se em primeiro lugar abandonar a ideia de periculosidade e voltar a medir a culpabilidade a partir da ideia de proporcionalidade sobre a qual já

tratava Beccaria. Essa, aliás, é a linha da concepção neoclássica da pena proporcional ao fato, que se centra nas características do delito e contesta a ideia de que a pena possa ser medida em função de prognoses futuras ou critérios morais, tal como defendido por Andrew von Hirsch em “*Censurar y castigar*” e por Tajana Hörnle em “*Determinación de la pena y culpabilidad*”. Assim, deve-se ler o art. 59, do Código Penal à luz do art. 3º da CF, para entender a expressão “*repressão*” como exigência de que a pena se oriente em função de critérios de proporcionalidade, e não de retribuição, como aponta Juarez Tavares.⁵⁵

Há que se entender, porém, o sentido que essa proporcionalidade deve assumir num Estado Democrático de Direito. Em primeiro lugar, é importante deixar claro que não se trata de uma proporcionalidade material, mas sim de uma proporcionalidade jurídica. Assim, a proporcionalidade não representa um fim do Direito Penal, mas unicamente a base para que seja possível o alcance de suas finalidades. Em segundo lugar, a análise da proporcionalidade em matéria penal jamais pode deixar de ter em conta os limites impostos a poder de punir do Estado. A partir dessas observações, podemos, então, afirmar a proporcionalidade democraticamente apenas como um limite da pena, e não como seu fundamento.

Se isso é assim, trata-se de manejar a prevenção, como finalidade da pena, fundamentalmente em benefício do agente. Para isso, em primeiro lugar há que se deixar claro que a culpabilidade é a culpabilidade do fato, e não do autor, e que ela deve assumir um caráter negativo ou limitativo, no sentido de constituir uma barreira de proteção do indivíduo contra o Estado com o fim de evitar sua instrumentalização em prol de interesses preventivos. O juízo de culpabilidade deverá corresponder, portanto, ao desvalor da ação e do resultado, relacionando-se à gravidade do fato no sentido de ofensa ao bem jurídico tutelado, e não a juízos hipotéticos fundados na parcialidade ideológica do juiz.⁵⁶ Nessa linha, apenas será democraticamente válida a análise de circunstâncias judiciais que tenham relação com a conduta típica imputada, ou seja, aquelas que, de alguma forma, direta ou indiretamente, influenciaram o sujeito na dinâmica da sua conduta.

Então, não faz sentido a manutenção das circunstâncias judiciais subjetivas, relacionadas à vida do indivíduo, o que, aliás, já se apontara em uma proposta de reforma da Parte Geral do Código Penal elaborada em pareceria pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pelo

55 TAVARES, Juarez. *Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro*, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 12.

56 Cf. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de repressão*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Instituto Carioca de Criminologia em 2000. Isso não significa, porém, deixar de levar em conta os elementos subjetivos do agente para a concreção da pena, mas sim a necessidade de usá-los exclusivamente no sentido funcional de diminuir a sanção penal, tal como afirmam Horn, Gimbernat Ordeig, Zaffaroni e Juarez Tavares, inclusive para o fim de buscar alternativas menos dessocializantes. Isso significa, então, que a pena, em um Estado Democrático de Direito, pode ser aplicada aquém do mínimo legal e até mesmo deixar de ser aplicada, a partir da consideração de sua desnecessidade conforme as circunstâncias do caso concreto, em uma visão extensiva do perdão judicial, como sugerem Claus Roxin em “*Prevención y determinación de la pena*” e, no Brasil, Marcelo Semer, em “*Princípios penais no estado democrático*”.

Finalmente, a fim de reorientar democraticamente o princípio da individualização das penas, haveria que se proceder a toda uma reconstrução do sistema de penas, abandonando a pena privativa de liberdade como sanção penal por excelência, em razão de todos os problemas já conhecidos, e conferindo autonomia e prevalência às outras penas. Em suma, respondendo à derradeira pergunta proposta, afirma-se que é possível o aproveitamento da individualização das penas sob a perspectiva democrática, desde que a concreção da sanção penal tome como referência a proteção do indivíduo, e não ideais de retribuição ou de prevenção geral fundadas num modelo moral, orgânico e irreal de consenso social. Individualizar no plano democrático consiste em levar em conta as diferenças.

Há que se reconhecer, de qualquer forma, o paradoxo de tentar chegar a penas justas dentro de uma sociedade injusta. Isto é, que as penas sejam abstratamente equânimes aos olhos técnicos e acadêmicos não impede que estejam imersas em uma sociedade que mantém sérios vícios de injustiça e que não consegue erradicá-los, a começar da pobreza. Portanto, apesar dos esforços científicos que se possam empreender, a pena não será justa sem que se tenha uma sociedade também justa.

Também é verdade que a situação penal em geral no Brasil não é produto exclusivo da forma positivista como ainda se concretizam as sanções penais, sendo de se apontar nesse cenário diversos outros fatores para além da hipótese judicial, tais como o próprio processo de criminalização primária, a dinâmica político-econômica, a conformação social, dentre tantos outros que devem ser estudados tendo em vista nossas especificidades como sociedade e Estado. Mas justamente em razão da presença desses outros fatores, o Direito Penal não pode servir como instrumento político de justificação de um poder arbitrário, e sim como ferramenta crítica fundamental a serviço dos cidadãos e de sua liberdade.

Referências:

- ALVAREZ, Marcos Cesar. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, n. 45.
- AMBOS, KAI. ¿Castigo sin soberano? La cuestión del “ius puniendi” en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente. *Persona y Derecho: Revista de fundación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2013.
- ARAÚJO, João Aureliano Corrêa. *Projecto do código criminal do Brasil*. Recife: Imp. Industrial, 1937.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Bunster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Delito y seguridad de los habitantes*. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. (Publicação póstuma dirigida por Sylvio Roméro). Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.
- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos e fundamento do direito de punir*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1926.
- BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. *Capítulo Criminológico*, v. 34, n. 3, Julio-Septiembre 2006.
- BAUMANN, Sygmunt. *Europa*. Uma aventura inacabada. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. *Jueces para la Democracia*, n. 47, jul. 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la perigosidad. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luís (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.
- CARVALHO, Salo de. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso. Parecer Operação Lava Jato). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. 26ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.
- GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. A motivação da sentença na aplicação da pena. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1969, v. 227.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GIL GIL, Alicia. Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *Indret* n. 4/2016.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición. *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, mar. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: Vv. Aa. *Pena y estado*. Santiago: Conosur, 1995.
- HASSEMER, Winfried. Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social. In: MIR PUIG, Santiago (ed.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.
- HOBBES, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2004.

II CONGRESSO INTERNACIONAL JUSCRIM

- HÖRNLE, Tatjana. Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht. *JuristenZeitung*, 2006.
- KLUG, Ulrich. Abschied von Kant und Hegel. In: BAUMANN, Jürgen (hrsg.). *Programme für ein neues Strafgesetz*. Frankfurt am Main: Fischer, 1968.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TORTIMA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Tradução de Maria José Pifarré. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. da versão espanhola). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PRATT, John. *Punishment and Civilization: penal tolerance and intolerance in modern society*. London: Sage, 2002.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro*. 'Sursis', livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 11ª ed. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Mens legis insana, corpo estranho. In: *Penas restritivas de direitos*. Críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.
- SÁ, Alvaro Augusto de. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, 2009.
- STEVENSON, Bryan. *Just mercy: a history of justice and redemption*. On World, 2014.
- TAVARES, Juarez. *Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro*, exarado aos 07 de abril de 2015.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: *Cem anos de reprovação*. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª.edição. (4ª. edição castellana). Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. (reimpr.). Buenos Aires: Ediar, 2008.

A dispensa e a atenuação de pena como prémio investigatório: descontinuidades e aplicação prática

Ana Raquel Conceição*

Breve introdução

As formas de reação penal merecem sempre uma especial atenção por toda a comunidade. O direito de punir apesar de incumbir, em exclusividade, ao Estado, está a ser constantemente sindicado pelos seus destinatários: os cidadãos. *Ius puniendi* que pode ser entendido como um meio de controle social exercido sob monopólio do Estado e regulado pelas normas penais positivadas – correspondendo ao direito penal *objetivo*. **

Não temos qualquer dúvida em afirmar que o direito penal é o principal instrumento do Estado pois, através dele, encontra-se legitimado a restringir direitos fundamentais, através da aplicação das penas e medidas de segurança. Legitimidade moldada por critérios muito rigorosos e que assenta, principalmente, no facto praticado, na culpa do agente e na segurança e paz comunitárias. São estes os critérios fundadores da aplicação das reações penais.

A dispensa de pena e atenuação da pena são, por vezes, as formas de reação mais incompreendidas pela comunidade. O sentimento de punição, de quase talião, surge como um *pop-up* sempre que os seus membros conhecem da prática de um crime. Quando o julgador decide aplicar estas formas de reação logo surgem vozes de ingratidão e mau funcionamento do sistema judicial. Todavia é uma incompreensão infundada e reveladora de uma visão do direito penal completamente afastada do seu escopo liberal, iluminista e antropocêntrico. Como muito bem escreve Cesare Becaria: “Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito que assiste ao soberano de punir os delitos, pois que não é de esperar alguma

* Professora Convidada equiparada a Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do JusGov/ JusCrim.

** Cesar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal: Parte geral*: Arts. 1º a 120 – v. 1. 27.ª ed. Livro Digital, Saraiva Educação, 2021.

vantagem duradoura da política moral se ele não se fundamentou nos sentimentos indeléveis do homem.”²

No presente trabalho apresentaremos o regime das referidas formas de reação penal, de modo a apontar os seus fundamentos e finalidades, dando nota que hoje, face a certo tipo de criminalidade e a sua dificuldade investigatória, começam a surgir termos de dispensa e atenuação de pena que não se inserem naqueles fundamentos e finalidades, mas antes comportam apenas e tão só um interesse investigatório.

Demonstraremos por fim a necessidade a criação de um regime processual penal especial na determinação do referido prémio investigatório que se repercutirá nos termos da determinação da medida concreta da pena.

A dispensa e a atenuação da pena quais os fundamentos: A teoria dos fins das penas e a prevalência da prevenção especial positiva

As finalidades ou os sentidos das penas são, também, o que legitima a intervenção penal do estado, melhor a fundamenta. Estas servem de interpelação social mostrando a todos a relevância do bem jurídico atingido pela prática do crime. Servem para reforçar o valor violado, transmitindo à comunidade uma mensagem de confiança, musculando o direito penal. Logo são as reações penais que tornam a existência e valência dos bens jurídico inequívocos na comunidade.

A pena exerce assim uma função pedagógica, permitindo a interiorização dos bens jurídico-penais pela consciência jurídica comunitária e, conseqüentemente, de reforço da confiança da consciência comunitária na validade da ordem jurídica, consciência que havia sido colocada em crise pela prática do crime, a pena exerce, desta feita, uma função de pacificação social.

As doutrinas da prevenção especial positiva possuem um conteúdo muito diferente das doutrinas da prevenção especial negativa. A pena não visa, fundamentalmente, a expiação do agente da sociedade para a proteger, mas a sua recuperação, reeducação, ressocialização ou reinserção social, mesmo que hoje amplas críticas se possam colocar na sua efetiva concretização face à realidade prisional portuguesa³. Sendo certo que assenta na consciência certa e quase inabalável que todos os agentes são recuperáveis, merecendo sempre que pelo menos que se encetem todos os esforços para o convocar para os padrões adequados da comunidade.

² Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Serviço de educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64.

³ Temática que não nos propomos tratar neste trabalho.

Em primeiro lugar a principal mensagem que com as penas se pretende transmitir é que a pena tem finalidades exclusivamente preventivas (de prevenção geral ou especial, positiva ou negativa) e nunca apenas e tão só retributivas. É que resulta dos princípios constitucionais da proporcionalidade, adequação, necessidade, acima de tudo a obrigatória intervenção mínima do direito penal. O direito penal é a última *ratio*, um último recurso quando outras formas de intervenção social e legislativa não são suficientes para proteger a comunidade. Tal como impõe o n.º do artigo 18º da nossa Lei Fundamental.⁴

A pena implica sempre a restrição de direitos fundamentais e essa restrição só é legítima e aceitável na estrita medida do necessário a proteção da sociedade e dos seus membros, garantindo a manutenção da paz social.

São as finalidades preventivas positivas, geral e especial, o ponto de partida e de chegada dos fins das penas, como refere Figueiredo Dias: “(...) a finalidade visada pela pena há-de ser a da **tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto**; e esta há-de ser também por conseguinte a ideia mestra do modelo de medida da pena. (...) A medida da **necessidade de socialização** do agente é no entanto, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial, constituindo hoje – e devendo continuar a constituir no futuro – o vetor mais importante do pensamento.”⁵

Não podemos ainda descurar o pressuposto fundamentador da aplicação da pena: a culpa do agente. A culpa é um limite inultrapassável da pena. É aquele juízo de reprovação ético-jurídica que legitima e limita a medida da pena. O imperativo categórico de que a não há pena sem culpa e que esta limita a pena, impõe-se em cumprimento do respeito pela dignidade da condição da pessoa humana. “E a de, por esta via, constituir uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estadual e um veto incondicional aos apetites abusivos que possa suscitar.”⁶ Este princípio, hoje, merece uma maior atenção pelas nossas instâncias formais de controlo pois, apesar de a culpa incidir sobre o agente, o que se censura ao agente é facto por si perpetrado, não a gente de per si. Ou seja, não se pode atender ao agente isolado para a emissão do juízo de culpa, aliás não se pode punir, sequer, aquele agente que é potencialmente mais apto à prática de condutas criminosas, a legitimidade penal só surge quando ao agente exte-

4 Estatui o artigo 18º, nº 2, da Constituição portuguesa que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos nesse mesmo diploma, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos.

5 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.pp. 79 e 81.

6 Idem, p. 83.

rioriza a sua vontade através da prática de factos. Referimo-nos em especial ao conceito de pessoas politicamente expostas, membros próximos de família e pessoas reconhecidas como estreitamente associadas,⁷ constante da lei 83/2017, de 18 de agosto, onde nos parece que o direito penal do agente começa a emergir de estados individuais de pessoas presumidamente perigosas. E aqui sim reside o princípio do grande perigo do direito penal do agente.

O juízo de culpa referir-se-á, portanto, ao crime em concreto, não à personalidade do agente. O agente deverá ser punido pelo que fez, não pelo que é como pessoa, ou aquilo em que se tornou por sua culpa. O facto criminoso não pode servir como um simples pretexto para formular um juízo sobre o carácter ou a personalidade do agente.

A personalidade do agente, o modo e o seu percurso de vida são valorados na determinação da sua medida concreta da pena. A confissão, o arrependimento, a ausência desse arrependimento ou a indiferença face à da gravidade e consequências do crime, são critérios a ser tidos em conta para a determinação da medida concreta da pena. Tais circunstâncias dizem respeito à personalidade do agente, e não ao facto criminoso em si, são os sentimentos e condutas que o agente vai revelar após o cometimento do crime e no decorrer da tramitação processual.

Assim a confissão, o arrependimento e a reparação são manifestações de, pelo menos uma menor exigência, das referidas finalidades preventivas. Analisemo-las de seguida.

A desistência o arrependimento e a reparação

Várias são as figuras de desistência, de arrependimento ou intuito de reparação do dano causado que surgem no âmbito do direito substantivo, quer oriundas da parte geral, e portanto aplicáveis a todo o tipo de criminalidade, quer na parte especial que, como veremos, se aplicam a certos crimes conotados como criminalidade organizada.

Traduzem-se na relevância, ao nível da punibilidade ou determinação da medida concreta da pena, da colaboração do arguido no sentido de evitar que o crime se verifique, ou melhor, evitar a sua consumação ou a produção do seu resultado.

Referimo-nos em especial à desistência da tentativa e a desistência no caso de comparticipação, artigos 24º e 25º da CP, respetivamente. São duas normas que funcionam como causas de exclusão da punibilidade quando o agente, de forma voluntária, desiste de continuar com

⁷ Tal alargado catálogo encontra-se descrito nas alíneas cc), w) e dd) do artigo 2º da referida lei.

o *iter criminis* impedindo a verificação do resultado ou a consumação do crime.⁸ Podendo até continuar a verificar-se a sua impunidade mesmos que o crime se consuma ou se produza o resultado se o agente se *esforçar seriamente* para o impedir e não consegue, ou porque o resultado escapa do seu domínio ou porque outros agentes prosseguem na execução do crime. Neste âmbito, a doutrina tende a distinguir a tentativa inacabada da acabada.⁹ A relevância da desistência ou do arrependimento, que excluem a punibilidade, resulta por razões de natureza dogmática e de política criminal.¹⁰ Ou seja, se não fosse relevante, a desistência na tentativa poderia servir como um incentivo à concretização total do crime, pois, se o agente sabe que vai ser sempre punido, mesmo que desista, nada o demoverá de o acabar. Por outro lado, se o agente desiste da prática de atos de execução ou se arrepende de forma premente, tentando impedir a consumação, já não se verifica necessidade de prevenção especial, pois o agente, com a sua desistência e arrependimento regressou ao mundo da licitude, mesmo que impeça o resultado *não compreendido no tipo de crime*. Quer dizer, sempre que o agente manifeste um arrependimento ativo, mesmo em crimes de mera atividade, ou crimes formais, tal arrependimento deve ter assento.

É o que resulta do disposto no artigo 374º- B, n.º 1, do CP ou do 299º, n.º 4, do CP, corrupção e associação criminosa, respetivamente, em que, a relevância da desistência ou do arrependimento tem lugar na parte especial do CP. Contudo, vozes se levantam defendendo que mesmo pelo 24º, deverá ser aplicada a relevância da desistência ou do arrependimento, nos crimes de mera atividade, entendendo como resultado não compreendido no tipo, o resultado que materialmente se pretende evitar com a incriminação mesmo que não faça parte da factualidade típica, podendo ser uma mera condição objetiva de punibilidade.

Assim, não obstante a corrupção, ou a associação criminosa serem crimes de mera atividade poderá a desistência ou o arrependimento do agente merecer a dispensa ou atenuação da

8 Este ponto do presente trabalho corresponde, em parte, à nossa tese de doutoramento que defendemos a 6 de setembro de 2018 na Universidade Lusíada – Norte (Porto), intitulada *O Branqueamento de Capitais e o Estatuto do Arrependido colaborador: uma nova exigência no (ainda) admirável mundo novo*.

9 Jorge de Figueiredo Dias, *Ult. Ob. Cit.*, p.247; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*. Lisboa, Editorial Verbo, 1998, p.189; Gunter Jakobs *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos e teoría de la imputación*. Traduzida por Joaquim Cuellho Contreas e Jose Kuis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª Edição corrigida. Madrid, Macial Pons, 1997, p. 232, entre outros.

10 Sobre as explicações teóricas da relevância da desistência voluntária, e sobre a sua qualificação como causa de exclusão da culpa ou causa de inexistência da pena, ver por todos Muñoz Conde e Mercedes García *Derecho Penal, Parte General*. 2ª Edição revista, Barcelona, Tirant lo Blanch, 1996, p. 440.

pena. Conforme refere Manuel Cavaleiro Ferreira: “(...) do modo como o art. 24.º CP está redigido, ele dá abertura a uma isenção de penas sem limites para os crimes consumados, quando são preenchidos os requisitos neles inerentes.”¹¹

O legislador criou, na parte especial, estas figuras da desistência e arrependimento nestes dois tipos de crime, por força também da danosidade que comportam e da sua existência exponencial no nosso país, de forma a demover a sua prática criando, no próprio tipo causas de não punibilidade, semelhantes às da parte geral, e uma muito especial, a exclusão da punibilidade quando o agente dá início à investigação.

Para além da desistência, a promoção da ação penal é uma forma de permitir a não punibilidade do agente.¹²

As mesmas considerações são atendidas no caso de comparticipação criminosa, em que o agente que impede a consumação ou o resultado do crime não é punido, bem como aquele que faz de tudo para os evitar, mas os demais comparticipantes completam a sua execução e o resultado verifica-se.

É claro, portanto, que a desistência ou o arrependimento do agente importam na intervenção penal dos seus comportamentos. Assim, a sua *autocolaboração* para evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus resultados, tem relevância dogmática fazendo com que não seja punido.

Outra manifestação da relevância substantiva do arrependido resulta das normas que regulamentam a determinação da medida concreta da pena. Artigos 71º e 72º do CP.

As referidas normas não excluem a punibilidade do agente, mas o facto de este reparar os danos causados ou mostrar sério arrependimento, após a consumação do crime, poderá permitir a aplicação de uma atenuação da pena.¹³ A reparação do dano, por regra, não exclui a responsabilidade do agente, pois, ao contrário do que acontece na desistência e

11 Manuel cavaleiro Ferreira *Lições de Direito Penal, Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982*, 4ª edição, Lisboa, Verbo, 1992, p. 423.

12 Curioso é o disposto no n.º 1 do artigo 374º-B da CP, que determina a dispensa de pena se o agente denunciar o crime no prazo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração do procedimento criminal. Parece-nos uma norma de aplicação prática difícil, pois como poderá o agente saber da existência ao não do inquérito. Mesmo que o denuncie, no prazo determinado – prazo que não compreendemos a sua determinação e porque aquele prazo e não outro – não saberá se a investigação já foi iniciada ao não. Parece-nos ser uma norma apenas com uma finalidade dissuasora, mas cuja concretização prática é difícil de poder operar. Os demais números são consentâneos com o arrependimento e a desistência este número é uma verdadeira novidade do legislador nacional, por imposição internacional.

13 Por força do artigo 73º do CP, os termos de atenuação especial permitem uma redução que se pode demonstrar substancial na moldura penal do crime praticado.

no arrependimento ativo, o agente limita-se a compensar o dano que causou e não a impedir que ocorra. E por isso, por razões de política criminal e dogmáticas, o agente deve continuar a ser punido.¹⁴

Damião da Cunha escreve: “Deve, aliás, acrescentar-se o seguinte: neste caso, em que se verifica um perigo concreto, criado pelo agente, este, ao impedir um dano – qualquer que ele seja –, está a actuar impedindo uma ofensa a um bem jurídico por ele próprio provocada; neste sentido, há como que uma obrigação de agir (um dever de agir), face à situação de perigo que (dolosa ou negligentemente) ele provocou. A eventual punibilidade do agente pareceria, neste caso, ser pouco razoável.”¹⁵ O referido autor em comentário a uma disposição, na parte especial do código penal, dos termos de atenuação e dispensa de pena, afirma que o impedimento do dano impede a punibilidade, mas já não se poderá chegar à mesma conclusão quando opera a reparação do dano, ou pelo menos, não de forma imediata.

No nosso entendimento há ainda uma outra figura que merece atenção do nosso legislador na determinação da medida concreta da pena, que apesar de comportar algumas familiaridades com as supra descritas, assenta na colaboração do agente/arguido com a investigação criminal. Ou seja, o auxílio colaboratório que o arguido concede à investigação criminal que importará também uma repercussão da determinação da sua medida concreta da pena, servindo até como o prémio por esse auxílio. Temática que aprofundaremos no ponto seguinte do presente trabalho.

A relevância investigatória do arrependimento e a colaboração do arguido

A confissão, o arrependimento ativo, a desistência e a reparação são figuras dogmáticas que auxiliam o intérprete no cômputo da medida concreta da pena, conforme referimos, contudo outras resultam de forma expressa referenciada em alguns crimes da parte especial do CP com este e outro conteúdo. Como é o caso dos n.ºs 7 e 9 do artigo 368º-A da CP, respetivamente.

¹⁴ Pode, contudo, a restituição ou reparação, em certos crimes e com certos requisitos levar à extinção da responsabilidade do agente. É o que se verifica nos crimes contra o património, nos termos do artigo 206.º do CP.

¹⁵ Damião da Cunha, “Atenuação especial e dispensa de pena - artigo 286º”, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II*, Coimbra. Coimbra Editora, 2000, pp. 1035-1042.

O n.º 9 do artigo 368º-A consiste na reparação do dano causado, nos termos do comando geral, determinando a atenuação especial da pena, mas desde que tal reparação opere até ao início da audiência de discussão e julgamento.¹⁶

O n.º 11 do artigo 368º-A do CP é uma referência à possibilidade de atenuação especial da pena com a colaboração do arguido na investigação criminal.

Segundo Inês Leite, a diferença entre os termos da atenuação especial, constantes dos enunciados artigos da parte geral do CP e esta forma especial de atenuação resulta do tipo de criminalidade em causa. Conforme refere “(...) as normas que assentam na colaboração com a atividade probatória serão aplicáveis apenas a formas de criminalidade especialmente complexa ou organizada e dependem se ter sido fornecido, pelo agente do crime, um contributo decisivo para a recolha da prova do crime quanto a outros participantes ou agentes do crime.”¹⁷

Concordamos totalmente com a autora e não temos dúvidas que é para este tipo de criminalidade que surge o arrependido colaborador e que para o ser e merecer, tem de ter uma participação decisiva ou de grande relevância na investigação. Mas, como melhor explicaremos infra, este agente, segundo a nossa estrutura de processo penal português bem como os próprios fins das penas, não pode beneficiar de uma isenção de pena ou exclusão da sua responsabilidade pois, não desistiu nem se encontra ao abrigo de um arrependimento ativo, nos termos dogmáticos, e nem procede a qualquer reparação do dano causado, há antes, sim, uma colaboração decisiva da investigação criminal e, consequentemente, na realização da justiça.

Para além dos artigos 347º-B n.º 1 e 299º n.4 da CP, que como já referimos, não são verdadeiras formas de arrependido colaborador, existem ainda muitas outras com referência a este exato contexto. Como os artigos 2º, 3º e 4º da lei de combate ao terrorismo na parte em que se refere à atenuação da pena para auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; o artigo 347º-B n.º2 (realça-se que este artigo foi aditado ao código penal pelo lei 32/2010, sob a influência da lei de combate à corrupção e a Criminalidade Económica e Financeira, a lei 36/94, de 29 de setembro) e o artigo 31º *in fine* da lei da droga (Dec. Lei 15/93, de 22 de janeiro).

Se a consequência da sua colaboração na investigação criminal puder passar por uma ausência de responsabilidade criminal, claramente demonstra que deixamos de ter um processo

16 Semelhante ao regime jurídico constante do artigo 206º do CP.

17 Inês Ferreira Leite, ““Arrependido”: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, p. 298.

penal de sujeitos, mas antes de partes, onde a não punibilidade do arguido poderá estar em cima de uma mesa de negociação com base em necessidades investigatórias.

Parece-nos claro que o arrependido colaborador serve o fim da investigação criminal, funcionando como uma forma especial de atenuação da pena, no âmbito da criminalidade organizada. É para e por força do carácter organizado do crime que surge e urge o arrependido colaborador. Apesar dos esforços para fazer face às necessidades investigatórias deste tipo de criminalidade, onde o branqueamento de capitais tem uma posição de relevo, constata-se que se revelam insuficientes e daí a necessidade de criar outro meio de coadjuvar a recolha e obtenção de prova.

Também neste sentido e, parece-nos, até um pouco mais longe, escreve Damião da Cunha. Defendendo que a atenuação/dispensa de pena se prendem com juízos autónomos de necessidade e gravidade da pena, mas que não deixa de ser uma pena. “Assim seguramente parece-nos ser de inserir nesta linha de pensamento o caso do estatuto de “arrependido” (onde legalmente se admita a eficácia, em termos punitivos, da colaboração relevante). Também aqui, ao prever-se uma alternativa atenuação/dispensa de pena, se trata de uma condenação, com dispensa, por eliminação ou redução sensível da perigosidade da “organização criminosa.”¹⁸ Assim se cumprindo o princípio unilateral da culpa. No sentido em que fica determinado um juízo de culpa, mas na determinação da pena merece uma atenuação ou até uma dispensa de pena por desnecessidade, atendendo aos seus fins. Defendendo a sua aplicação ao arrependido que colabora de forma relevante determinando uma redução da perigosidade da “organização criminosa”.

Assim, e em suma, existem, essencialmente, quatro figuras de manifestação do arrependimento do agente: a desistência, o arrependimento ativo, a reparação dos danos e o arrependido colaborador. Em todas elas o arrependimento como um ato de contrição existirá, apesar de ter um maior pendor numas do que noutras.

Contudo, não têm todas a mesma consequência, enquanto nas duas primeiras há uma exclusão da sua punibilidade, nas duas últimas verifica-se uma atenuação especial da pena, quer por o arguido demonstrar um menor grau de culpa por força de comportamentos que adota, antes ou depois do crime, que merecem relevância pelo julgador; e outros que por auxiliarem de forma decisiva a investigação e porque o crime comporta extrema dificuldade investigatória, merecerão uma atenuação especial da pena, principalmente por força da satisfação das exigências de prevenção geral.

18 Damião da Cunha, “Não punibilidade e dispensa de pena: Breve contributo para a integração dogmática da não punibilidade, à luz de uma perspectiva processual-penal.”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Vol. Ano 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 245.

Já antes, em outros trabalhos¹⁹, manifestámos que o único prémio possível a ser atribuído a estes arrependidos colaboradores, nas situações que apresentaremos infra, nunca pode ser outra que não a sua atenuação especial da pena. Pois se assim não acontecer, estamos perante um meio absolutamente proibido por permitir, mesmo com o seu consentimento, a obtenção de meios de prova, ou outras diligências probatórias com base em promessas ou vantagens legalmente inadmissíveis. A não punibilidade consistiria em não aplicar uma pena a quem cometeu um crime que nada fez para evitar que acontecesse, ou que o seu resultado se produzisse, ou a reparação dos danos que dele decorreram. O que o agente faz é arrepender-se do cometimento do crime e auxiliar a investigação.

Apesar de a exigência de prevenção geral positiva, já estar bastante salvaguardada com o seu auxílio investigatório – principalmente neste tipo de criminalidade, onde a proteção do bem jurídico também se prende com a eficácia investigatória e consequente apreensão dos proveitos dela resultantes – a prevenção especial ainda carece de atenção, pois o seu arrependimento apenas se verifica com efeitos investigatórios e não significará, necessariamente, que o agente tenha regressado ao mundo da licitude.

No nosso entender, mesmo no âmbito da lei de combate ao terrorismo o arrependido colaborador, nos termos por nós delimitados, não pode nunca ver a sua pena excluída. A exclusão da pena, que os referidos incisos normativos determinam, apenas se aplica nas situações de desistência ou arrependimento ativo nos mesmos moldes da desistência. Quando o agente apenas se limita a colaborar com a investigação, sem mostrar esforços no sentido de impedir a consumação do crime ou diminuir o seu perigo, não há fundamento político-criminal ou dogmático para a sua não punibilidade. O que se verifica nos artigos 374º- B n.º1 e 299º n.º 4 do CP, a par do n.º 5 do artigo 2º da Lei 53/2003, é exatamente a desistência e o arrependimento ativo que mais não são do que a concretização na parte especial da desistência que origina a tentativa inacabada e o arrependimento ativo que origina a tentativa acabada.

Nestes crimes a não punibilidade assenta no esforço sério em evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus danos e não em qualquer auxílio na investigação do mesmo ou de outros, que caracteriza e esgota o arrependido colaborador.

Não nos parece que possa existir qualquer outro prémio a ser atribuído a este arguido que

19 Ana Raquel Conceição, “O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo – um novo meio de obtenção da prova a tipificar em Portugal”, *Julgar Online*. Abril 2020.

<http://julgar.pt/o-estatuto-do-arrependido-colaborador-no-dealbar-do-ainda-admiravel-mundo-novo-um-novo-mo-de-obtencao-da-prova-a-tipificar-em-portugal/>

não seja os termos da atenuação especial, sob pena de vermos arredada, de forma irremediável, a conceção de processo penal que temos e que é a única compaginável com o nosso Estado de Direito Democrático.

Quer nos países da *common law*, quer no Brasil e em Itália, o prémio poderá ser o próprio perdão judicial ou até mesmo a não perseguição criminal. Nos países anglo-saxónicos tal impunidade é algo característico do seu modelo acusatório puro de processo penal, nos referidos países da *civil law*, entendem que o perdão judicial é uma reacção penal que se impõe por razões de política criminal.

O perdão é também uma pena (em moldes semelhantes à nossa dispensa de pena), todavia, no nosso entendimento, mesmo atendendo às exigências de política criminal que se fazem sentir, consideramos que a impunidade do arrependido colaborador atenta contra os nossos ditames constitucionais e o nosso modelo de processo penal. Pois, como referimos antes, o arguido pratica o crime, arrepende-se do seu cometimento e auxilia a investigação, mas é um dos seus autores.

O seu arrependimento e colaboração não impedem a emissão de um juízo de culpa, determinam antes uma atenuação nessa emissão, mas culpa existe e necessidade de pena também, primordialmente por força de exigências de prevenção especial. Mas as exigências de prevenção geral também se fazem sentir, pois, não obstante a colaboração com a justiça e a perseguição criminal conseguida já salvaguardar em certa medida os bens jurídicos protegidos, é também certo que estes crimes causam um grave alarme social que carece de ser atenuado, com a aplicação de uma pena, mesmo àquele que coladora não deixando, contudo, de ser um agente do crime. Assim, desde logo, o resultado que o arrependido colaborador pode almejar é uma atenuação especial da pena. Significando, conseqüentemente, que o julgamento quanto ele também prosseguirá mas, o seu arrependimento, colaboração ativa na recolha de prova neste tipo de criminalidade, poderá determinar uma pena mais leve do que aquela que será aplicada aos seus participantes, por revelar uma diminuição do juízo de censura que sobre ele se possa emitir, atenta a sua colaboração com a justiça e a manifestação do seu arrependimento, como veículo necessário a essa colaboração.

Não obstante o princípio da prova livre, entendemos que este regime probatório de colaboração deverá a ter consagração legal, pois assim trará certeza e segurança jurídicas quer para o arguido, quer para os demais intervenientes processuais, desde o MP aos coarguidos. A regulamentação do estatuto de forma autónoma, no livro das provas, permitirá também a aplicação do estatuto à criminalidade organizada em geral, sem necessidade da sua concretização no âmbito da descrição dos tipos legais de crime previstos no código penal.

Conclusão

As formas de reação penal e a determinação da medida concreta da pena são dos regimes jurídicos que melhor caracterizam e fundamentam o direito de punir por parte do Estado. Determinar quais as sanções aplicar em abstrato para o facto ilícito e culposo, aferir da sua eficácia e finalidade, concretizar o seu cômputo com referências às circunstâncias do caso concreto, obedecendo aos princípios estruturais e basilares do nosso Estado de Direito Democrático, consiste na legitimação da restrição de direitos, liberdades e garantias.

As finalidades das penas e das medidas de segurança, nos termos consignados pelo nosso legislador, impedem o uso das construções das teorias absolutas e mesmos dentro das teorias relativas, apenas as suas vertentes positivas devem ser atendidas, e com respeito pela priorização da prevenção geral positiva e apenas depois a prevenção especial positiva.

No estabelecimento das formas de reação penal, atendendo à conduta do agente e ao seu grau de culpa, surgem duas formas de punir muito especiais e por vezes incompreendidas pela comunidade: a atenuação e a dispensa de pena. Estas formas de determinação da pena, assentam na herança ideológica de Kant e Hegel no que concerne à teoria da culpa, apenas atendida na sua vertente unilateral. Assim, o juízo de reprovação ético-jurídico determinará o *quantum* da pena, sem o qual a sua aplicação deixa de ser legítima. Atendendo ao juízo de culpa que fundamenta e legitima a pena o arrependimento ativo e a desistência têm, necessariamente, assento, possibilitando assim, face à diminuição do grau de culpa e parcas exigências de prevenção, as referidas modalidades de punição.

Hoje, como forma de minorar as dificuldades investigatórias de certo tipo de criminalidade, surgem novos termos de atenuação da pena, que se afastam dos fundamentos supra referidos. Assentam, primordialmente, no grau de auxílio investigatório que o agente do crime apresenta às autoridades judiciais.

Uma colaboração investigatória que demonstrando-se ser profícua determinará, na nossa opinião, apenas, a aplicação dos termos de atenuação especial da pena ao arrependido colaborador. Nunca o prémio investigatório poderá consistir da dispensa ou isenção da pena, pois não se verifica qualquer arrependimento ativo ou desistência que legitime a referida inexistência de punição. De modo a evitar abusos ou atropelos nas referidas finalidades das penas, o seu limite e fundamento, defendemos a criação em texto de lei, no final do livro das provas em processo penal, um estatuto, um regime jurídico do arrependido colaborador.

O sentido da pena mais humana é o sentido do respeito pela condição da pessoa. O *ius puniendi* só será direito se respeitar essa indissociável condição que a todos nós assiste e merece, sempre e incondicionalmente, a nossa proteção.

Bibliografia

- Ana Raquel Conceição, “O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo – um novo meio de obtenção da prova a tipificar em Portugal”, *Julgar Online*. Abril 2020. <http://julgar.pt/o-estatuto-do-arrependido-colaborador-no-dealbar-do-ainda-admiravel-mundo-novo-um-novo-meio-de-obtencao-da-prova-a-tipificar-em-portugal/>
- Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, tradução de José de Faria Costa, Serviço de educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- Cesar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal: Parte geral*: Arts. 1º a 120 – v. 1. 27ª ed. Livro Digital, Saraiva Educação, 2021.
- Damião da Cunha, “Atenuação especial e dispensa de pena - artigo 286º”, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra. Coimbra Editora, 2000.
- , “Não punibilidade e dispensa de pena: Breve contributo para a integração dogmática da não punibilidade, à luz de uma perspetiva processual-penal.”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Vol. Ano 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, Lisboa, Editorial Verbo, 1998.
- Gunter Jakobs *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos e teoría de la imputación*. Traduzida por Joaquim Cuellho Contreas e Jose Kuis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª Edição corrigida. Madrid, Macial Pons, 1997.
- Inês Ferreira Leite, “Arrependido”: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010.
- Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- Manuel cavaleiro Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982*, 4ª edição, Lisboa, Verbo, 1992.
- Muñoz Conde e Mercedes Garcia, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edição revista. Barcelona, Tirant lo Blanch, 1996.

***Sentencing*: O concurso de crimes, a proporcionalidade e os direitos humanos**

*Tatiana Severino**

Aplicação da pena e direitos humanos

Com este tema propomo-nos abordar a questão da determinação e aplicação das penas, designadamente de prisão, do ponto de vista do Concurso de Crimes e os seus efeitos ao nível dos princípios fundamentais.

Procurarei, refletir sobre a fase da determinação da pena concreta no caso do concurso de crimes e analisar as propostas seguidas noutros países no que diz respeito à determinação da pena.

A fase da determinação da pena (*sentencing*) está entre as fases mais importantes do processo penal. Contudo, verifica-se, nas decisões, ser um momento fugaz, não ocupando o tempo correspondente à importância que tem. Juntando a circunstância, de não se apresentar uma fundamentação plena do juiz acerca da pena aplicada. O resultado desta prática são decisões com uma grande heterogeneidade, variando de acordo com a mentalidade e a personalidade do juiz e, sobretudo, de acordo com a ideia que ele tem da finalidade e da eficácia da sentença. Pode apresentar-se aqui, uma violação dos direitos dos arguidos – princípios fundamentais como o da igualdade, da equidade do processo, proporcionalidade e o da segurança jurídica, ou seja, não possibilitando saber-se com relativa exatidão e antecipação as prováveis consequências dos seus atos.

Nesta matéria, não se pode deixar de analisar a qualidade do legislador penal, no que se refere aos critérios da medida da pena e às molduras penais. Assim, o legislador estabelece certas molduras de penas nas quais o juiz se pode situar. Mas, essas molduras são muitas e muito amplas **, apresentando grande dispersão, em contradição com o espírito da reforma do Código Penal de 1995, patente no seu preâmbulo: *“Não sendo o único instrumento de combate à criminalidade, o Código Penal deve constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade. As molduras penais mais não são, afinal, do que a tradução dessa hierarquia de valores, onde reside a própria legitimação do direito penal”*.

* Investigadora colaboradora do JusGov.

** Código Penal de 1995 prevê 62 molduras penais abstratas, não se contando com as que resultariam da atenuação especial e da reincidência.

Consequentemente, os limites mínimo e máximo da pena para cada ato punível em particular, não permitem ao juiz um apoio material na especificação da pena a aplicar em cada caso. Logo, os próprios critérios de determinação da pena prevista na disposição geral do artigo 71º Código Penal² não auxiliam particularmente o juiz na tomada de decisão, pois são citados de forma geral ou indefinida, sem qualquer hierarquia, método ou técnica. Por outro lado, existe também uma certa obscuridade quanto ao conteúdo exato destes dois critérios, dado que certos subcritérios podem ser aplicados a ambos os critérios.

Neste sentido, se verificarmos outras legislações, quer a nível da Europa Central, quer a nível do espaço anglo-saxónico, observamos que os juízes encontram uma ajuda um pouco mais substancial para a determinação concreta da medida da pena. Na Europa Central³ as leis evitam a formulação vaga a respeito da consideração simultânea dos critérios, prevendo uma progressão e uma hierarquia de todo o procedimento. Assim, inicialmente o juiz estabelece a culpa do autor do ato, depois tendo como fundamento a culpa, leva em consideração de forma complementar, seja a favor ou não do arguido, diversos subcritérios particulares⁴.

Por outro lado, no espaço anglo-saxónico, onde se dá importância suprema à gravidade do ato e a proporcionalidade que deve existir entre a infração cometida e a pena atribuída, utilizam grelhas de *sentencing*⁵. No caso do Minnesota⁶ as grelhas incluem taxas precisas de penas e limites de prisão, com base em dois critérios: gravidade do delito (eixo vertical) e registo criminal do infrator (eixo horizontal). Na interseção dos dois eixos encontramos quadrados com penas indicativas de prisão em meses para os casos simples do tipo concreto de crime. Ainda identificamos uma linha mais marcada que separa as penas que conduzem à prisão e aquelas que envolvem suspensão. Inclusive, na pena indicativa de prisão encontra-se estabelecido margens da pena nas quais se pode situar a decisão da justiça, em função das circunstâncias agravantes ou atenuantes de cada caso concreto.

2 Culpa do agente e exigências de prevenção e todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo legal do crime, como a ilicitude e a influencia da pena sobre o agente.

3 Exemplos: Alemanha, Áustria e Suíça.

4 Exemplos: causas motivadoras, passado do autor, comportamento após realização do ato. A legislação austríaca leva ainda em consideração as consequências que a sentença pode ter na vida futura do infrator na sociedade.

5 *Grid Sentencing*.

6 Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary, Sentencing Guidelines Grid, Effective August 1, 2020.

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

Nesta linha de análise, encontramos tentativas semelhantes de formular diretrizes a serem seguidas na determinação e aplicação da pena em Inglaterra onde a *British Union of Judges (Magistrates Association)* elaborou a partir de 1966, várias listas de penalidades habituais e o Tribunal de Recurso Britânico, em vários acórdãos desde 1975, fez apreciações mais gerais do tipo e do montante da pena em casos idênticos de atos puníveis⁷, proporcionando aos tribunais

4.A. Sentencing Guidelines Grid

Presumptive sentence lengths are in months. Italicized numbers within the grid denote the discretionary range within which a court may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with stayed felony sentences may be subject to local confinement.

SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE (Example offenses listed in italics)		CRIMINAL HISTORY SCORE						
		0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Murder, 2nd Degree (Intentional; Drive-By Shootings)</i>	11	306 261-367	326 278-391	346 295-415	366 312-439	386 329-463	406 346-480 ²	426 363-480 ²
<i>Murder, 2nd Degree (Unintentional) Murder, 3rd Degree (Depraved Mind)</i>	10	150 128-180	165 141-198	180 153-216	195 166-234	210 179-252	225 192-270	240 204-288
<i>Murder, 3rd Degree (Controlled Substances) Assault, 1st Degree</i>	9	86 74-103	98 84-117	110 94-132	122 104-146	134 114-160	146 125-175	158 135-189
<i>Agg. Robbery, 1st Degree Burglary, 1st Degree (w/ Weapon or Assault)</i>	8	48 41-57	58 50-69	68 58-81	78 67-93	88 75-105	98 84-117	108 92-129
<i>Felony DWI Financial Exploitation of a Vulnerable Adult</i>	7	36	42	48	54 46-64	60 51-72	66 57-79	72 62-84 ^{2,3}
<i>Assault, 2nd Degree Burglary, 1st Degree (Occupied Dwelling)</i>	6	21	27	33	39 34-46	45 39-54	51 44-61	57 49-68
<i>Residential Burglary Simple Robbery</i>	5	18	23	28	33 29-39	38 33-45	43 37-51	48 41-57
<i>Nonresidential Burglary</i>	4	12 ¹	15	18	21	24 21-28	27 23-32	30 26-36
<i>Theft Crimes (Over \$5,000)</i>	3	12 ¹	13	15	17	19 17-22	21 18-25	23 20-27
<i>Theft Crimes (\$5,000 or less) Check Forgery (\$251-\$2,500)</i>	2	12 ¹	12 ¹	13	15	17	19	21 18-25
<i>Assault, 4th Degree Fleeing a Peace Officer</i>	1	12 ¹	12 ¹	12 ¹	13	15	17	19 17-22

¹ 12¹=One year and one day



Presumptive commitment to state imprisonment. First-degree murder has a mandatory life sentence and is excluded from the Guidelines under Minn. Stat. § 609.185. See section 2.E, for policies regarding those sentences controlled by law.



Presumptive stayed sentence; at the discretion of the court, up to one year of confinement and other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in the shaded area of the Grid always carry a presumptive commitment to state prison. See sections 2.C and 2.E.

7 Exemplo: estupefacientes.

inferiores uma ‘bússola’ para ajudar em casos conexos. Na escócia, o Supremo Tribunal de Justiça, utiliza desde finais de 1997, em colaboração com *Strathclyde University* em Glasgow, um sistema informatizado de informação através do qual o juiz, ao introduzir no computador certos elementos básicos do seu caso, é informado sobre as sentenças que foram aplicadas pelo Tribunal Criminal de Recurso nos últimos anos em casos semelhantes, podendo assim servir de orientação, evitando disparidades injustificadas na determinação das penas.

A fase da determinação da pena é de tal forma importante que não passou em branco a nível europeu. A questão foi discutida no 8º Colóquio Criminológico em 1987, sendo que em 1992 foi emitida a Recomendação R (92)77 do Comité de Ministros da Europa, na qual o nosso país é parte interessada. A Recomendação, relativa à coerência na determinação das penas, baseou-se nas conclusões do Colóquio Criminológico e insiste particularmente na necessidade de compatibilidade com as políticas criminais modernas e humanas, nomeadamente no que se refere à redução do recurso à prisão, ao recurso a medidas e sanções na comunidade, à prossecução de uma política de descriminalização, o uso de medidas alternativas⁸ e tendo-se em conta o efeito provável, da medida da pena determinada, na pessoa do delincente⁹. A Recomendação destaca a necessidade de os tribunais fundamentarem plenamente as suas decisões ao aplicar uma pena de prisão ou quando a pena imposta se desviar da normalmente aplicada em casos idênticos; desenvolverem-se investigações regulares sobre possíveis disparidades no processo de tomada de decisão sobre um acusado e sobre os fatores externos que podem influenciar negativamente as decisões e os países considerarem a utilização de técnicas adicionais para aumentar a coerência na determinação das penas. A Recomendação considera a implementação de linhas de orientação¹⁰ e/ou pontos de partida¹¹ um passo importante para a coerência na determinação das penas¹².

Nesta lógica, Portugal poderia criar uma comissão de peritos¹³, em colaboração com as autoridades judiciais, realizando um levantamento dos processos relativos às infrações mais frequentes e identificar as penas geralmente aplicadas, observando as particularidades de cada

8 Mediação e Indemnização das vítimas.

9 Artigo 70.º CP e Princípio da Subsidiariedade.

10 *Sentencing Guidelines/Sentencing Orientations* – indicam intervalos de penas para as diferentes variantes de uma infração, dependendo da presença ou ausência de vários fatores agravantes ou atenuantes.

11 *Starting Points* – indicam para as diversas variantes de uma infração, uma pena de base da qual o tribunal pode aumentar ou diminuir de modo a refletir fatores agravantes ou atenuantes.

12 Andrew Ashworth “*Four techniques for reducing sentence disparity*”.

13 Envolvendo Criminólogos.

caso¹⁴. Deste estudo resultariam listas de penas habituais, tornando-se um ponto de partida de um quadro de sentenças para cada delito usual, com margens para se aumentar ou diminuir a pena sendo levadas em consideração, simultaneamente, as especificidades do caso em análise. Consequentemente, os juízes poderiam atuar pesando os factos de cada caso e com o objetivo final de encontrar a pena adequada aos fins da pena a serem alcançados no caso concreto. Mas, se ultrapassassem os limites para cima ou para baixo e, em particular, se julgarem que o condenado deve cumprir pena de prisão, num caso indicativo de pena menos gravosa, então a sua decisão deve ser, na medida do possível, mais específica e plenamente justificada, ou seja, de forma alguma é suficiente que se refiram à generalidade ou à formulação estereotipada do artigo 71.º do Código Penal, como se verifica em muitos acórdãos atualmente.

Concurso de crimes – estudo no âmbito do mestrado

Respondendo à necessidade levantada pelo Conselho da Europa, decidiu-se desenvolver um estudo que contribui para a tentativa de harmonização da determinação das penas através da análise da prática dos Tribunais Superiores.

A determinação concreta da pena, no Direito Continental, resulta de uma divisão de tarefas entre o legislador¹⁵ e o julgador¹⁶. No âmbito do concurso de crimes a lei diz-nos que quando alguém comete vários crimes é julgado e condenado por eles, sendo-lhe determinada uma pena por cada um desses crimes (pena parcelar), mas aplicada uma só pena (pena única), por todos eles, considerando-se, em conjunto, os factos e a personalidade do agente. Posto isto, por se verificar que foi parco o legislador ao definir os critérios¹⁷ a considerar pelo julgador para determinar a medida da pena e, por se tratar de uma esfera que proporciona molduras penais mais amplas do que as proporcionadas em casos de crimes singulares, torna-se imperativo o estudo de *Sentencing* no âmbito do concurso de crimes.

Assim sendo, propôs-se compreender como o Supremo Tribunal de Justiça procede, na prática, para determinar a pena única no concurso de crimes. Através de uma amostragem não probabilística constituiu-se uma amostra de 238 acórdãos cujo objeto de investigação

14 A importância do dano relativo ao bem jurídico protegido, as circunstâncias pessoais mais particulares, a vontade do culpado reparar o dano e se reabilitar, bem como o seu passado.

15 Estabelece a moldura penal absoluta e os critérios para cada tipo legal de crime.

16 Determina a pena concreta para o caso e análise, com base em princípios e no trabalho do legislador.

17 Artigo 71.º e 77.º Código Penal.

foram as condenações em prisão, proferias pelo Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do concurso de crimes. Concluiu-se que entre o período temporal de 1990 a 2016 foram utilizadas 25 frações de agravação, sendo que, em regra, as frações de agravação utilizadas estão compreendidas entre 1/4 e 1/3. Um universo de 25 frações abre caminho para a existência de disparidade injustificadas das penas.

No universo do concurso de crimes vs determinação da medida concreta da pena é necessário ter presente o cumprimento dos Princípios da Proporcionalidade e da Dignidade Humana. Aquando da análise dos acórdãos verificou-se a presença de uma contradição com o texto legal referente à determinação da pena. Portanto, o artigo 77.º n.º 2 do Código Penal não opera quando e porque a soma das penas parcelares ultrapassa o limite de 25 anos, mas quando a pena, do concurso de crimes, encontrada pelo Tribunal na moldura abstrata legal do mesmo n.º 2 for superior a 25 anos, caso em que tal pena encontrada pelo Tribunal é reduzida a esse limite de 25 anos. Esta deve ser a saudável interpretação da lei à luz dos cânones do artigo 9.º do Código Civil, posição assumida pela Doutrina e pelo Supremo Tribunal de Justiça¹⁸. É através de erros de interpretação como este que se torna cada vez mais premente haver um suporte que auxilie o juiz a determinar a pena concreta para cada caso, utilizando-se como base o procedimento do Tribunal Superior. Nomeadamente, com modelos de apoio à decisão¹⁹ os juízes poderão continuar a administrar justiça com base na sua intuição insubstituível e na sua experiência sem que, no entanto, se assista a disparidades graves injustificadas entre as decisões. Onde as sugestões de penas únicas, no caso do concurso de crimes, seriam depois ponderadas com a personalidade e o conjunto dos factos.

18 Neste campo da, determinação da medida concreta da pena, é fundamental a consideração do Princípio da Proporcionalidade, a que alude não só o artigo 71.º e 77.º do Código Penal, mas também o artigo 49º, n.º 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o art.º 18 da Constituição da República Portuguesa, que sairia ferido, sempre que o somatório das penas parcelares a considerar no concurso de crimes fosse superior a 25 anos, independentemente da sua dimensão (30 anos, 150 anos, 300 anos). A pena seria calculada como se o limite máximo da moldura a considerar fosse de 25 anos. Como sairia ferida a consideração que levou a que no n.º 2 do artigo 77.º do Código Penal fosse estabelecido o limite inultrapassável de 25 anos de prisão à pena a aplicar concretamente em caso do concurso: o princípio da humanidade das penas, com a noção de que a pena de duração superior desestruturaria o ser humano.

19 A ser desenvolvido um em parceria com o Sr. Conselheiro Manuel Simas Santos - modelo de apoio à decisão no âmbito do concurso de crimes.

Conclusão

Assim sendo, para caminharmos no sentido de que a determinação da medida da pena concreta se coadune com os princípios fundamentais de um Estado de Direito, nomeadamente do da igualdade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana há que ponderar a aplicação de técnicas adicionais, como as linhas de orientação.

O que se propõe não são as linhas de orientação que têm sido aplicadas no sistema americano, pois são obrigatórias e são muito mandatárias e muito restritas; aliás têm a regra ‘à 3ª é de vez’ – *three strikes and you are out*, portanto no caso de uma 3ª incidência o culpado de um crime deve ser condenado à prisão perpetua, princípio aplicado em alguns estados da América do norte²⁰. No reverso da moeda, o que se propõe são umas linhas orientadoras que não são mandatárias, não são obrigatórias, mas também não são meramente indicativas. Em princípio, o juiz deve seguir as linhas de orientação, mas pode afastar-se perfeitamente delas se entender que assim não alcança a justiça, mas deve fundamentar especialmente a sua posição. Propondo-se um sistema próximo ao da Inglaterra e do País de Gales, que são tendencialmente indicativas (deve seguir-se pelas linhas de orientação, mas pode afastar-se sempre que entender que, seguindo-as, não alcança a justiça).

Neste sentido, vamos ao encontro da reserva expressa na Recomendação do Conselho da Europa, que estas regras sobre a aplicação das penas: os pontos de partida, das penas usuais, das linhas de orientação não podem conduzir a penas mais graves, ou excessivamente severas. Nunca esquecendo que o princípio da proporcionalidade é fundamental.

Esclarecer também que não nos situamos na esfera da Inteligência Artificial. Estamos a falar apenas de Modelos de apoio à decisão e não, tentar substituir o juiz por via da inteligência artificial.

Tendo no nosso país a presente proposta, poderia conduzir a uma justiça mais justa, sem que os Tribunais nunca deixem de ser aqueles que administram o direito e a justiça, mas também, sem disparidades de um Tribunal para outro e sem as disfuncionalidades bem conhecidas e às quais assistimos em razão dos esforços que as partes fazem para evitar um juiz ‘severo’ ou para que o seu processo seja julgado por alguém mais ‘indulgente’.

Aliás, os próprios juízes, como o mostram os estudos, não pedem mais do que emitir decisões justas, eles só precisam ser ajudados por diretrizes específicas^{21 22}.

20 Califórnia.

21 Estudo apresentado no Eurocrim 2014 pelo Sr. Juiz Conselheiro Manuel Simas Santos em conjunto com o Doutor Pedro Freitas que demonstra a receptividade dos juízes na criação e utilização das linhas de orientação.

22 Nils Jareborg no Relatório geral para o 8º Colóquio Criminológico do Conselho da Europa, diz que “*se os juízes recebem orientações claras sobre a sentença, pode-se esperar que façam o seu melhor para implementar tal política*”.

Referências Bibliográficas

- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (3ª ed.). Lisboa: Universidade Católica.
- Brandão, N. (2005). Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição - Anotação ao acórdão o Supremo Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2003. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 117-153.
- Código de Processo Penal* (7 ed.). (2017). Coimbra: Almedina.
- Código Penal* (6 ed.). (2016). Coimbra: Almedina.
- Conselho da Europa. (1992). *Recomendação n.º(92)17, de 19 de outubro de 1992. Constituição da República Portuguesa* (4 ed.). (2017). Coimbra: Almedina.
- Dias, J. D. (1993). *Direito Penal Português: parte geral II, as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Editorial Notícias.
- Easton, S., & Piper, C. (2016). *Sentencing and punishment: the quest for justice* (4 ed.). Oxford: Oxford University Press.
- England Wales. (2015). *Crown Court Sentencing Survey Annual Publication: January to December 2014*.
- Ferreira, M. C. (2010). *Lições de Direito Penal: parte geral I-II*. (Reimpressão). Coimbra: Almedina.
- Freitas, P. M. (2016). *Determinação da medida da pena privativa de liberdade: um olhar crítico a partir do direito anglosaxónico*. Lisboa: Rei dos Livros.
- Freitas, P. M., & Simas-Santos, M. (2014). Sentencing guidelines in a continental legal system? An account of magistrates perceptions. *Eurocrim*.
- Henham, R. (2013). *Sentencing: Time for a paradigm shift (key ideas in Criminology)*. Reino Unido: Routledge.
- Mesquita, P. S. (1997). *O Concurso de Penas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Minnesota Sentencing Guidelines Commission. (2020). *Minnesota sentencing guidelines and commentary*. EUA: Minnesota Sentencing Guidelines Commission.
- ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.
- Rodrigues, A. M. (1995). *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Santos, J. S., & Severino, T. (2018). *Estudos em sentencing*. Maia: Edições ISMAI.
- Silva, G. M. (2008). *Direito Penal Português: Parte Geral III, teoria das penas e medidas de segurança* (2 ed.). Lisboa: Editorial Verbo.
- Simas-Santos, M. (2010). As penas no caso do concurso de crimes. *Revista do CEJ*(13), 115-158.
- Simas-Santos, M. (2012). *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho.
- Simas-Santos, M., & Albuquerque, P. P. (2009). Por uma política criminal mais justa. *Expresso*.
- Simas-Santos, M., & Leal-Henriques, M. (2016). *Código Penal Anotado, volume III* (4 ed.). Lisboa: Rei dos Livros.
- Simas-Santos, M., & Leal-Henriques, M. (2016). *Noções de Direito Penal* (5 ed.). Lisboa: Rei dos Livros.
- Simas-Santos, M., & Matos, M. (2004). A medida concreta da pena no Supremo Tribunal de Justiça sobre o tráfico de droga: esboço de um estudo empírico. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14(4), 453-507.
- Simas-Santos, M., & Ribeiro, M. C. (1998). *Medida concreta da pena: disparidades*. Lisboa: Vislis Editores.
- United States Sentencing Commission. (2016). *Guidelines Manual 3E1.1*.
- Vitorino, A. (2002). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Lisboa: Principia Editora.
- Von-Hirsch, A., Ashworth, A., & Roberts, J. (Edits.). (1998). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. Oxford: Hart.

Victimas del delito y sanción penal*

M^a del Mar Carrasco Andrino**

I. El movimiento victimológico y el Derecho penal

1. El Derecho penal moderno ha evolucionado sin prestar demasiada atención a las víctimas de delitos. Es a mediados del siglo pasado cuando se asiste¹ a un protagonismo creciente de las mismas y de sus intereses en el ámbito de la justicia penal, que hasta ese momento se había focalizado en el desarrollo de las garantías de los justiciables en cuanto que límites al ejercicio del *ius puniendi*. Se asiste así, primero, al progresivo reconocimiento legislativo de una serie de derechos *intra* y *extra* procesales en favor de las víctimas de delitos, encaminados a su protección, asistencia y reparación, que en España culmina con la aprobación del Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, 27 de abril); más tarde, a la incorporación de nuevas penas, cuyo contenido tiene una clara orientación hacia la protección de la víctima, como las prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima o sus familiares; y, por último, a la aparición de mecanismos alternativos a la pena e incluso al sistema de justicia criminal, que otorgan un mayor peso a la reparación de la víctima y a la restauración de los intereses públicos afectados por el hecho delictivo, como la mediación penal y otras formas de justicia restaurativa. En particular, la crisis del modelo rehabilitador en los años 70 del pasado siglo trajo consigo un giro de las políticas públicas, endureciendo² la respuesta frente al crimen a la par que

* Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación: “Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica” (PID2019-107974RB-I00).

** Professora da Universidade de Alicante, Espanha.

1 El despertar del interés por las víctimas de delitos se sitúa en la década de los años 40 del siglo pasado, tras la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de las atrocidades cometidas en dicha contienda (vid. por todos LANDROVE DÍAZ, G. *Victimología*, Valencia, 1990, pág. 26 y 27; PEREDA BELTRAN, N. “La victimología en el contexto de las Ciencias sociales”, en PEREDA BELTRAN, N./TAMARIT SUMALLA, J. M. *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, 2013, pág. 24). Una exposición sintetizada sobre la evolución del movimiento victimológico en EEUU y en Europa puede verse en CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, 2010, pág. 17 a 22.

2 A este periodo corresponden en el mundo anglosajón regulaciones como las del “*three strikes*”, la privación de libertad de por vida sin posibilidad de *parole* para delincuentes peligrosos o de la condena mínima obligatoria, entre

dirigieron una mayor atención a la víctima del delito. El resurgimiento del retribucionismo, asociado a la idea del merecimiento, expresada en que quien hubiera cometido un delito debía por ello sufrir alguna pérdida como consecuencia³, no supuso, sin embargo, abrazar el límite de la proporcionalidad. Más bien al contrario, muchas de las medidas de esta época se nutren de argumentos consecuencialistas: disuadir por medio de la privación de libertad e, incluso, educar socialmente, mandando el mensaje de que los castigos severos convencen sobre lo que está bien y lo que está mal⁴.

Asimismo, el peso de los movimientos victimológicos, y en general de la opinión pública, se deja sentir en la política criminal, no sólo a través del endurecimiento de la respuesta penal frente a determinados hechos que provocan una gran conmoción social, sino también promoviendo la introducción de nuevos tipos penales o la reformulación de los existentes. De esto último constituye un buen ejemplo la introducción del homicidio o las lesiones imprudentes múltiples o la reincorporación del “delito de fuga” en el CP español, operadas

otros, (vid. TONRY, M. “Can Twenty-first Century punishment policies be justified in principle?”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?*, Oxford University press, 2011, pág. 3 y sigs., en donde observa que estas regulaciones no responden a justificaciones de índole normativo, o de principios, sino de carácter político o expresivo. Se habla así de lo que la sociedad quiere, de que una condena dura tranquiliza a la sociedad, o del mayor apoyo electoral que reciben aquellos candidatos que proponen respuestas duras contra la delincuencia. Se traslada así el argumento del efecto disuasorio o incapacitante de las penas duras o de la disminución de la criminalidad asociada a la drogodependencia a través del tratamiento exitoso del drogodependiente.

3 Desde esta visión la función del sistema de justicia penal es garantizar que el castigo que se impone por un cierto hecho a un cierto delincuente es lo merecido. El problema estriba en identificar lo sea esto, de manera que se pueda justificar o, al menos, explicar el “trato duro” en la respuesta frente a determinados delitos o a determinados delinquentes. MATRAVERS, M. “is Twenty-first Century punishment post-desert?”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?* Oxford University press, 2011, pág. 33 y sigs., hace un recorrido por las distintas corrientes doctrinales y su visión del merecimiento: desde el enfoque intuitivo, el del juego limpio que busca restaurar el equilibrio entre cargas y beneficios en la sociedad, o el que concibe el castigo como un proceso comunicativo de transmisión de censura hasta teorías mixtas en las que el merecimiento se conecta con la proporcionalidad, entendida como una cuestión de relación dentro de un esquema de castigos (personas condenadas por hechos y con una culpabilidad similares deben recibir castigos de gravedad comparable, lo que justifica el endurecimiento cuando el individuo comete una ofensa que multiplica su gravedad ordinaria). Se observa, así, que el merecimiento, en realidad, no tiene que ver con la imposición de un ideal de sufrimiento o de castigo que deba imponerse como respuesta al delito, sino con la imposición de una consecuencia, con la comunicación de una censura, o con una proporcionalidad relacional. El autor acaba concluyendo que, en realidad, resulta inapropiada la asociación entre el retribucionismo contemporáneo y la noción tradicional del merecimiento.

4 Así TONRY, M. “Can Twenty-first Century...”, cit., pág. 9 y sigs., quien advierte que las explicaciones que se han ofrecido por distintos autores, a partir de la idea de la ruptura del contrato social por el delincuente multirreincidente o de la pérdida de la presunción de inmunidad, frente a sentencias desproporcionadas, de la que goza un ciudadano respetuoso con la ley, que no ha causado daños, no indican si la proporcionalidad será o no una consideración a tener en cuenta en el castigo del primer delito.

por la LO 2/2019, en la que han tenido un papel determinante las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, a la par que los medios de comunicación, en los que se daba cuenta constante de los atropellos a ciclistas en las carreteras españolas, y que parecen haber desaparecido tras la mencionada reforma. A este respecto, se ha indicado que se consigue una mayor eficacia cuando la presión de las víctimas se canaliza a través de sus asociaciones y en interacción con los medios de comunicación⁵ que, guiados por el criterio de la mayor audiencia, en ocasiones ofrecen una visión distorsionada del fenómeno delictivo, que no responde a la verdadera realidad criminal⁶. Con ello se altera la percepción social de la delincuencia, y, en particular, crece el miedo al delito de las potenciales víctimas. La visión que arrojan las investigaciones empíricas⁷ realizadas en distintos sistemas jurídicos es muy semejante: es mayoritario el sentir de que los tribunales son excesivamente indulgentes con los delincuentes -entre un 65% y un 82% de los encuestados-; se estima, además, que las valoraciones judiciales de los hechos quedan muy alejadas de lo que la gente corriente opina. En España, no hay más que pensar en el fuerte descontento social que han provocado algunas resoluciones judiciales, como la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, 20 de marzo, conocida como el caso de “la manada”, en la que una violación grupal en las fiestas de San Fermín fue calificada de abuso sexual (art. 181.4 CP), y no de agresión

5 Sobre el modo en que se construye el discurso periodístico en relación con los asuntos penales, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas”, en *Teoría y Derecho. Revista del pensamiento jurídico*, nº 24, 2018, pág. 93 y sigs., en donde el autor analiza los factores que inciden en el discurso periodístico y como la interacción con los grupos de presión en sus demandas en materia criminal sólo tiene éxito cuando existe una afinidad muy intensa entre el grupo y el partido político o éste último se encuentra en una situación de gran debilidad; concluyendo que el papel más significativo de los medios de comunicación se produce a largo plazo, construyendo representaciones comunes de la realidad social, de manera que acota los límites de las razones públicas que pueden ser objeto de discusión en un determinado problema.

6 Vid. sobre el particular, CEREZO DOMINGUEZ, A. I. *El protagonismo...*, ob. cit., pág. 47 y sigs., quien analiza en detalle la influencia de las asociaciones feministas en la gestación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género; el papel de los medios de comunicación y de las víctimas en el endurecimiento de la respuesta de la legislación penal de menores en la reforma de LO 8/2006, de 4 de diciembre; o el de las víctimas del terrorismo en la modificación legislativa del CP de la LO 7/2003, de 30 de junio, cuya denominación “para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” resulta sumamente expresiva de su contenido y de los principios que la inspiran, esencialmente encaminados a evitar que los terroristas puedan beneficiarse de unas normas penitenciarias pensadas para la reinserción social de los delincuentes comunes.

7 Cfr. ROBERTS, J. “The future of state punishment, the role of public opinion in sentencing”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?*, Oxford University press, 2011, pág. 102; en este sentido, en España CEREZO DOMINGUEZ, A. I. *El protagonismo...*, ob. cit., pág. 42 y 43, citando los trabajos de GARCÍA ESPAÑA/PÉREZ/BENITEZ/CEREZO sobre “Encuesta a víctimas en España” del año 2009.

sexual agravada -violación, art. 179 CP-, esencialmente porque al no haber sido capaz la víctima de evidenciar su oposición expresa al comportamiento sexual, se entendió que había prevalimiento y no intimidación.

La cuestión es si las percepciones sociales deben ser tenidas en cuenta de alguna manera por el sistema de justicia penal. En favor de dicha aproximación se aduce que ello contribuiría a mejorar la legitimidad percibida del Derecho y, en consecuencia, el cumplimiento de la ley, de manera que ignorar las intuiciones compartidas socialmente sobre lo que es justo o injusto, acaba socavando la eficacia en el control del delito⁸. Aunque, por otra parte, la experiencia constata que la mirada a la opinión pública acaba alimentando respuestas de corte excesivamente punitivistas, en las que se echa en falta una reflexión previa y que pueden estar condicionadas por las distorsiones cognitivas que se asocian a una información incompleta, inadecuada o imprecisa de los medios de comunicación. A este respecto, se advierte que la metodología empleada en las investigaciones empíricas en esta materia es desacertada, contribuyendo a que se malinterpreten las aptitudes sociales sobre el problema penal por el Legislador. En particular, se observa que las encuestas de opinión con no poca frecuencia se dirigen a recopilar decisiones rápidas sobre cuestiones que son complejas; mientras que cuando se proporciona suficiente información las respuestas, más reflexivas, tienden a ser menos punitivas en la valoración del problema, aunque no dejen de responder a una visión retribucionista del castigo⁹. Así, pues, lo primero sería conseguir una medición más precisa de las aptitudes sociales que responda a criterios científicos, cuyos resultados sean replicables, potencialmente falsables, basados en muestras representativas de la sociedad y obtenidos en un entorno razonado y deliberativo¹⁰. Lo segundo, valorar cuánta concordancia ha de darse para que se consigan los efectos positivos de adherencia al Derecho, y en todo caso asumir que esta incorporación del sentir social no puede realizarse de forma acrítica o sin limitaciones, pues de otra forma se corre el riesgo de incorporar prejuicios sociales sobre determinados grupos o formas de vida que no conciten una simpatía mayoritaria¹¹, en definitiva, de llegar a resultados injustos.

8 Vid., ROBINSON, P/DARLEY, J. "Intuitions of Justice: implications for Criminal Law and Justice policy", en *Southern California Law Review*, 2007, n° 81, págs. 1-49, quienes se refieren a lo merecido "empíricamente" -"*empirical desert*"-, en contraposición a lo merecido desde el punto de vista deontológico, ético -"*deontological desert*"-, para designar lo que constituye una percepción justa, merecida, de la atribución de responsabilidad penal por la sociedad.

9 Así, por ejemplo, las investigaciones en las que se pide a la gente que identifique los factores que a su juicio deberían agravar o atenuar la condena (cfr. ROBERTS, J. "The future of state...", cit., pág. 110, quien cita los trabajos de Lovegrove y Roberts).

10 Sobre este particular, vid. ROBERTS, J. "The future of state...", cit., pág. 105 y sigs.

11 *Ibidem*, pág. 112 y sigs.

Así las cosas, de una parte, los estudios empíricos indican que en el cumplimiento normativo tienen más peso factores de influencia social y de legitimidad moral¹², que tienen que ver con los modelos de comportamiento que se reconocen como habituales o mayoritarios y con lo que socialmente resulta o no reprochable, de acuerdo a su sistema de valores, que con el efecto disuasorio de la amenaza penal. De otra parte, se observa que el Legislador cuando se apoya en la opinión pública lo hace para aumentar la severidad del castigo, en la creencia extendida de que el efecto disuasorio de la norma penal será mayor. Es quizás que, por ello, se ha llegado a decir que las victorias más palpables de las asociaciones de víctimas han girado en torno al castigo de los delincuentes, constituyendo su enfoque fundamental, por sorprendente que parezca, el de una respuesta más punitiva frente al delito¹³. Pareciera que, desde esta perspectiva, la satisfacción de los intereses vindicativos de la víctima se erige en finalidad de la pena. Sobre ello volveremos más adelante.

2. En el ámbito de la configuración de las penas y de las alternativas a la prisión, la visión victimológica ha adoptado otra orientación: reparadora de los daños causados por el delito, restauradora de los intereses afectados por el delito, e incluso protectora de las víctimas. Se introducen, así, sanciones que limitan la libertad -de movimientos, residencia- del delincuente-persona física como una forma de garantizar la seguridad de la víctima o de neutralizar una posible revictimización. Las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación con la víctima del delito o con sus familiares, previstas en los arts. 48 y 57 CP como penas accesorias de determinados delitos y fundamentalmente con aquellos que tienen que ver con la violencia de género, son un buen ejemplo de ello¹⁴.

En el ámbito de las sanciones que recaen sobre personas jurídicas, la consideración de los inte-

12 Vid. MIRO LLINARES, F. "Aproximación a la función de la pena desde las evidencias del cumplimiento normativo", en SILVA SÁNCHEZ, J. M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J./CORCOY BIDASOLO, M. (Coords.) *Estudios de Derecho penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo, 2017, pág. 149 y sigs., quien recoge los trabajos de Tyler, Cialdini, etc. (de Tyler, Cialdini, entre otros)

13 Cfr. FATTAH, E. "Gearing justice action to victim satisfaction, contrasting two philosophies: retribution and redress", en MALSCH, M. *Crime, Victims and Justice: essays on principles and practice*, ed. Hendrik Kaptein, Taylor and Francis, 2004, pág. 16.

14 Vid., sobre el contenido, régimen, finalidad de estas penas, entre otros, FARALDO CABANA, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Valencia, 2008; SOUTO GARCÍA, E.M. "Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 9, 2013, pág. 173 y sigs.; PÉREZ RIVAS, N. "Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento", en *Dereito: Revista xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 2015, 24(2), pág. 21 y sigs.

reses de las víctimas se ha planteado en distintos niveles¹⁵: el básico u obligado, dirigido a evitar posibles efectos colaterales que puedan derivar de la imposición de penas para las víctimas (por ejemplo, los trabajadores de la empresa sancionada); otro, en el que la sanción otorga un papel protagonista a la víctima, de manera que se limita el poder de la persona jurídica en la toma de decisiones, transfiriéndoselo a aquélla, con el objetivo de empoderarla; y en fin, el último nivel es el recurso a un proceso restaurativo. Se pueden dar cabida, así, en los distintos niveles a sanciones como: la reparación del daño; los trabajos en beneficio de la comunidad cuando la empresa es la que posee el *know how* necesario para reparar el daño causado; la multa en beneficio de la comunidad, que permitiría destinar los fondos recaudados a proyectos sociales, organizaciones o instituciones que guarden relación con las consecuencias asociadas al delito; las *equity fine*¹⁶, que combinan la pérdida de poder de la entidad con la obtención de fondos para las víctimas, pues supone una reducción del valor nominativo de las acciones de la empresa, que habrá de compensarse con la emisión de nuevas acciones por el valor equivalente a dicha reducción, y cuya titularidad se otorgaría al Estado o a las víctimas, o en fin, los procesos restaurativos.

También se elevan propuestas para dotar a la pena de multa de orientación reparadora, sobre todo en delitos de carácter supraindividual como los que protegen el medio ambiente, el patrimonio histórico, o la ordenación del territorio, en los que la cuantía de la multa podría destinarse a financiar proyectos orientados a la protección o restauración del bien jurídico afectado¹⁷.

3. El movimiento reparador y de justicia restaurativa, en su versión más moderada¹⁸, ha ido per-

15 Vid. en este sentido, NIETO MARTÍN, A. “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones jurídicas pensando en sus víctimas?”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Cizur Menor, 2017, pág. 319 y sigs.

16 Las *equity fines* fueron propuestas a comienzos de los años 80 por John Coffee “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An unsandalized inquiry into the problem of corporate punishment”, en *Michigan Law Review*, 1981, vol. 79, nº 3, pág. 412 y sigs.; una síntesis de la discusión que suscita la aplicación de estas sanciones, puede verse en SCHOFIELD-GEORGESON, E “Equity fines por corporate crimes: why they should be back on the legislative agenda”, en *Alternative Law Journal*, 2020, vol. 45 (2), pág. 101 y sigs.

17 Formula esta propuesta CARDONA BARBER, A. “Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021, pág. 240 y sigs., quien se refiere al ejemplo que proporciona la regulación administrativa del tráfico rodado, en donde desde el año 2015 se impone la obligación de destinar lo recaudado con las multas administrativas a la financiación de las políticas de seguridad vial, prevención de accidentes de tráfico y ayudas a las víctimas (disposición adicional cuarta del RDL 6/2015, 30-10).

18 En el movimiento reparador se distinguen dos grandes corrientes: la abolicionista, que propugnaba la reparación como una alternativa al sistema de Justicia penal, de manera que fueran los derechos de las víctimas los que marcaran la naturaleza y los límites de la responsabilidad penal; y la moderada, que introducía la reparación como sanción de naturaleza penal, en la que se aunaban los fines preventivos del Derecho penal y la satisfacción de los intereses

meando poco a poco los sistemas de justicia criminal de nuestro entorno, otorgando a la reparación del daño una cierta eficacia en la responsabilidad penal. A este respecto, el Código penal español confiere a la reparación efectos atenuatorios de la responsabilidad penal bajo determinadas condiciones, bien de modo genérico en el art. 21.5 CP, o bien de modo específico respecto de algunas figuras delictivas (delitos contra el medio ambiente, malversación, etc.); también efectos eximentes como causa de exención de pena (por ejemplo, la devolución del menor en la sustracción de menores, art. 225 bis.4 CP) o excusa absolutoria (delitos contra la seguridad social, contra la hacienda pública); e incluso, un carácter más sancionador (publicación de la sentencia en delitos contra el honor o en los relativos a la propiedad intelectual e industria, la demolición en los delitos urbanísticos, etc.).

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad civil, una concepción amplia de la reparación del daño, en la que se dé cabida también al daño social o colectivo causado al bien jurídico de titularidad supraindividual o a las víctimas colectivas del hecho, permitiría tener en cuenta todos los intereses afectados -los distintos niveles de victimización, desde el individual hasta el difuso o colectivo¹⁹-. Es claro que esta concepción más holística de la reparación la dotaría de un contenido más punitivo, aproximando a instituciones como los “daños punitivos” de los sistemas anglosajones.

En cuanto a la justicia restaurativa, es cierto que, dejando aparte la justicia de menores y algunos proyectos piloto en el ámbito de la de adultos²⁰, hasta ahora ha tenido escasa aplicación en nuestro sistema de justicia penal. El ya mencionado Estatuto de la Víctima, aprobado por Ley 4/2015, de 24 abril, ha supuesto un respaldo legal a estos mecanismos, al configurar en su art. 15, como derecho de la víctima, el de acceder a la justicia restaurativa,

de la víctima, y cuya máxima expresión se encuentre en el Proyecto alternativo de reparación que hicieron un grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos en el año 1992, en el que la reparación se plantea como una tercera vía junto a penas y medidas de seguridad. Una exposición de estas posiciones puede verse en CARRASCO ANDRINO, M. M. “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)”, en *Jueces para la Democracia*, 1999, n° 34, pág. 82 y sigs.

19 Vid. sobre esta cuestión, RODRIGUEZ PUERTA, M. J. “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2020, 22-14, pág. 21 y sigs., aludiendo al daño social que producen delitos como la corrupción (deficiencia en la prestación de servicios públicos, pérdida de confianza en las instituciones, disminución potencial de ingresos económicos de la población, etc.), que no quedan abarcados por la reparación clásica del daño producido; o en delitos contra el medio ambiente, etc.

20 Vid. sobre el particular MOYA FUENTES, M.M. “Breves reflexiones sobre la mediación penal en España y el Estatuto de la víctima”, ROCA AGAPITO, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el s. XXI*, Valencia, 2019, págs. 783 y sigs.

en los términos que reglamentariamente se determinen²¹. Aunque hasta el momento este desarrollo no se ha producido. Únicamente el RD 1109/2015, 11 diciembre, ha regulado el papel que le corresponde a las oficinas de asistencia a las víctimas en esta materia: apoyar a los servicios de mediación extrajudicial y, en su caso, impulsar la intrajudicial, al otorgar a dichas oficinas la tarea de proponer al órgano judicial los casos que pueden ser derivados a mediación penal (art. 37).

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECr), aprobado en el Consejo de ministros el 24-11-2020, contempla la justicia restaurativa en el Capítulo III, del Título IV, dentro de las formas especiales de terminación del procedimiento penal, que queda en manos del Ministerio Fiscal o del órgano judicial competente. De acuerdo con ello, el procedimiento restaurativo exitoso puede suponer un archivo por oportunidad o un procedimiento de conformidad (art. 183.3 ALECr), en el que el fiscal puede solicitar la pena inferior a la prevista legalmente (art. 170.5 ALECr). La primera opción -el archivo- queda vedada a delitos de violencia de género, los relacionados con la corrupción, cuando la víctima sea menor de 13 años o medie violencia o intimidación, así como respecto de sujetos condenados anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta o beneficiarios anteriormente de un supuesto de oportunidad por razón del delito. El archivo por oportunidad puede suponer la terminación o la suspensión condicionada del procedimiento, lo que queda limitado por la pena con la que se castigue el delito correspondiente. Así lo primero, solo es posible cuando el delito esté sancionado con penas de prisión de hasta dos años, o pena de multa o de privación de derechos que no exceda de diez años (art. 175 ALECr); mientras que la suspensión del procedimiento alcanza a delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con penas de cualesquiera otra naturaleza (art. 176 ALECr). Las limitaciones establecidas para el archivo de la causa son una consecuencia lógica de la consideración de los fines de prevención general propios del Derecho penal, en la medida en que el proceso restaurativo supone una renuncia a la imposición pena (norma secundaria). En cambio, esa renuncia no se produce en el caso de la sentencia de conformidad, lo que explica que no se establezcan más limitaciones al proceso restaurativo que las derivadas de la voluntariedad de las partes.

21 Con ello se abre la vía legal para incorporar no solo la mediación penal, sino también otros encuentros restaurativos como los círculos de sentencia o las conferencias de grupo familiar. Sobre la configuración de este derecho en el Estatuto de la Víctima y las posibilidades que ofrece me he ocupado en otro trabajo, al que ahora remito: CARRASCO ANDRINO, M. M. "Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la Víctima", en CARRASCO ANDRINO, M. M./MOYA FUENTES M. M (Dir./Coord.) *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia, 2020, pág. 249 y sigs.

En el momento del juicio oral, el juez también puede acordar la remisión al procedimiento restaurativo, cuando todas las partes lo soliciten, suponiendo aquí su resultado exitoso la apreciación de la atenuante de reparación (art. 184 ALECr), lo que, de acuerdo con las reglas del art. 66 CP, supondría dejar la pena en su mitad inferior o una rebaja en uno o dos grados, si se estima muy cualificada y no concurren agravantes. Advuértase, además, que, en este caso, tampoco se establecen limitaciones para el acceso al proceso restaurativo.

Finalmente, el Tribunal podrá también acordar durante la ejecución, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que las partes acudan a un procedimiento de justicia restaurativa (art. 182.5 ALECr).

La propuesta reguladora otorga una duración máxima de tres meses al proceso restaurativo (art. 182.2 ALECr), interrumpiéndose el plazo de prescripción de la infracción penal cuando se esté ante delitos leves (art. 185 ALECr), requiriéndose en todo caso la voluntariedad de las partes, y garantizándose la confidencialidad de lo manifestado por las partes en dicho procedimiento, que no podrá utilizarse posteriormente, a no ser que así lo hubieren acordado las partes expresamente (art. 181.4 y 183.1 ALECr).

Así las cosas, de aprobarse esta normativa se facilitaría un cauce procesal para imbricar en la Administración de Justicia mecanismos restaurativos como la mediación penal o distintas formas de *conferencing*, entre cuyos beneficios se encuentra el de promover una satisfacción más holística de los daños producidos en los distintos niveles de victimización (individual, social, etc.), dándose cabida de esta forma a la reparación más global a la que me refería antes, en la que se pueda contemplar el daño social ocasionado, sobre todo, en delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Las posibilidades que ofrece la justicia restaurativa respecto de las víctimas colectivas o difusas está todavía por explorarse. En la doctrina española, comienza a discutirse su aplicación respecto de los delitos cometidos por personas jurídicas²² en general, y particularmente, con independencia de que su autor sea persona física o jurídica, en los delitos socioeconómicos²³, en los que se ha advertido que el proceso restaurativo puede

22 Vid. NIETO MARTÍN, A. “Empresas, víctimas y sanciones...”, ob. cit., pág. 327 y sigs., distinguiendo los procesos restaurativos según se trate de pequeñas o grandes empresas y de daños causados a terceros en el marco de una actividad regulada o que afectan a derechos humanos o al medio ambiente.

23 Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. “¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2020, n° 40; también de la misma, “Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021, pág. 29 y sigs., quien plantea los inconvenientes o peligros de que los desequilibrios de poder entre el delincuente de cuello blanco y las víctimas del delito, la sensación de impunidad que puede conllevar, etc.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. “El derecho de las víctimas colectivas...”, cit., pág. 31 y sigs., quien aborda las cuestiones de los sujetos legitimados para participar en los encuentros restaurativos (perjudicados directos, indirectos a través de asociaciones u organizaciones que actúan en representación de intereses colectivos, de base territorial en función del lugar de comisión del delito a-, o representativa del

contribuir a contrarrestar la tendencia a la frecuente invisibilización de sus víctimas, quienes en muchas ocasiones se sienten excluidas e incluso culpabilizadas²⁴.

4. La irrupción de los intereses de las víctimas, de la idea de reparación en la sanción penal o de la justicia restaurativa incide directamente sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente de naturaleza preventiva, general o especial. En este sentido, si la incorporación de la satisfacción de los intereses de la víctima como fin de la pena presenta el peligro del cambio de orientación del Derecho penal: que éste deje de ser un instrumento de control social, dirigido a la protección de bienes jurídicos, para convertirse en un mecanismo de reparación de los derechos o intereses de las víctimas. De aquí que comparta la reflexión de GARCÍA ARÁN, en el sentido de que la satisfacción de los intereses de la víctima no puede constituirse en finalidad independiente o aislada de los tradicionales fines preventivos, sino que la reparación ha de valorarse en clave preventiva, de manera que contribuya también a la evitación de delitos²⁵.

Esta orientación del castigo hacia la satisfacción de los intereses de la víctima se ha gestado en el ámbito del Derecho internacional, y más concretamente en relación con la justicia transicional y por obra de los Tribunales de Derechos humanos, en donde se ha acabado reconociendo, en aras de la lucha contra la impunidad, el derecho de la víctima al castigo del ofensor como forma de reparación por el daño sufrido. Desde esta perspectiva el *ius puniendi* acaba convirtiéndose en *officium puniendi*, esto es, en una obligación de castigo para el Estado que entra en colisión con los límites tradicionales del Derecho penal y las garantías del procesado.

II. El derecho al castigo del ofensor. El papel de los Tribunales de Derechos Humanos

Como es sabido, la justicia transicional se dirige a reparar a las víctimas de graves violaciones de Derechos humanos, consecuencia de conflictos bélicos o de procesos de cierre de dictaduras, en

interés), y de los posibles objetos del “resultado restaurativo”; GARCÍA ARÁN, M. “Instrumentos para la justicia restaurativa y sus aplicación a la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021, pág. 139 y sigs.

24 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. “El derecho de las víctimas colectivas...”, cit., pág. 35, recogiendo la idea de contrarrestar de esta manera la indiferencia hacia las víctimas que suelen mostrar los responsables de estos delitos, desarrollada por MANNOZZI, G. (“Il crimine dei colletti Bianchi: profili definitivi e strategie di contrasto attraverso il método della giustizia riparativa”, en SPINELLIS, CALLIOPE, THEODORAKIS, BILLIS, PAPADIMITRAKOPOULOS (Eds.) *Europe in crisis: crime, criminal justice and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, vol. II, Athens, 2017, pág. 1365 y sigs.).

25 Cfr. GARCÍA ARÁN, M. “Instrumentos para la justicia restaurativa...”, ob. cit., pág. 144.

donde pesan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, reconocidos en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, 16-12-2005. En este contexto, la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos humanos (CIDH), ha desarrollado la idea de que el castigo es un medio de satisfacción o reparación moral de la víctima, construyendo un estatuto jurídico de la víctima que interfiere con la soberanía estatal y con los límites tradiciones del *ius puniendi*, que entra en colisión con garantías procesales que se amparan en el propio texto de la Convención interamericana de Derechos Humanos. En particular, la CIDH ha llegado a declarar la ilegitimidad de las leyes de amnistía que obstaculizan el derecho de las víctimas a la investigación penal de graves violaciones de derechos humanos. Así en el caso “Barrios Altos” (sentencia CIDH 14-3-2001) la Corte declara que *“la tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales”*; en el caso “Almonacid Arellano” (sentencia CIDH 26-9-2006) dictaminó que el Estado no podía por ninguna razón “eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables” (§151) de ese asesinato, incluida la cosa juzgada no fraudulenta (§ 154). Este exceso de celo de la Corte Interamericana ha recibido fuertes críticas doctrinales por lo que representa de contravención de la propia Convención americana de Derechos Humanos, concretamente de su art. 8.4, en el que se declara el derecho del absuelto por una sentencia firme a no ser sometido nuevamente a juicio (prohibición de doble enjuiciamiento). La CIDH acaba aboliendo este derecho del imputado para “introducir en su lugar una garantía en favor de las víctimas de crímenes internacionales”. Como ha indicado PASTOR, la ideología de los derechos humanos, establecida para la tutela de los derechos del imputado frente al aparato represivo del Estado, gira su enfoque y se transforma en los derechos humanos contra el imputado²⁶. Es cierto que la argumentación de la Corte también se conecta con la quiebra de la prevención que supone la impunidad de hechos delictivos tan graves, pues ésta puede propiciar ulteriores violaciones. Pero como se ha señalado por la doctrina, esta necesidad preventiva asociada al castigo derivada del deber de garantía de los Estados parte supondría, de una parte, una obligación de perseguir y castigar en toda violación de un derecho de la

26 Vid. PASTOR, D. R. “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2011, pág. 509 y 510.

convención; y por otra, el que este deber solo existiría en tanto el castigo fuera el medio idóneo de evitar delitos futuros²⁷.

Así las cosas, la perspectiva de la víctima ha introducido, a través de la interpretación que hace la Corte interamericana, una serie de derechos en favor de las víctimas que no están en el texto de la convención: los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el *ne bis in idem*, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan (jurisprudencia desde el caso Velásquez Rodríguez de 29-7-1988 hasta la sentencia Guerrilha do Araguaia, del 24 de noviembre de 2010). Se ha instaurado así un principio de prohibición de la impunidad, que como ha expuesto SILVA SÁNCHEZ es una manifestación del Derecho penal autoritario, de la máxima “ningún crimen sin castigo” postulado por C. Schmitt en los tiempos del nacional socialismo, por oposición al principio “ningún crimen sin ley”²⁸.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) no ha llegado a estos excesos, aunque es cierto que también ha recogido la idea del deber del Estado de investigar la violación de Derechos Humanos, sobre la base del art. 13 del Convenio -derecho a un recurso efectivo-, exigiendo al Estado el poner recursos a disposición de la víctima, aunque sin sobrepasar los límites de la soberanía estatal. La condena al Estado miembro no supone anulación de normas nacionales o revocación de sentencias de sus tribunales, sino una reparación económica para el demandante a cargo del Estado declarado responsable de la violación del derecho. En particular, sobre la base del derecho a un proceso equitativo, el TEDH ha extendido su protección no solo al acusado, sino también a los testigos y a la víctima, que pueden ver afectados sus derechos a la vida, libertad, intimidad o seguridad, y entrar en colisión con el derecho de defensa. La regla de la equidad obliga a tener en cuenta estos derechos y también el de reparación de la víctima²⁹. Así, por ejemplo, se ha admitido que se tomen ciertas medidas para proteger a la víctima de delitos sexuales, sobre

27 Vid. una exposición de las críticas doctrinales a la jurisprudencia de la CIDH, MALARINO, E. “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GIL GIL, A./MACULAN, E. (Dir.) *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, 2017, pág. 40 y sigs.

28 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, en MARTÍNEZ FRANCISCO, INICIALES/ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA/ MIRANDA DE AVENA (Coords.) *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009, pág. 17 y sigs.

29 Por todos, TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, (3), 2016, pág. 6 y sigs.

todo cuando es menor, siempre que éstas sean compatibles con el derecho de defensa (lo que tiene que ver con la oportunidad de confrontación del testigo)³⁰. Asimismo, en el caso Pérez c. Francia de 12 febrero 2004, en el que se decretó el sobreseimiento, sin informar a la víctima, de la agresión con una jeringuilla de unos hijos hacia su madre, el TEDH establece que el derecho a un proceso equitativo se predica también de la víctima, pues en éste se toman decisiones que afectan a sus derechos y obligaciones en el orden civil. Ello implica que también se extiende a la víctima como parte civil. Estos derechos de la víctima a ser oída, a información, etc. se derivan, porque el proceso penal puede ser la base para la decisión sobre una reparación a la víctima o porque la acción civil se ha adherido al proceso penal. El art. 6.1 CEDH se extiende también a la víctima para mejor defender su derecho a la reparación (apartado 56).

El TEDH no admite un derecho a la justicia, a obtener justicia en favor de la víctima o al castigo del autor, algo que reconoce no es siempre viable. El fundamento del deber positivo de

30 Caso S.N. contra Suecia de 2 julio 2002 (abuso sexual a un menor de 10 años). Durante la investigación el menor fue interrogado por la policía en dos ocasiones. La primera fue grabada en video. En ese momento no se dio traslado al acusado, pues no se le habían transmitido todavía las sospechas que recaían sobre él. En la segunda, se grabó el audio, en presencia de los padres del menor, pero sin que estuviera presente ni su abogado ni tampoco el de la defensa, quien había estado de acuerdo en que su presencia no era necesaria. Se entregó una copia de la cinta al abogado defensor, quien antes del interrogatorio había tenido una entrevista con el agente de policía que practicaría el interrogatorio para determinar los aspectos del caso que serían objeto de pregunta. El abogado defensor no manifestó necesidad de un nuevo interrogatorio. En el juicio se mostraron tanto el video como la cinta de audio, sin que se solicitase por la defensa interrogación del menor. En la segunda instancia se volvieron a mostrar las mismas cintas, sin que tampoco en esta ocasión se solicitara interrogar al menor. Se recurrió al Tribunal Supremo alegando que no había habido posibilidad de confrontar interrogando al menor. El Tribunal denegó el derecho a recurso. El TEDH no considera afectados los derechos del art. 6 CEDH, manifestando lo siguiente: primero, que “el uso como pruebas de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación de la policía y de la investigación judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d del art. 6, CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Como norma, esos derechos requieren que el demandado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo en su contra, cuando hace las declaraciones o bien en una fase posterior del procedimiento” (apartado 44); segundo, advierte que “el art. 6º, CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal. Normalmente son los Tribunales nacionales los que deciden si es necesario o conveniente escuchar a un testigo” (apartado 44); tercero, toma en cuenta “las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales. Dichos procedimientos se conciben a menudo como una experiencia difícil para la víctima, en particular cuando esta tiene que enfrentarse al demandante. Estas características se intensifican cuando la víctima es menor. Para valorar si en dichos procedimientos el acusado tiene o no un juicio justo, se debe tener en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima. Por lo tanto, el Tribunal acepta que, en los procedimientos penales relativos a abusos sexuales, se deban tomar ciertas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan ser compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa” (apartado 47). Vid. un comentario sobre el caso en HERNANDEZ GARCIA, J. “Menores victimizados y proceso penal. Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del TEDH, caso “S.N.c. Suecia”, del 2 de julio de 2002”, en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, Buenos Aires, 2009, pág. 113 (disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf>, última consulta 17-6-2021).

actuación del Estado se vincula a la prevención: el Estado debe perseguir y sancionar las violaciones de Derechos Humanos, puesto que la impunidad propicia nuevas violaciones de tales derechos³¹; aunque como ha indicado TOMÁS-VALIENTE LANUZA la afirmación de responsabilidad del Estado se construye sólo a partir de la demanda que formula una víctima concreta contra un Estado por una insuficiente intervención penal que ha impedido el castigo de la violación sufrida por ella, no por referencia a violaciones futuras de potenciales víctimas³².

III. La satisfacción de la víctima como fin de la pena

También en la Doctrina se encuentran planteamientos próximos a la jurisprudencia internacional que recuerdan a la visión kantiana de la pena y abocan a una especie de neo retribucionismo, si bien poniendo ahora el acento en la víctima. Si para las teorías absolutas de Kant y Hegel el castigo era un imperativo para la realización de la justicia, consecuencia de la infracción normativa realizada por el sujeto, en las visiones actuales orientadas a la víctima, el castigo se fundamenta en la necesidad de satisfacer los intereses de ésta³³. El merecimiento de pena no se liga a una lesión del Derecho -versión clásica-, sino a una lesión de la víctima -neo retribucionismo-. A nadie se le oculta que esta perspectiva aproxima la sanción penal a una especie de venganza estatal. Algo de lo que parte abiertamente KAUFMAN en su teoría vindicativa de la pena, argumentando que la diferencia entre ambas reside en la institucionalización que supone el proceso para la imposición del castigo³⁴; pero de lo que se apartan normalmente de forma expresa sus defensores³⁵.

31Vid. AMBOS, K./BÖHM, L. "Tribunal europeo de derechos humanos y Corte interamericana de derechos humanos ¿Tribunal tímido y Tribunal audaz?", en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín, 2011, pág. 60 (¿disponible en www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011222421, última consulta 17-6-2021)

32 Cfr. TOMÁS-VALIENTE-LANUZA, C. "El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)", en *Revista General de Derecho Penal*, n° 35, 2021, pág. 29. La autora advierte que la sanción al Estado recuerda a la idea Kantiana del Estado cómplice del delito cuando omite el castigo.

33 Vid. GIL GIL, A. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", en *InDret* 4/2016, pág. 16.

34 Véase, KAUFMAN, W.R.P. *Honor and revenge: a theory of punishment*, Springer, 2013, pág. 107 y sigs.

35 Cfr., entre otros, FLETCHER, G.P. "The place of victims in the theory of retribution", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 51, 1999, pág. 52; también MOORE, M. criticando la teoría de Fletcher del "retribucionismo orientado a la víctima", en donde indica que el ideal abstracto de justicia hacia el que ha de tender el castigo no puede tener en cuenta a las preferencias de la víctima, pues, en otro caso, la justicia se convierte en el derecho a hacer sufrir a su ofensor, y esto es justicia correctiva, no justifica retributiva ("Victims and retribution: a reply to professor Fletcher", en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 65, pág. 76). También HÖRNLE, T. "Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht", en *Juristen Zeitung*, vol. 61, n° 19, 2006, pág. 954.

El modo en que se expresa esta lesión a la víctima varía según los autores. Para FLETCHER el acto criminal violento genera una relación particular con la víctima: una forma de dominación del delincuente sobre ésta, que se prolonga incluso después de cometido el hecho delictivo, y que se expresa en el miedo, sentimiento de inseguridad o incluso de culpabilidad de la víctima; de manera que la función del castigo y del proceso penal es contrarrestar esta relación de dominación y restablecer la igualdad entre víctima y ofensor -aplicación de la justicia correctiva-. Desde esta perspectiva, la impunidad, el no castigar, supondría de alguna manera una repetición del mal, de forma que el Estado y la sociedad se convertirían en cómplices del delito, al modo en que ya fue expuesto por Kant. Se concluye, así, que la dimensión distributiva del castigo impone la obligación de castigar a todos los delincuentes equitativamente³⁶. El problema, como el propio autor reconoce³⁷, es que no en todos los delitos puede apreciarse esa relación de dominación (delitos que protegen bienes supraindividuales, colectivos, etc.), entre ellos -como críticamente ha indicado MOORE- en un injusto tan nuclear para el Derecho penal como el homicidio³⁸. Esto le lleva a desvirtuar el concepto de dominación, que queda vaciado de contenido, al identificarse con la voluntad del acusado de violar los derechos de la víctima³⁹. De la misma forma, KAUFMAN también sostiene que el delito supone un desafío a la víctima, un ataque que no se queda en el bien jurídico afectado, sino que trasciende al honor, a su dignidad, en cuanto que supone un cierto ejercicio de superioridad sobre ésta, de la voluntad del agresor sobre la de la víctima. En consecuencia, el castigo vendría a restaurar el honor de la víctima⁴⁰. Como ha puesto de manifiesto GIL GIL, esta teórica parte de una concepción decimonónica del honor, sin que tampoco pueda dar respuesta al sentido de la pena en el caso de los delitos imprudentes o de las tentativas de delito que han sido malogradas por la propia intervención de la víctima o de un agente del Estado⁴¹. Desde otras corrientes se destaca el carácter comunicativo de la imposición del castigo, el significado que tiene la pena para la víctima, en cuanto que reconocimiento de que ha sufrido un mal, del cual no es responsable, y por el que se admite que debe ser compensada, contribuyendo así a recobrar el sentimiento de seguridad, de confianza en las normas que regulan la convivencia. Se aproxima así a la visión de la prevención general positiva. En este

36 Vid. FLETCHER, G.P. "The place of victims...", ob. cit., pág. 57 y sigs.

37 *Ibidem*, pág. 59.

38 Así, MOORE, M. "Victims and retribution...", ob. cit., pág. 82.

39 *Ibidem*, pág. 84.

40 KAUFMAN, W.R.P. *Honor and revenge...*, ob. cit., pág. 135 y sigs.

41 Vid. GIL GIL, A. "Sobre la satisfacción...", ob. cit., pág. 25.

sentido, HÖRNLE considera que cuando no se castiga se manda un mensaje de desaliento a la víctima y a la sociedad, de que lo sucedido no tiene importancia o no tiene tanta, ya que culturalmente una desaprobación grave viene acompañada de un menoscabo, de una privación o de una pérdida⁴². El castigo, como imposición de un mal, expresa así la solidaridad o el apoyo a la víctima, que contribuye a la superación del hecho delictivo (desvictimización)⁴³. Lo cierto es que la psicología ha demostrado que el impacto de victimización y su superación dependen de múltiples factores de carácter personal (mecanismos o estructuras psicológicas, apoyos sociales, religiosos, etc.), cultural (visión de un mundo justo, etc.) e incluso relativos al delito sufrido (violento o no, etc.), entre los que el castigo al culpable puede ser uno más, pero no el principal o determinante.

Las principales objeciones a estas teorías que configuran como único fin de la pena la satisfacción de la víctima ya han sido advertidas⁴⁴: de una parte, la medida de la pena habría de venir determinada también exclusivamente por las necesidades de la víctima, que son distintas en cada una, lo que abocaría a la desigualdad y a la inseguridad jurídica; y de otra, existen dificultades para explicar el castigo en delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, en los que la víctima está difuminada.

En conclusión, limitar la finalidad de la pena a la satisfacción de la víctima aproxima el Derecho penal a una especie de venganza institucionalizada, abocando a una cierta involución del mismo. La consideración de los intereses de la víctima tiene un mejor encaje en la prevención general positiva, en cuanto que contribuye al fortalecimiento de la confianza en el Derecho. También pueden servir a la prevención especial de carácter rehabilitadora. Así, la institucionalización de las prácticas restaurativas en la Administración de Justicia está poniendo de manifiesto su potencialidad para contribuir a la reinserción social del ofensor y la reducción de la tasa de reincidencia⁴⁵.

42 Vid. HÖRNLE, T. "Die rolle...", ob. cit., pág. 955-958.

43 También REEMTSMA, J. P. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters -als problem*, Beck, 1999, pág. 27.

44 Vid. GIL GIL A. "Sobre la satisfacción de...", ob., cit., pág. 21 y 22.

45 Algunos autores denuncian la transmutación de fines a la que está abocando la creciente institucionalización de las prácticas restaurativas, en las que está adquiriendo preponderancia el enfoque en favor del delincuente, de su rehabilitación o reintegración social, que el de las necesidades de la víctima, que se siente presionada a participar en un programa para facilitar la rehabilitación del victimario (cfr., una exposición sobre esta problemática, CARRASCO ANDRINO, M. M. "Justicia restaurativa: posibilidades...", ob. cit., pág. 271 y 272.

IV. La víctima en la fase de cumplimiento de la pena

Como hemos visto, algunas concepciones que orientan la finalidad de la pena a la satisfacción de los intereses de la víctima abogan por la necesidad de que el castigo sea efectivo, que comporte una aflicción en cuanto que privación de derechos, pues de otra manera se entiende que quiebra su función expresiva⁴⁶. Se abre paso así a la idea de que el interés de la víctima no tiene que darse en la imposición de una condena, sino que se extiende también a la ejecución del castigo, a su cumplimiento. Un ámbito que ha estado tradicionalmente vedado a la influencia de la víctima, pues aquí entran en consideración otras finalidades, esencialmente de carácter preventivo especiales. Así, constitucionalmente las penas privativas de libertad han de estar orientadas a la reinserción social (art. 25 CE). El Derecho positivo nos ofrece ejemplos suficientes de que los parámetros de valoración en esta fase de la pena responden a esta visión. Es cierto que la satisfacción de la responsabilidad civil se ha introducido como un requisito de las instituciones que juegan en esta fase de la pena (por ejemplo, libertad condicional o tercer grado penitenciario), pero más como un indicador del progreso en la rehabilitación del delincuente.

En este mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su Auto 373/1989, de 3 de julio, rechazó la posibilidad de amparo -por quiebra de la tutela judicial efectiva- a quien fuera acusación particular en un proceso penal, en el que se había condenado a dos personas por asesinato, y que había demandado legitimación para recurrir el permiso de salida, acordado por el correspondiente Juzgado de vigilancia penitenciaria, manifestando lo siguiente:

“Una vez hecha la declaración de condena corresponde a los propios Juzgados y Tribunales ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución). Declarado judicialmente el derecho estatal de penar en el caso concreto, no puede desvincularse al Tribunal sentenciador del cumplimiento de su resolución, pues a él compete en exclusiva hacer que se ejecute.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que no es lo mismo «ejecutar» la sentencia y, por ende, la pena, que «cumplir» la pena. Es decir, una cosa es la ejecución de la sentencia condenatoria que corresponde al propio órgano sentenciador (art. 117.3 de la Constitución) y otra muy distinta el cumplimiento de la pena privativa de libertad que dicha ejecución comporta y que corresponde a la autoridad administrativa bajo el poder fiscalizador de unos especiales órganos judiciales: los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (arts. 76.1 de la Ley General Penitenciaria y 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Este segundo aspecto, el del cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular

⁴⁶ Vid. HÖRNLE, T. “Die Rolle des Opfers...”, ob. cit., pág. 958.

*en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (ius puniendi) lo ostenta en exclusiva el Estado y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejercitó la acusación particular*⁴⁷.

Sin embargo, esta situación parece haberse alterado con la regulación que incorpora el Estatuto de la Víctima de 2015, en el que se otorga a la víctima distintas formas de participación en esta fase de ejecución de la pena. Así, antes del inicio de la ejecución de la pena, se faculta a la víctima para que proporcione al Tribunal sentenciador cualquier información relevante en lo atinente a la ejecución de la pena, las responsabilidades pecuniarias y el comiso. La relevancia de esta información ha de ponerse en relación con la suspensión de la pena (art. 80 y sigs. CP), para valorar, por ejemplo, los esfuerzos realizados para la reparación del daño causado, para el cumplimiento del acuerdo de mediación o la adopción de alguna de las condiciones a las que puede someterse la suspensión (art. 83 y 84 CP). Ciertamente, ya el art. 80.6 CP imponía, en los delitos perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, la obligación de oír a éste o a su representante legal antes de pronunciarse sobre la suspensión. También el art. 82 CP dispone que cuando el juez o Tribunal no haya resuelto en sentencia la suspensión, lo hará una vez declarada la firmeza de ésta, previa audiencia de las partes sobre la concesión o no de la suspensión. Lo que se plantea ahora, a la vista del art. 13 Estatuto de la Víctima (EV) es si estas obligaciones han de extenderse también a los delitos perseguibles de oficio⁴⁸ y a los casos en que la víctima no se haya constituido como parte en el proceso.

Una vez comenzado el cumplimiento de la pena, el Estatuto abre también a la posibilidad a que la víctima se pronuncie sobre determinadas incidencias en el cumplimiento de aquella (beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado, cómputo del tiempo para libertad condicional, concesión de ésta a penados de determinados delitos graves). El juez de vigilancia penitenciaria tendrá, así, la obligación de informar a la víctima -que así lo haya solicitado expresamente- sobre estos aspectos, abriéndose un plazo de cinco días para la formulación de alegaciones que, aunque no se dice nada al respecto, tendrán que ver con la protección o seguridad de la víctima o con la reparación del daño causado.

Más controvertida resulta la legitimación que otorga el art. 13 EV a la víctima para recurrir algunas decisiones del juez de vigilancia penitencia, concretamente, aquella en la que se

⁴⁷ Fundamento jurídico 2, Auto TC 379/1989. El subrayado es nuestro.

⁴⁸ En este sentido, SERRANO MASIP, M. "Los derechos de participación en el proceso penal", en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.) *El estatuto de las víctimas de delitos, comentarios a la ley 4/2015*, Valencia, 2015, pág. 137.

permite exceptuar el requisito de cumplimiento del periodo de seguridad para la clasificación del penado en tercer grado⁴⁹. También la que autoriza, conforme al art. 78 CP, el cambio de cómputo de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado, y tiempo de cumplimiento para libertad condicional, desde el límite de cumplimiento de la condena, y no respecto de la totalidad de las penas impuestas; y, en fin, el auto que conceda la libertad condicional al penado que lo sea por determinados delitos⁵⁰, siempre que se hubiere impuesto una pena de prisión de más de cinco años.

Este reconocimiento de legitimación activa a las víctimas de estos delitos, aparte de que con toda probabilidad dilatará la resolución definitiva de estos asuntos -en perjuicio del condenado-, genera evidentes tensiones con la orientación resocializadora que impone el mandato constitucional para la ejecución de las penas privativas de libertad, y al que sirven estas instituciones que flexibilizan el régimen de privación de libertad (libertad condicional, permisos de salida, tercer grado, etc.)⁵¹. En este sentido, acertadamente se ha puesto de manifiesto que, si las alegaciones de las víctimas se enfocan en la gravedad del hecho o de sus efectos, ya considerados en la fase de enjuiciamiento, el recurso se puede acabar convirtiéndose en una nueva fuente de victimización, consecuencia de la resolución desfavorable que pueda emitir el juez de vigilancia, quien en esta fase de la pena ha de guiarse por otros parámetros⁵². Si las alegaciones se orientan, en cambio, al cumplimiento de la responsabilidad civil, del acuerdo de reparación resultado de una práctica restaurativa, o de consideraciones que tengan que ver con la seguridad de la víctima o sus familiares, el recurso podría tener más sentido, aunque estos aspectos a buen seguro ya habrán sido considerados como indicadores de la buena progresión del penado.

49 Esta posibilidad de recurso se otorga a la víctima en relación con una lista tasada de delitos (homicidio, aborto sin consentimiento, lesiones, delitos contra la libertad, tortura e integridad moral, libertad e indemnidad sexuales, robo cometido con violencia e intimidación, terrorismo y trata de seres humanos), alguno de los cuáles -terrorismo- no permite exceptuar el requisito del periodo de seguridad, lo que, como se ha puesto de manifiesto (vid. por todos, RENART GARCÍA, F. “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 17, 2015, pág. 27), aboca al absurdo de otorgar legitimación a un colectivo de víctimas -las del terrorismo- para recurrir una decisión que nunca va a poder producirse.

50 El catálogo es el mismo que limita el recurso de la decisión judicial que levanta el requisito del periodo de seguridad para la clasificación en tercer grado del penado, al que se añaden ahora los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, con la limitación penológica establecida en el texto de más de cinco años de prisión.

51 Por todos, RENART GARCIA, F. “Del olvido a la sacralización...”, ob. cit., pág. 53 y sigs.

52 Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. “El interés de la víctima...”, ob. cit., pág. 39.

V. Bibliografía

- AMBOS, K./BÖHM, L. “Tribunal europeo de derechos humanos y Corte interamericana de derechos humanos ¿Tribunal tímido y Tribunal audaz?”, en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín, 2011.
- CARDONA BARBER, A. “Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021.
- CARRASCO ANDRINO, M.M. “Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la Víctima”, en CARRASCO ANDRINO, M.M./MOYA FUENTES M.M. (Dir./Coord.) *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia, 2020.
- CARRASCO ANDRINO, M.M. “La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)”, en *Jueces para la Democracia*, 1999, nº 34.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, 2010.
- FARALDO CABANA, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Valencia, 2008.
- FATTAH, E. “Gearing justice action to victim satisfaction, contrasting two philosophies: retribution and redress”, en MALSCH, M. *Crime, Victims and Justice: essays on principles and practice*, ed. Hendrik Kaptein, Taylor and Francis, 2004.
- FLETCHER, G.P. “The place of victims in the theory of retribution”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 51, 1999.
- GARCÍA ARÁN, M. “Instrumentos para la justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021.
- GIL GIL, A. “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *Indret* 4/2016.
- GUARDIOLA LAGO, MJ. “¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 40, 2020.
- GUARDIOLA LAGO, MJ. “Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, en GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia, 2021.
- HERNANDEZ GARCIA, J. “Menores victimizados y proceso penal. Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del TEDH, caso “S.N.c. Suecia”, del 2 de julio de 2002”, en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, Buenos Aires, 2009.
- HÖRNLE, T. “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *Juristen Zeitung*, vol 61, nº 19, 2006.
- KAUFMAN, W.R.P. *Honor and revenge: a theory of punishment*, Springer, 2013.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Victimología*, Valencia, 1990.
- MALARINO, E. “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GIL GIL, A./MACULAN, E. (Dirs.) *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, 2017.
- MATRAVERS, M. “is Twenty-first Century punishment post-desert?”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?* Oxford University press, 2011.
- MIRO LLINARES, F. “Aproximación a la función de la pena desde las evidencias del cumplimiento normativo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M./QUERALT JIMÉNEZ, JJ./CORCOY BIDASOLO, M. (Coords.) *Estudios de Derecho penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo, 2017.
- MOORE, M. “Victims and retribution: a reply to professor Fletcher”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 65. 1999.
- MOYA FUENTES, M.M. “Breves reflexiones sobre la mediación penal en España y el Estatuto de la víctima”, ROCA AGAPITO, L. (Dir.) *Un sistema de sanciones penales para el s. XXI*, Valencia, 2019, págs. 783 y sigs.
- NIETO MARTÍN, A. “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones jurídicas pensando en sus víctimas?”, en DE HOYOS SANCHE, M. (Dir.) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Cizur Menor, 2017.

PENA + HUMANA – O SENTIDO E A APLICAÇÃO DA PENA

- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. “La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas”, en *Teoría y Derecho. Revista del pensamiento jurídico*, nº 24, 2018.
- PASTOR, D.R. “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2011.
- PEREDA BELTRAN, N. “La victimología en el contexto de las Ciencias sociales”, en PEREDA BELTRAN, N./ TAMARIT SUMALLA, J. M. *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, 2013.
- PÉREZ RIVAS, N. “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento”, en *Dereito: Revista xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 24(2), 2015.
- REEMTSMA, J.P. *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters -als problem*, Beck, 1999
- RENART GARCÍA, F. “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015.
- ROBERTS, J. “The future of state punishment, the role of public opinion in sentencing”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?* Oxford University press, 2011.
- ROBINSON, P/DARLEY, J. “Intuitions of Justice: implications for Criminal Law and Justice policy”, *Southern California Law Review*, 2007, nº 81.
- RODRIGUEZ PUERTA, MJ. “el derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 22-14, 2020.
- SCHOFIELD-GEORGESON, E “equity fines por corporate crimes: why they should be back on the legislative agenda”, *Alternative Law Journal*, vol. 45 (2), 2020.
- SERRANO MASIP, M. “Los derechos de participación en el proceso penal”, en TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.) *El estatuto de las víctimas de delitos, comentarios a la ley 4/2015*, Valencia, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, en MARTÍNEZ FRANCISCO/ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA/ MIRANDA DE AVENA (Coords.) *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009.
- SOUTO GARCÍA, E.M. “Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 9, 2013
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, C. “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret*, (3), 2016.
- TOMÁS-VALIENTE-LANUZA, C. “El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 35, 2021.
- TONRY, M. “Can Twenty-first Century punishment policies be justified in principle?”, en TONRY, M. (ed.), *Retributivism has a past: has it a future?* Oxford University press, 2011.

A determinação geral da medida da pena. Reflexões em face do ordenamento jurídico português à luz do *ideologismo crítico*

Fernando Conde Monteiro*

Este texto é dedicado ao Professor Doutor Marques da Silva, figura maior e influente da nossa ciência jurídico-penal.¹

Introdução

A determinação das penas é uma questão que revela uma grande complexidade. Esta deriva antes de mais da multiplicidade de espécies de penas presentes desde logo no espaço jurídico português. Efetivamente, o quadro de penas existentes é, para além, de quantitativamente muito extenso, bastante diversificado, a ponto de se perderem mesmo os limites definidores destas.

Neste contexto, iremos debruçar-nos sobre meramente os critérios gerais de determinação da medida da pena (art.º 71.º do CP).

Fá-lo-emos fundamentalmente utilizando a perspectiva inerente ao *ideologismo crítico*, que é uma ontologia, resultado das nossas investigações sobre os fundamentos epistemológicos do direito penal.²

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 A razão desta dedicatória reside no facto de se ter recentemente publicado vários textos em sua homenagem, sem que nos fosse endereçado convite para tal. Fizemo-lo, portanto, agora de *motu proprio*.

2 Sobre este, vide, por exemplo, Conde Monteiro, “Exceções ao direito à vida”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, V. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 607-611.

A determinação geral da pena enquanto questão complexa

Os conteúdos das penas

O nosso ordenamento jurídico-penal e a generalidade dos ordenamentos jurídicos são dotados de grande complexidade. Efetivamente, ao lado das penas clássicas de prisão (art.º 41.º do CP) e de multa (art.ºs 47.º a 49.º do CP), encontramos desde logo a pena de dissolução (art.ºs 90.º-A, n.º 1 e 90.º-F do CP), totalmente diferente das anteriores por apresentar uma natureza única, sem possibilidade de variações. De resto, a diversidade de conteúdos penais é a regra comum às penas substitutivas (art.ºs 43.º a 64.º do CP, com exceção dos art.ºs 47.º a 49.º do CP).³ Aqui achámos desde uma mera censura ao condenado (art.ºs 60.º e 90.º-C do CP) até à privação da sua liberdade circunscrita à habitação do mesmo (art.º 43.º do CP), passando ainda por proibições do exercício de profissões, funções ou atividades (art.º 46.º do CP), suspensão da execução da pena (art.ºs 50.º a 57.º e 61.º a 64.º do CP), pagamento de uma multa (art.º 45.º do CP), prestação de trabalho (art.ºs 58.º a 59.º do CP), em geral múltiplos deveres de natureza positiva ou negativa dispersos por várias destas penas (cf. art.ºs 43.º n.º 4, 50.º n.º 2, 51.º a 54.º, 58.º n.º 6, 62.º, 90.º C, D e E, todos do CP). Esta diversidade também se encontra presente nas penas acessórias (cf., por exemplo, com os art.ºs 66.º a 69.º e 90.º-G a M, todos do CP) e ainda se estende a outras penas (art.º 74 do CP ou art.ºs 83.º a 90.º do CP).⁴

Os conteúdos dos critérios

Se olharmos, ainda que literalmente, para os conteúdos dos critérios dos diferentes tipos de penas, damo-nos conta também de muitas diferenças. Assim, por exemplo, logo na fixação do *quantum* económico da pena de multa encontramos a par “da situação económica e financeira do condenado”, a referência aos “seus encargos pessoais” (n.º 2 do art.º 47.º do CP). Já a pena de dissolução tem como pressuposto “a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do artigo 11.º” (art.º 90.º-F do CP). No âmbito das penas substitutivas, também a título exemplificativo, encontramos múltiplos critérios para as determinar. A fórmula mais utilizada, originada da *Reforma Penal de 1995*, é a de a pena constituir um meio de realizar “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição” (art.ºs 44.º n.º 1,

³ Incluímos nesta categoria o regime de permanência na habitação (art.ºs 43.º a 44.º do CP) e a liberdade condicional (art.ºs 61.º a 64.º do CP), sem discutirmos tal, por ser algo ao caso irrelevante.

⁴ Sobre a qualificação destas últimas consequências jurídico-penais enquanto penas ou não, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 88-89 e 17-19.

50.º n.º 1, 58.º n.º 1, 60.º n.º 2, todos do CP), mas têm lugar outras fórmulas, por exemplo, a pena constituir um meio de realizar “de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão” (art.º 43.º n.º 1 do CP), ou “a execução da pena de prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes” (art.º 45.º n.º 1 do CP), assim como à fórmula canónica se acrescentar algo mais “o dano tiver sido reparado” (art.º 60.º n.º 2 do CP) ou ainda se utilizarem expressões próprias “o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e a paz social.” (art.º 61.º n.º 2 do CP), para além de nada se expressar a não ser o verbo poder (“pode”, n.ºs 1 dos art.ºs 90.º -C, D e E do CP), tornando aparentemente sem sentido as anteriores fórmulas.⁵ Ainda mais no plano das penas acessórias os critérios variam de acordo com os conteúdos em causa (cf., por exemplo, com os art.ºs 66.º, 69.º, 69.º-A, B e C, todos do CP). Também aqui deve ainda ser mencionado o caso do concurso de crimes (art.ºs 77.º e 78.º do CP), que, como forma especial de determinação das penas, utiliza um critério (literalmente entendido) diferente do art.º 71.º, “Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.”⁶

Os critérios de determinação geral da pena

Importância prática

O processo de determinar concretamente uma pena entre um mínimo e um máximo é algo presente em todos os casos relacionados com a pena de prisão, também com a pena de multa, ainda está presente em todas as penas substitutivas direta ou indiretamente. Compreende-se deste modo a sua relevância.

Introdução

Abandonado que foi desde há muito o sistema herdado do positivismo legalista oitocentista das penas fixas e considerando que estas em geral devem possuir limites mínimos e máximos entre os quais se irá determinar a pena concreta, interessará naturalmente questionarmo-nos sobre a que racionalizações (se tiverem lugar) tal ideia obedece.

⁵ Sobre isto, criticamente, Conde Monteiro, op. cit., pp. 112 -113.

⁶ Sobre esta figura, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 75 -80.

As penas

As penas são antes de mais sanções. Constituem assim algo de negativo para os seus possíveis destinatários. No direito penal encontram-se associadas a comportamentos positivos ou negativos contrários ao *dever ser* jurídico-penal. Funcionalmente, a partir do momento em que alguém comete um facto descrito num tipo legal de crime, preenchendo os seus elementos objetivos e subjetivos e tenha atuado com culpa, ser-lhe-á atribuída em princípio uma sanção penal.

Historicamente tem-se visto nas penas finalidades ético-retributivas e de prevenção. As primeiras já foram perspetivadas com uma natureza de facto, procurando uma equivalência empírica entre o mal realizado pelo agente e a espécie e medida de pena a ser aplicada (*lei de talião*). Para além de muitas vezes ser tal impossível (v.g., homicídio negligente de várias pessoas), desde há muito que ninguém aposta nesta ideia. A culpa, modernamente, tende assim a ser vista como uma relação de proporcionalidade entre o conteúdo de ilicitude da conduta do agente e a espécie e medida da pena a aplicar. Por outro lado, para além da culpa, sempre se associou às penas finalidades de prevenção. Tradicionalmente perspetivaram-se neste domínio finalidades de prevenção especial e geral negativas. A existência previamente de penas e a sua aplicação concreta seriam justificadas pelo seu carácter inibidor em termos individuais (prevenindo que no futuro o condenado praticasse crimes) e em termos gerais (prevenindo a imitação por terceiros). Mais recentemente introduziram-se novas perspetivas. Por um lado, associou-se ou mesmo pretendeu-se substituir a prevenção especial negativa pela ideia de socialização (prevenção especial positiva). Por outro, fez-se o mesmo relativamente à ideia de prevenção geral. Concebeu-se esta com um carácter positivo. Em todo o caso, perseverou-se sempre a culpa, que coexistiu assim com as finalidades preventivas descritas.

O modelo jurídico-penal português

Considerações intra-sistemáticas de cariz literal

O modelo jurídico-penal português assenta basicamente em dois artigos do CP no que à problemática em causa concerne. Primeiramente há a considerar o art.º 71.º do CP. Surgido originariamente em 1982, mantém ainda o seu perfil normativo. Depois, deve-se tomar em consideração o art.º 40.º do mesmo diploma. Este apareceu com a *Reforma de 1995* e mantém-se ainda com o mesmo teor. Genericamente ambos os preceitos se referem à culpa e às necessidades de prevenção como elementos atinentes ao processo de aplicação de penas, em geral. Assim, o n.º

1 do art.º 71.º supracitado afirma que “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.” Por outro lado, o art.º 40.º em causa afirma no seu n.º 1 que “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.” A culpa é também considerada, agora no seu n.º 2 e como limite inultrapassável de qualquer pena.

Em conclusão e neste plano, há a considerar vários aspetos básicos daqui derivados. Em primeiro lugar, o facto de a aplicação de penas visar a proteção de bens jurídicos. Também a reintegração do agente na sociedade. Ainda na determinação da medida da pena o dever ter-se em consideração as exigências de prevenção. Finalmente o facto de a culpa dever igualmente estar aqui presente, também em geral na aplicação das penas, não podendo estas ultrapassar a medida da culpa do agente.

O ideologismo crítico

O problema

O legislador português refere-se antes de mais a dois aspetos ligados aos objetos em causa, a saber, a aplicação das penas e a determinação da medida da pena. A aplicação das penas abrange, quer a determinação da medida da pena, quer a sua escolha. Ao se referir, no n.º 1 do art.º 40.º do CP, à reintegração do agente na sociedade no que toca à aplicação das penas, tal acaba por se estender à determinação da medida da pena, que é também uma forma de aplicação de penas e igualmente uma forma de prevenção (prevenção especial positiva). Portanto a reintegração/socialização do agente é, nesta perspetiva, algo presente na aplicação das penas, incluindo a sua medida. Por outro lado, esta mesma aplicação de penas visa a proteção de bens jurídicos. Esta proteção como é óbvio não se faz em singelo. Por força do princípio da legalidade, a defesa de bens jurídicos reveste necessariamente a forma de tipicidade (caráter fragmentário do direito penal).⁷ Encontramo-nos assim perante o lado empírico do direito penal.⁸ Este último aspeto levanta uma questão essencial. Desde logo a de saber se a aplicação das penas, para além de visar,

7 Sobre este, Conde Monteiro, “Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, Vol. 72 (4), 2016, pp. 1177- 1182.

8 Neste sentido, Conde Monteiro, *Direito Penal I*, Braga, ELSA, 2015, pp. 13-14.

protege mesmo os bens jurídicos tutelados nos respetivos tipos legais de crime. Noutros termos, trata-se aqui de uma mera declaração de intenção (plano meramente ideológico) ou de algo efetivamente empírico, com óbvios resultados práticos? O problema complica-se ainda mais quando de forma necessária se faz neste plano chamar à colação um inevitável princípio de proporcionalidade.⁹ Noutros termos, a aplicação de penas protege os valores objetos dos respetivos tipos legais de crime de forma proporcionada, não causando mais prejuízos dos que visa proteger? A fórmula canónica neste plano considerada convola-nos antes de mais para o preenchimento das “exigências de prevenção” (art.º 71.º n.º 1 in fine do CP). Historicamente somos convolados para as anteriormente referidas finalidades de prevenção gerais negativas, positivas e especiais, igualmente negativas e positivas. A eticidade tem sido aqui invocada através da culpa.¹⁰

A crítica epistemológica

A intimidação individual/geral

As penas, desde a sua origem e através da sua continuidade ao longo dos tempos, ainda que mantendo o seu caráter grave (pena de morte, penas cruéis e infamantes...), nunca conseguiram sustar a prática de infrações criminais, começando mesmo a entrar em declínio no ocidente a partir do séc. XVI.¹¹

Compreende-se atualmente o porquê desta falência. Efetivamente as penas, funcionalmente, processam-se de forma deficiente. Em primeiro lugar e objetivamente elas configuram-se geralmente como uma possibilidade mais ou menos remota de terem lugar após a prática de uma infração penal.¹² Na grande maioria dos crimes pura e simplesmente não têm lugar

9 Assim, em geral, *idem*.

10 Por todos, Figueiredo Dias (*Direito Penal Português*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, § 56), ao afirmar: “Com efeito, o princípio da culpa não vai buscar o seu fundamento axiológico, aliás irrenunciável, a uma qualquer conceção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal: o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de Direito democrático.”

11 Sobre isto, Pieter Spierenburg, “The Body and the State: Early Modern Europe”, in *The Oxford History of the Prison, The Practice of the Punishment In Western Society*, Norval Morris/David J. Rothman (eds.), New York, 1998, pp. 44 -45.

12 Neste sentido, H. J. Eysenck, *Factos e Mitos da Psicologia*, Lisboa, Ulisseia, p. 248.

(*criminalidade oculta/mortandade processual*).¹³ A acontecerem, tal efetiva-se usualmente muito tempo depois do crime se ter consumado (*duplo efeito temporal*). Ainda a sua efetivação pode não superar os benefícios do crime (v.g., o delinquente ganhou muitos proventos com este e a pena consistiu numa sua simples suspensão da execução).¹⁴ Por tudo isto, compreende-se que, psicologicamente, o agente de uma infração penal dolosa, atue, a maior parte das vezes, esperando não ser punido. De resto, nos crimes negligentes, tal nem sequer se coloca, máxime na negligência inconsciente. Em último termo, o próprio delinquente pode nem sequer se importar com as consequências penais da sua conduta até mesmo desejar a pena.¹⁵ E se as coisas se passam assim no que toca ao próprio agente da infração, por maioria de razão terão/têm lugar relativamente a terceiros, no fundo todos os membros de um dado Estado ou grupo de estados.¹⁶ Estes não esperam de todo por uma concreta condenação, desconhecem por regra o funcionamento específico das instâncias formais de controlo, podem pura e simplesmente estar largamente imunes ao funcionamento do sistema jurídico-penal (v.g., por convicções religiosas, filosóficas, aspetos psicológicos), depois podem ainda ser mais bem impressionados pelos casos de não efetivação do direito penal do que pela sua concretização (v.g., pense-se na ideia, que muitas vezes circula entre nós, de que *as pessoas honestas nunca enriquecem*), as próprias respostas jurídico-penais concretas de que tiveram conhecimento podem ainda não ser particularmente impressivas (v.g., houve lugar a acordos de sentença muito favoráveis para os arguidos). Em conclusão, este efeito intimidatório, podendo ter lugar, apresenta-se mesmo assim e *a priori* muito ténue, variando mais em função da probabilidade da execução da pena do que da sua gravidade.¹⁷

Por tudo o que se disse resulta claro que as penas em geral fracassam, têm fracassado, na sua essência, e neste plano da intimidação especial ou geral.

13 Sobre isto, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 133-136, 384-395, 443-469, 492-500, 527-557.

14 De notar, que historicamente a pena de degredo era frequentemente uma benesse para o condenado, sobre isto, Randall McGowen, “The Well-Ordered Prison: England, 1780-1865”, *The Oxford History of the Prison, The Practice of the Punishment In Western Society*, Norval Morris/David J. Rothman, eds., New York, 1998, p. 76.

15 Casos dos *delinquentes por convicção*, também (e no sentido do desejo da expiação) do *delinquente por sentimento de culpa* (Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp.199-201), ainda dos *criminosos crónicos* (Maurice Cusson, *Criminologia*, 2.ª ed., Oeiras, Casa das Letras, 2007, pp. 125-126) e surpreendentemente daqueles casos em que o recluso, uma vez libertado, deseja simplesmente continuar em reclusão por não possuir, nem habitação (condigna), nem família acolhedora, ou condições económicas mínimas; cf., neste sentido, Relatório à Assembleia da República, 2020, *Mecanismo Nacional de Prevenção*, Provedor de Justiça, p. 33.

16 Neste último caso, pense-se nos crimes inseridos no âmbito do direito internacional penal.

17 Neste sentido, por todos, Maurice Cusson, *Criminologia*, 2.ª ed., Oeiras, Casa das Letras, 2007, pp. 212-214.

A prevenção geral positiva

Foi com Émile Durkheim que a chamada prevenção geral positiva entrou no direito penal. A ideia de que com o sistema jurídico-penal se deveria, em vez de intimidar, fazer sossegar a coletividade pela sua concreta reafirmação foi proclamada por este autor¹⁸ e aí ficou até que na segunda metade do séc. XX, por via germânica, se haver de novo afirmado tal aspeto e acabando por revestir diferentes formulações por diferentes autores.¹⁹ Assim, à formulação da paz jurídica, fez-se salientar concomitantemente a defesa da ordem jurídica, no seu funcionamento, enquanto constelação de normas jurídicas, mesmo de validação de bens jurídicos.²⁰

De notar antes de mais que estas formulações não foram tão radicais quando parecem à primeira vista. De facto, a afirmação da supremacia do direito, enquanto processo de restabelecimento da paz jurídica é tão velha quanto a existência de meios de combater a prática de crimes, desde logo em sociedades ainda arcaicas.²¹ De resto, a confirmar isto mesmo encontra-se ainda a afirmação da supremacia do direito em face do injusto através da legítima defesa e por via disso ao direito *tout court*.²² Por outro lado, a ideia hegeliana de ao negar-se a negação ao direito se afirmar este mesmo não poderá de todo ser desligada destas perspetivas.²³

Ponto fraco ainda deste modo de perspetivar o jurídico-penal é desde logo o truísmo em que assenta. Naturalmente que uma condenação expressa sempre a afirmação do sistema normativo violado sobre o condenado, quer o encaremos sob o ponto de vista normativista, valorativista, funcionalista, logicista ou sociologista. A questão que no âmbito em causa se coloca diz antes respeito à capacidade de rendimento epistemológico que dele deverá derivar. No entanto também aqui os seus resultados são efetivamente dececionantes. Em que maior ou menor medida se poderá perspetivar a violação da ordem jurídico-penal? Noutras palavras, o que é que decide da maior ou menor necessidade de afirmação do sistema no seu todo? Se enveredarmos por uma perspetiva meramente psicologista de carácter social, cairemos

18 Émile Durkheim, *L'éducation morale*, Paris, Presses Universitaires de France, (1963), 1923, pp. 140-141.

19 Cf., Claus Roxin, "Culpabilidad, Prevencion y Responsabilidad", in *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, p. 183; Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin, New York, de Gruyter, 1993, pp. 6-14.

20 Neste último aspeto, cf., entre nós, Figueiredo Dias, "Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal", in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 105-108.

21 Cf. sobre o instituto da perda de paz no direito germânico, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, reimp., Coimbra, Almedina, 1971, pp. 76-78.

22 Neste sentido, Conde Monteiro [*A Legítima Defesa: Um Contributo para a sua Fundamentação (Esboços de uma Tese)*], Coimbra, 1994, pp. 116-122], onde se estabelece a conexão entre a legítima defesa e a prevenção geral positiva.

23 Cf., neste sentido, Pedro Morais, *Em Torno do Direito Penal do Inimigo*, Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 59-60.

na pura demagogia, na aleatoriedade, em que o mais necessário é simplesmente sinónimo do que é tratado na comunicação social (*trial by newspaper*),²⁴ com um óbvio sacrifício do princípio da igualdade de tratamento relativamente aos cidadãos por parte das instâncias formais de controlo. Por outro lado, a escolha de critérios de valor decorrentes das valorações político-criminais do sistema jurídico-penal (natureza dos bens jurídicos violados, modos de execução, valor do dano, etc.) convola-a inevitavelmente para o âmbito ético-retributivo (culpa), transformando-a em larga medida num derivado deste.²⁵

Em conclusão, esta perspetiva clama por algo que não dá, prometendo muito e dando muito pouco.

A prevenção especial positiva (ressocialização/socialização)

Nascida no seio do positivismo italiano sob o paradigma de tratar em vez de punir (modelo terapêutico),²⁶ adaptou-se a ressocialização/socialização ao tradicional direito penal (de penas), nele se incorporando e dando-lhe numa primeira abordagem o carácter dualista (penas/medidas de segurança) para posteriormente o contaminar até ao ponto que já não é hoje possível estabelecer fronteiras nítidas entre penas e medidas de segurança.²⁷ Esta ideia de ressocialização/socialização apresenta modernamente diferentes sentidos. Numa primeira abordagem (a original), estabeleceu-se como alternativa às penas. Ao binómio culpa-pena, contrapôs-se o dualismo perigosidade-medida de segurança. A constatação do carácter altamente dessocializante da pena de prisão levou a que a socialização, para além de se manter omnipresente nas medidas de segurança, se introduzisse naquela, internamente,²⁸ a par de se assumir paulatinamente como uma sua alternativa ou substituição (penas alternativas/substitutivas) e criando assim uma óbvia ambivalência funcional, de resto, muito presente desde o seu início logo no que toca às medidas de segurança, de carácter não detentivo.²⁹

24 Como expressão disto mesmo, entre nós, cf. Ac. STJ de 22102003, processo n.º 03P2852, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90a1a47b0e8fe96780256de20048c5f0>, acesso em 15/11/2020. Sobre a conexão entre o sistema do *plea bargaining* norte-americano e este aspeto, W. S. White, “A Proposal for Reform of the Plea Bargaining Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, p. 439 e ss.

25 Neste sentido, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 64-65.

26 Sobre esta designação, enquanto caracterizadora de uma parte do conceito mais amplo de socialização, Conde Monteiro, *Direito Penal I*, Braga, Elsa, 2015, pp. 25-28.

27 Sobre isto, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, p. 11, pp. 17-19. Cf., ainda, Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, pp. 63-67.

28 Sobre isto, Anabela Rodrigues, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 29 – 63.

29 Cf., sobre isto, Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, p. 66 e ainda com os art.ºs 100.º a 103.º do CP.

O seu conteúdo por tudo isto revelou-se/revela-se muito heterogéneo. Pode determinar desde uma simples suspensão da execução da pena de prisão ou de uma admoestação até à inocuização do condenado. Por outro lado, e fora dos mecanismos de intervenção jurídico-penais, a ideia de dessocialização pode igualmente assumir-se com um conteúdo muito variável, desde o intelectual que se automarginaliza em face de uma sociedade criminógena³⁰ até aos guetos, encontramos um sem-número de formas associas de vivência com maior ou menor relevância para o direito penal. Sendo assim um conceito muito complexo, torna-se por isso muito difícil a sua concetualização. A redução desta à ideia de simplesmente não cometer crimes revela-se em certa medida ingénua. Por um lado, toda a gente (socializada) cometeu/comete e cometerá crimes ou pelo menos apresenta qualidades nesse sentido (natureza criminógena do ser humano).³¹ Por outro, as próprias sociedades revelaram-se/revelam-se criminógenas, também.³²

Num plano estritamente jurídico-penal, todo o crime é expressão antes de mais da violação ou colocação em perigo de valores ético-jurídico-penais e, portanto, é antissocial.³³ Habitualmente tende-se a perspetivar a anti-sociabilidade do agente no momento da decretação da sentença (encontrando-nos perante um processo penal tradicional), enquanto sinónimo de perigosidade de realização de tipos legais de crime, pelo menos semelhantes aos objeto da intervenção das instâncias formais de controlo (crimes condenados). A decretação e continuação de medidas de segurança (detentivas ou não), entre nós, assenta neste paradigma.³⁴ Por outro lado, a sua ausência (especial perigosidade) pode implicar penas ou outras medidas diferentes da pena de prisão. De resto, a sua presença pode igualmente não ser obstáculo a este tipo de consequências jurídicas diferen-

30 Sobre esta, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 243-361.

31 Algo de resto presente no próprio cristianismo, a partir da ideia da queda do paraíso e da consequente necessidade de Cristo para a redenção de um ser pecador, incapaz por si próprio de se regenerar (Jo, 15, 1-8). Também presente na ideia *hobbesiana* do *homem lobo do homem*. Ainda mais especificamente no plano das teorias criminológicas da psicanálise (v.g., Glover, *The Roots of Crime*, London, Imago Publishing Company, 1960, p. 8) ou da etiologia. Sobre o caráter transversal do crime, com interesse também, cf. G. Nettle, *Explaining Crime*, New York, McGraw-Hill, 1978, p. 102.

32 Supra n. 30.

33 Conde Monteiro, “Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, V. II, Orgs. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 774-775.

34 Cf. neste sentido com os art.ºs 91.º n.º 1, 100.º n.º 1, 101.º n.º 1 al. a), todos do CP.

tes da pena de prisão.³⁵ Como igualmente e como já dissemos, pode determinar medidas próprias inerentes à execução desta consequência jurídico-penal.³⁶

De tudo isto resulta encontrarmo-nos perante uma fenomenologia muito complexa, como já notámos, com evidentes contraditoriedades no seu conteúdo, ora impedindo a pena de prisão, ora inserindo-se nesta, ora expressando uma desconformidade social, ainda exprimindo-se na própria sociedade, também se inserindo na normalidade do agente (associabilidade deste).

A culpa

A culpa enquanto expressão de uma censura ao agente e por via disso fundamentando a pena perde-se no tempo.³⁷ Em verdade, ela encontra-se presente na formação da nossa consciência moral e preside às sociedades em que nos inserimos. Culpa e mal estão omnipresentes em toda a nossa história psicológica, ética, política, religiosa, etc. Julgar o ser humano pelo seu bem (mérito) ou mal (demérito) é algo tão comum que nem vale a pena negar, sequer.³⁸ Deste modo, por exemplo, a *lei de talião* exprime esta evidência sem mais. De resto, todo o cristianismo, desde a Idade Média até há modernidade influenciou também este paradigma.³⁹ Com o iluminismo reinante até aos nossos dias e desde logo com Kant e Hegel, a culpa fundamentadora da pena, assentando na liberdade, tornou-se num axioma da modernidade até aos nossos dias.⁴⁰

35 Cf., por exemplo, com o art.º 53.º do CP (Suspensão com regime de prova).

36 Algo de omnipresente no Código de Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade (cf., por exemplo, art.ºs 2.º, 3.º n.ºs 4 -7, 4.º, 5.º); sobre neste âmbito “o mito da socialização”, Anabela Rodrigues, A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa da liberdade. Seu fundamento e âmbito. Separata do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito, V. XXIII, 1982; idem, “Polémica atual sobre o pensamento da reinserção social”, in *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, Instituto de Reinserção Social, 1983, pp. 175-204; idem, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora, 2000.

37 Cf., neste sentido, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, reimp., Coimbra, Almedina, 1971, p. 42.

38 Sobre a universalidade do mal em sentido amplo, Conde Monteiro, “O mal e o direito penal: Algumas reflexões sobre o mal e a sua relação com o direito penal”, *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, I, Helena Mota, Juliana Ferraz Coutinho, Maria Raquel Guimarães, Miguel Pestana de Vasconcelos, Paulo de Tarso Domingues, Rute Teixeira Pedro (org.), Almedina, Porto, 2017, pp. 417-418.

39 Eduardo Correia, idem, pp. 42-43; Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, p. 43.

40 Eduardo Correia, idem, p. 44; Marques da Silva, idem.

Neste plano, o conteúdo da culpa deveria/deve determinar o conteúdo das penas. Mais ou menos culpa determinaria/determina mais ou menos pena (bilateralidade da culpa).⁴¹

O ponto essencial nesta conceção é indiscutivelmente a ideia de liberdade. Porque o ser humano é livre e pode optar entre o bem e o mal, aqui o crime, então deve assumir as consequências das suas opções, neste caso as consequências jurídico-penais, que irão variar consoante a maior ou menor liberdade de opção tida, que dependerá, por sua vez, das condicionantes endógenas ou exógenas envolventes, a ponto de poderem mesmo excluir essa liberdade (inimputabilidade/inexigibilidade).⁴² Trata-se assim de uma conceção relativista da liberdade.⁴³

Deve-se notar, antes de mais, que esta conceção nunca foi objeto de qualquer prova epistemologicamente relevante.⁴⁴

Mais. Com as experiências desenvolvidas a partir de Libet ⁴⁵ e depois replicadas e alargadas, constatou-se até agora o carácter fundamentalmente inconsciente do processo decisório humano. Quando tomamos consciência das nossas decisões, estas já foram tomadas inconscientemente, expressas através de conexões neurológicas, que podem até ser em larga medida identificadas. Deste modo, as decisões são assim processadas deterministicamente ou por processos inconscientes que não dominamos, mas que sendo identificáveis, têm já permitido antecipar as respostas decisórias.⁴⁶

Depois, tendo em conta que a negligência também está presente nos tipos legais de crime,⁴⁷

41 Sobre isto, Claus Roxin, “Concepcion Bilateral y Unilateral del Principio de Culpabilidad”, in *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, p. 188.

42 Neste sentido e por todos, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, reimp., Coimbra, Almedina, 1971, pp. 443-456.

43 Cf. sobre isto, Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 143-153.

44 Neste domínio, fundamental, Conde Monteiro, “Reflexões epistemológicas sobre a liberdade enquanto possível pressuposto do agir humano e sua (ir)relevância para a construção do jurídico”, in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo I, Braga – Responsabilidade e Cidadania, 2012, pp. 59 – 67.

45 Benjamin Libet, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, *The behavioural and brain sciences* 8, 1985, pp. 529-566.

46 Para obter um panorama do estado de arte neste domínio, Kerry Smith, “Neuroscience vs philosophy: Talking aim at free will”, *Nature*, Vol. 477, 2011, pp. 23 -25.

47 De notar que os crimes por negligência muitas vezes superam largamente em número os dolosos, basta, por exemplo, pensar em crimes tão importantes como os homicídios negligentes e as ofensas corporais graves por negligência. Neste sentido, vide, por exemplo, o Relatório Anual de Segurança Interna (2020), pp. 33 e 148, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/downloadficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3d%BQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3dpp>, acesso 6/7/2021.

obviamente que por maioria de razão aqui o problema da liberdade ganha uma acuidade muitíssimo maior.⁴⁸

Finalmente, a questão apresenta foros de excentricidade no plano dos entes coletivos, que podem nem sequer possuir personalidade jurídica (v.g., entre nós o caso da herança jacente no âmbito do direito penal tributário), mas que são tratados como seres humanos livres portadores de juízos de censura.⁴⁹

A culpa é assim e de acordo com o *ideologismo crítico* uma ideologia, mesmo em contradição com dados empíricos, epistemologicamente relevantes, à espera de uma fundamentação empírica, que nunca teve lugar e muito provavelmente nunca deverá acontecer (*efeito Godot*).⁵⁰

48 Máxime na negligência inconsciente, onde nem sequer a possibilidade de realização do facto é representada pelo agente [al. b) do art.º 15.º do CP]. O que de resto não tem impedido os juristas e os diferentes legisladores de terem consagrado fórmulas mais ou menos exuberantes de traduzir uma liberdade, nunca até agora demonstrada. Cf., entre nós, com o citado art.º 15.º do CP, onde se concebe a culpa negligente como sinónimo de falta de cuidado, a ser avaliada em função das circunstâncias (?), no sentido de determinar o dever e a correspondente capacidade para o cumprir. Por exemplo, o automobilista, que inconscientemente ultrapassa a velocidade legalmente estabelecida e em consequência também disso se despista, causando a morte ao seu companheiro de viagem, violou o dever de cuidado a que segundo as circunstâncias estava obrigado e de que era capaz? Se retroagíssemos ao momento do aumento da velocidade, faltaria naturalmente uma decisão e em vez dela teríamos um processo inconsciente a determinar este concreto comportamento. Como o distinguiríamos de milhões de processo iguais a esse? E mais importante, onde estaria a prova da possibilidade de agir diferentemente? Só a ficção, aqui de um livre arbítrio fundamentador de um hipotético agir diferente poderia/pode fundamentar a responsabilidade penal (*impressionismo jurídico*), constituindo uma proposição ideológica (crença), sem uma correspondência empírica e, portanto, sem validade epistemológica. Como exemplo dum exercício disto mesmo e por todos, Figueiredo Dias, “Velhos e Novos Problemas da Doutrina da Negligência”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 353 – 355.

49 A responsabilidade penal dos entes coletivos entrou no nosso C. P. em 2007, embora já tivesse lugar muito antes no nosso ordenamento jurídico, [desde 1935 (DL n.º 25732, de 12 de Agosto de 1935)]. O que é mais estranho desde logo é aqui a total renúncia a outros modelos, nomeadamente com recurso às medidas de segurança, por exemplo, que prescindem da culpa. Por outro lado, ver aqui uma liberdade na decisão, por exemplo, de um representante de um ente coletivo, transformada em liberdade do mesmo ente (v.g., um ser sem sequer personalidade jurídica) é, para nós, um verdadeiro ato de magia, ainda mais extremado em casos de negligência (máxime inconsciente). Talvez a tese dominante entre nós da culpa analógica (com pessoas humanas, neste sentido, Figueiredo Dias, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 35-37) se encaixe aqui sobremaneira, porque o ato livre e com ele a culpa de pessoas físicas se só existe na cabeça do juiz (e empiricamente nunca esteve provada a sua existência, supra n. 44), então, analogicamente, torna-se muito fácil a passagem de testemunho aos entes coletivos: a ficção continua, talvez um pouco mais aumentada, nada de importante, de resto...

50 Utilizamos esta imagem *beckettiana* como metáfora naturalmente do fenómeno em causa. De notar, por outro lado, a ambivalência da doutrina neste plano. Se olharmos para os atos de bruxaria ou de magia do ponto de vista do nexo de imputação, é óbvia a rejeição total da sua relevância jurídico-penal (neste sentido, por todos, Figueiredo Dias, *Direito Penal, Sumários e notas das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, textos dactilografados e impressos por João Abrantes, 1976, p. 25). Estes carecem de dados empíricos relevantes para o efeito. O mesmo acontece exatamente com a liberdade. Epistemologicamente a sua sustentabilidade é exclusivamente alicerçada na crença (ideologia). No entanto, tal não impede que se alicerce a culpa como axioma irrenunciável do sistema, ao contrário dos atos de magia, sendo ambos, epistemologicamente iguais (ideologias sem tradução empírica) ...

Por outro lado, resulta igualmente indemonstrável o estabelecimento de relações ético-jurídicas de carácter penal entre medida da culpa e medida da pena. Porque é que e com que extensão se devem estabelecer relacionamentos entre estas duas fenomenologias? Porque é que, por exemplo, a tentativa deve ser acentuadamente menos punível que o ato consumado, quando eticamente não existem quaisquer diferenças entre os dois comportamentos? Ou porque é que o valor da coisa furtada deve implicar uma maior censura e por consequência uma maior pena, se for elevado, quando tal possa ter lugar por um simples acaso (encontrar o objeto valioso no local do crime)? Depois, para além de tudo isto, há sempre lugar às questões ligadas à prova com as suas fragilidades próprias, para além da própria subjetividade de apreciação por parte dos juízes das diferentes circunstâncias em causa, o que tudo pode levar a questionar mesmo nos termos em causa considerados a própria ideia axiomática da culpa como limite máximo da pena. Efetivamente, se a sua medição apresenta tantas questões, como se ousa proclamar, com tanto enfase e mesmo certeza (?!), que tal nos garante uma pena dentro dos seus limites e, portanto, que esteja deste modo garantida a tão falada dignidade da pessoa humana? Noutros termos, que dignidade é esta, se nem sequer sabemos o que de facto é a culpa e como efetivamente medi-la?

Tudo isto torna naturalmente esta fenomenologia algo epistemologicamente muito questionável, dando naturalmente uma dimensão acentuadamente ideológica a todo o processo de determinação da pena.

Síntese conclusiva

As finalidades das penas e a culpa constituem deste modo realidades fortemente ideológicas, sustentando-se na tradição e em proposições não demonstráveis ou com fragilidades epistemológicas mais ou menos evidentes ou mesmo entrando em contradição com a realidade empírica. Desde já e só por isto o ato de punir revela-se algo de largamente gratuito, como sempre o foi, de resto e ao longo dos tempos.

A determinação geral da pena como expressão da interseção das finalidades das penas, incluindo a culpa: a perspetiva relativista

A identificação dos principais problemas

Partindo do título do capítulo em causa e colocando-o como um axioma, sem mais (não demonstrado) e porque ele é assumido em geral pelos diferentes ordenamentos jurídico-penais

existentes, iremos prosseguir neste propósito, ainda que não abdicando do sentido ideológico-crítico, integrado nesta mesma configuração.

Desde logo um primeiro núcleo de questões deve ser aqui colocado. Todas as finalidades atrás enunciadas devem ser consideradas ou apenas algumas? E se for assim, quais e segundo que critérios?

Do ponto de vista estritamente epistemológico e nesta perspectiva de aceitação *a priori* deste tipo de axiomas, não existem razões para excluirmos umas e mantermos outras (finalidades). Todas elas apresentam claros óbices. A serem excluídas, seriam todas, pelo menos com o sentido que comumente apresentam. A permanecerem parece desde já que todas igualmente devem continuar.⁵¹ Efetivamente, a intimidação especial e geral não deixa apesar de tudo de possuir algum substrato empírico. As penas sendo um mal, de algum modo exercem um efeito intimidante. A sua consideração nesta perspectiva será assim a de a aceitar (enquanto integrável nesta perspectiva relativista), apesar de todas as suas limitações anteriormente referidas. Por outro lado, a ideia de pacificação social, de afirmação da ordem jurídica em maior ou menor medida está imanente ao processo em causa, ainda que constitua um mero truismo, mais ou menos exangue de reais consequências jurídico-penais. A socialização do delinquente, apesar de todos os problemas que apresenta na sua delimitação e relacionamento com as outras finalidades e mesmo com as penas em si, especialmente a pena de prisão, não deixa de constituir uma finalidade importante nos sistemas modernos. Desde logo e por isto deve inevitavelmente ser considerada, também.⁵² Finalmente, a culpa, apesar de todas as suas limitações e contraditoriedades, assenta numa fenomenologia inerente aos seres humanos em geral. É uma ficção tornada “real” pelas pessoas comuns e mais ainda extraordinariamente é estendida em cada vez mais ordens jurídicas a entes coletivos (com ou sem personalidade jurídica), tornando-a ainda mais esotérica.⁵³

Ultrapassados estes óbices (ou melhor fingindo), outro núcleo de problemas aqui se tece. Que aspetos de facto deverão ser considerados para integrarem estas categorias? E em caso afirmativo de acordo com que medida é que deverão ser atendidos?

Desde logo, no âmbito da intimidação individual a ideia de sensibilidade à pena deve ser considerada como algo a tomar em consideração. Uma personalidade mais ou menos sensível à pena é naturalmente algo de importante na sua concreta aplicação, quer antes da sua execução, quer

51 Cf., neste sentido, Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, p. 46.

52 Associando a retribuição da pena à socialização do delinquente numa perspectiva cristã, Marques da Silva, *idem*, p. 44.

53 Supra n. 49.

durante a mesma e posteriormente, mesmo. Sem um conteúdo mínimo neste plano, encontramos-nos perante a simples inoperacionalidade do coração empírico do sistema em causa, que é fundamental e empiricamente constituído por penas.⁵⁴ Por outro lado, a prática de determinados delitos em larga escala poderá, nesta perspetiva, ser considerada como elemento importante em termos de intimidação geral, valha o que valha em termos reais e num plano empirista.

A prevenção geral positiva em grande medida acaba neste âmbito por se confundir com a culpa. Mais ou menos culpa do agente e a afirmação do ordenamento jurídico acabam por andar lado a lado.⁵⁵ Excecionalmente poderemos congeminar hipóteses de alguma autonomia desta categoria, por exemplo, o agente afirmou várias vezes o seu desprezo pelas instâncias formais de controlo e os valores que elas visam tutelar.

A prevenção especial positiva levanta naturalmente importantes problemas de delimitação, desde logo a partir da ideia base de anti-sociabilidade do agente. No fundo, nem sequer sabemos verdadeiramente o que é ser antissocial, como já deixámos dito. A deslocação deste aspeto para o risco de prática de infrações iguais ou semelhantes às que estiveram na base da condenação e a sua análise no momento grosso modo da condenação permite alguma *separação de águas*, provavelmente a única forma de lhe dar alguma consistência, relativa, necessariamente.

A culpa neste domínio é naturalmente rainha. Assentando grosso modo na moral humana, expressa-a de forma consensual ou maioritariamente. Os problemas aqui serão mais de carácter delimitativo. Os fatores a considerar serão unicamente os presentes no momento da prática da infração, não antes e depois da mesma? Por outro lado, o seu carácter ficcional inevitavelmente que gera injustiças, não obstante ser alicerçada nesta mesma fenomenologia, justiça (contraditoriedade intrínseca da mesma).⁵⁶ Algo agravado no âmbito da negligência e especialmente nos entes coletivos, onde a vertente ideológica se assume claramente, como já deixámos dito.⁵⁷

Ainda neste plano, a ambivalência dos fatores em causa também é algo a tomar em consideração. No âmbito das relações entre culpa e prevenção especial positiva, em geral uma maior ou menor abundância de fatores conexcionados com a culpa revela ou pode relevar uma óbvia anti-sociabilidade e vice-versa, como já anteriormente referimos.⁵⁸ A separação

54 Sobre isto, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, §§ 345, 346.

55 Neste sentido, Claus Roxin, "La Determinación de la Pena a la Luz de la Teoría de los Fines de la Pena", in *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981 pp. 96-100.

56 Cf., com interesse, Marques da Silva, (*Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, p. 42, n. 2), ao afirmar o carácter vago e confuso da justiça, necessariamente proveniente de específicas condições histórico-culturais.

57 Supra n. 49.

58 Supra n. 33.

entre culpa e socialização a partir do momento temporal da prática do crime, a revelar (neste último caso) predominantemente para a culpa, e fora disso considerar os fatores na socialização pode relativamente estabelecer alguma *arrumação à casa*. No plano do relacionamento entre prevenção especial negativa e positiva, a maior ou menor sensibilidade à pena pode-se integrar também na socialização (ambivalência conceitual) ou manter-se autonomamente. A própria realização de grande número de delitos tanto pode justificar maiores necessidades de prevenção geral negativa como positiva (necessidade de afirmação da ordem jurídica). O máximo que aqui pode ser feito é definir práticas concretas regulares, o que naturalmente levanta problemas vários, desde logo da sua própria sustentabilidade, enquanto tais.⁵⁹

E se estas questões já são complexas e aflitivas, as coisas tornam-se ainda mais difíceis nos relacionamentos com outros objetos. Por exemplo, o alarme social do crime pode ser uma mera consequência da comunicação social (v.g., por via do delinquente ou a vítima serem pessoas de visibilidade pública). Agravar a pena por via da necessidade de tranquilizar a opinião pública é algo que colide diretamente com o princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos, fazendo depender a medida das penas de fatores meramente aleatórios (jogo de lotaria), como já anteriormente referimos. De resto, a aleatoriedade sempre se encontra presente em maior ou menor medida neste âmbito (v.g., *ter-se bebido uns copos a mais que despoletaram o crime*).⁶⁰

Um dos aspetos também muito importantes neste âmbito diz respeito à quantificação das diferentes circunstâncias a integrarem os conceitos em causa.

O problema nasce logo no estabelecimento dos tipos legais de crime. A sua configuração comporta necessariamente a aleatoriedade. Tal deriva antes de mais da ausência de critérios epistemologicamente significativos neste plano. Que bens devem ser mais valorados jurídico-penalmente? Habitualmente proclama-se que a vida, sendo o substrato de todos os outros bens, deve ter por isso a máxima valoração e por conseguinte a maior punibilidade.⁶¹ Tal surge assim como um quase truísmo, consensualmente aceite. No entanto, se aprofundarmos um pouco esta fenomenologia, as coisas revelam-se algo diferentes. Por exemplo, se pergun-

59 De referir que um dos óbices mais relevantes no que concerne à estabilidade do direito (penal) diz respeito ao casuismo judicial, como é óbvio.

60 Sobre em geral as relações entre aleatoriedade e direito penal, Conde Monteiro, “Direito Penal como Expressão de Jogos de Lotaria ou uma Reflexão Epistemológica sobre a Aleatoriedade neste Ramo Jurídico”, in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (orgs), Coimbra Editora, 2013, pp. 589-611.

61 Sobre a importância do bem vida, por todos, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, p. 174.

tássemos aos cidadãos em geral se preferissem morrer a viver desonrados, provavelmente a sua honra viria em primeiro lugar.⁶² Depois, se olharmos, também a título exemplificativo, para meros espetáculos públicos de caráter lúdico (lutas,⁶³ corridas...), dos quais tem decorrido mortes e sendo presumível que continuem a ter lugar, constatamos que apesar do risco de homicídios ter lugar, este tipo de manifestações continua sem mais.⁶⁴ De resto, o exercício de atividades, ainda que recreativas, também comportando riscos reais de homicídios (v.g., condução de veículos com ou sem motor), é comumente autorizado e mesmo incentivado (v.g., circulação de velocípedes ou a publicidade à compra de veículos com motor), não obstante este tipo de dano existir (*cultura de morte*).⁶⁵ E se as coisas são assim naquilo que se configura como consensual, também não melhoram em casos reconhecidamente como polémicos. Deste modo e ainda no plano valorativo e na forma de colocação em risco dos bens ou na sua lesão, é reconhecido, por exemplo, a existência de uma confusão em larga medida entre dolo eventual e negligência consciente,⁶⁶ não obstante a disparidade de penas ser algo comum em muitos ordenamentos jurídicos.⁶⁷ De resto, mesmo a maior punibilidade das condutas dolosas pode ser muito discutível tendo em conta desde logo a mais do que presumível ausência de liberdade do ser humano ou ainda a perspetiva do risco, que pode ser muito maior na negligência do que em muitos comportamentos dolosos.⁶⁸ Independentemente disto, o que se pode constatar é que mesmo seguindo critérios fortemente ideológicos, a coerência do legislador é ou tem sido simplesmente um mito (*ideologismo* por ilogicismo). Tal deriva antes de mais da complexidade de todo este processo agravado por via do fenôme-

62 Lembremos sobre isto a questão dos duelos, que coexistiram desde longa data até ao século passado, senão ainda nos nossos dias...

63 Sobre o boxe, J. R. Svinth, "Death Under the Spotlight: The Manuel Velazquez Collection", disponível em http://ejmas.com/jcs/velazquez/Death_Under_the_Spotlight_2011_Final.pdf, acesso em 26/8/2016.

64 Sobre os espetáculos dos gladiadores em Roma e expressando o caráter complexo deste tipo de manifestação, para além do puro prazer, R. S. Garraffonir, "Gladiadores na arena: O espetáculo público e a estigmatização do corpo", in *Dimensões – Revista de História da Ufes*, n. 16, 2004, pp. 271-278.

65 Sobre esta, cf., Freud, (1915), "Zeitgemässes über krieg und Tod", *Gesammelte Werke*, IdeenbrückeVerlag, 2016; Conde Monteiro, "Algumas Reflexões Sobre o Direito Penal a Partir da Psicanálise", in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, 15, 2012, pp. 71-2. Deve-se afirmar em abono da verdade que efetivamente existem duas culturas, intimamente ligadas, culturas do sofrimento e da morte, exprimindo de forma ambivalente o posicionamento do ser humano perante estas realidades e de modo mais ou menos consciente.

66 Figueiredo Dias, *Direito Penal*, PG, T. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 368-378.

67 Cf., por exemplo, art.º 132.º (homicídio qualificado) com o art.º 137.º (homicídio por negligência), ambos do CP.

68 Supra n. 48.

no da hiper-incriminação. Com múltiplos diplomas, a serem objeto de reformas ao longo do tempo, também a coerência desejada fica a este nível, como intenção ou nem sequer como tal. Depois, a agravar este processo encontramos as questões estritamente de política criminal (v.g., prática reiterada de determinados delitos), a deverem ser consideradas também na medida abstrata dos tipos legais de crime. Neste plano, compreende-se o agnosticismo desde logo dos tribunais constitucionais em sede de controlo desta fenomenologia.⁶⁹

Problema aqui ainda muito importante é a consideração da tarefa do julgador na quantificação das circunstâncias a considerar para os itens neste plano presentes. O processo racional a observar seria/é o de após identificar os factos integradores das finalidades/ culpa do agente, atribuir-lhes uma concreta quantificação, justificando-a naturalmente. Algo, que, de resto, nem sequer é sempre observado, desde logo entre nós. Depois mesmo assim a subjetividade é sempre algo incontornável. Com esta inevitavelmente que maior ou menor doses de contraditoriedades têm/terão sempre lugar. A busca de *guidelines* neste plano levanta problemas complexos. Desde logo, face, por exemplo, ao caráter ilimitado das circunstâncias a considerar como estabelecer delimitações quantitativas? Não parece desde logo e por isto que se possa fazer uso com êxito das mesmas. Por outro lado, estabelecer taxativamente o elenco destas pode revelar-se castrador para uma cabal valoração do

69 Neste sentido, entre nós, vide Acórdão do T.C. n. 83/95, onde se afirma “...o legislador goza de ampla liberdade na individualização dos bens jurídicos carecidos de tutela penal (e, assim, na decisão de quais os comportamentos lesivos de direitos ou interesses jurídico-constitucionalmente protegidos que devem ser defendidos pelo recurso a sanções penais). Há, aí, que confiar na sabedoria do legislador”.

Rejeita também a obrigação (constitucional), sem mais, de incriminação, na Alemanha, Claus Roxin, (Strafrecht, AT, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Vol. I, 4.^a ed. München:

C.H. Beck, 2006, p.47); entre nós, igualmente, Figueiredo Dias (Direito Penal, PG, T. I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 129-131); em sentido contrário, aceitando uma imposição implícita constitucional de incriminação, por exemplo, Conceição Cunha (Constituição e Crime, Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 410-411).

Efetivamente na base deste posicionamento, de rejeição por princípio, não se encontra a primeva ideia de conceber os direitos de cariz liberal, nomeadamente, como direitos negativos em face do estado, Alexandra Pietrzak (“DieSchutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontexte – Überblick und neue Aspekte”, JuristischeSchulung,1994, p. 748), pois que se objetivaram, assim, por exemplo, Gomes Canotilho e Vital Moreira (Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p.102 e segs.), e portanto se inseriram na tarefa constitucional de os proteger (art.ºs 2.º, 9.º e 18.ºn. 1 da Constituição Portuguesa), mas antes a ideia de conceber esta tarefa a partir de patamares mínimos [proibição da insuficiência, Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 184 (1984): p. 228] e também aplicável naturalmente no âmbito penal.

Como “possível obrigatoriedade”, fundada no estado de direito democrático em sentido material e condicionada, em concreto, por um raciocínio argumentativo de base empírica sobre a necessidade da pena”, assim, por exemplo, o concebe, entre nós, Fernanda Palma, (Direito Constitucional Penal, Coimbra, Almedina,2006, p. 56).

facto praticado pelo respetivo agente e, portanto, inadmissível.⁷⁰ O recurso aqui a circunstâncias indeterminadas (v.g., entre nós “O grau de ilicitude do facto”, art.º 71.º, n.º 1 do CP) é uma falsa solução, porque une aquilo que é diferente, contradizendo a própria razão de ser destes procedimentos.⁷¹ *Guidelines* de carácter automático (e taxativas), para além de impedirem a consideração de outras situações, não cobertas pelo “cardápio”, implicam uma uniformidade de valoração necessariamente não coincidente com muitas dessas circunstâncias (v.g., valor do dano, qualidade dos motivos...). É, portanto, muito questionável o seu uso, não obstante estar “na moda”.

Em conclusão, o processo de determinação geral da pena, ainda que encarado em termos relativistas e, portanto, abdicando em larga medida de óbices fundamentais, é ainda à luz do *ideologismo crítico* algo epistemologicamente bastante criticável. Revela-se ainda como um fenómeno em si mesmo contraditório, cheio de disparidades, fundando-se em última análise na tradição e em lugares-comuns.

A determinação geral da pena no direito positivo português (perspetiva relativista)

Os limites ou extremos

O n.º 1 do art.º 71.º do CP ocupa-se especificamente da concretização da medida da pena, como já deixámos dito.

Tal tem lugar no seio dos tipos legais de crime em singelo ou objeto de prévia modificação dos seus limites abstratos. Neste último caso há que contar com as circunstâncias atenuadoras especiais da pena (art.ºs 72.º e 73.º do CP, em geral e especificamente, entre outros, art.ºs 10.º n.º 3, 17.º n.º 2, 23.º, n.º 3, 27.º, também previstas em legislação especial, por exemplo, DL 401/82 de 23 de Setembro), ainda com a possibilidade da reincidência (art.ºs 75.º e 76.º do CP).⁷²

Feita esta tarefa, encontrar-nos-emos “dentro dos limites definidos na lei” (n.º 1, do art.º 71.º do CP).

70 Constituiria o regresso ao positivismo legalista, que se considera e bem já ultrapassado e de que o C. P. de 1886 era expressão ao consagrar no seu art.º 34.º o elenco taxativo das circunstâncias agravantes.

71 Um exemplo de uma técnica algo homóloga podia ser encontrado no § 22.º do art.º 19.º do CP de 1852 [v.g., “circumstancias (...) de que resulta maior perigo à causa pública”].

72 Sobre isto, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 56-58.

As exigências de prevenção e a culpa do agente

Finalidades preventivas especiais

Presentes no processo em causa estão na expressão do legislador “as exigências de prevenção”. Portanto pretende-se com a determinação da medida da pena dar expressão às necessidades de prevenção. No entanto, o que se deve entender por necessidades de prevenção, neste contexto? Noutras palavras, com a fixação de uma concreta pena o que efetivamente se deve visar? Obviamente que estando o delito cometido, a prevenção em causa só poderá referir-se ao futuro. Pune-se então para evitar futuros crimes. E como a punição é concretizada num agente de facto, ela é antes de mais dirigida a ele mesmo. O seu conteúdo é assim condimentado a partir do seu próprio comportamento. Trata-se da sua pena e não de mais ninguém. Esta é assim preventiva relativamente ao condenado, num duplo sentido. Por um lado, como mal associado à prática da infração acontecida e, portanto, visando de futuro inibi-lo da realização de mais condutas criminosas (*intimidação individual*) ou incentivando-o a realizar comportamentos de evitação de crimes (*incentivo individual positivo*). Tal pressupõe necessariamente e em termos de uma perspectiva epistemologicamente significativa uma sensibilização à pena, como já anteriormente referimos e sem a qual as penas perdem todo o seu sentido empírico. Por outro lado, ele funciona em larga medida mal, por via da distância e do carácter hipotético que as penas em geral revestem.⁷³ E se as coisas se passam assim relativamente ao concreto agente, pioram significativamente no que se refere aos efeitos (de intimidação) relativamente a terceiros (aos cidadãos em geral), como já deixámos dito.⁷⁴ O maior distanciamento e também a menor probabilidade de a sanção ter lugar são aqui óbvias e portanto o seu efeito é naturalmente de pouco ou mesmo de nenhum significado empírico. Algo que inevitavelmente afeta a vertente especial positiva, sob a forma negativa (eventuais necessidades de punição para a reinserção social do condenado). Já nas suas vertentes puramente positiva e positiva-negativa (neste último caso, enquanto excludente, nomeadamente, da pena de prisão ou implicando a sua diminuição), para além, de todos os problemas epistemológicos referenciados,⁷⁵ a sua afirmação, como impedição ou atenuação de penas (vertente positiva-negativa), é aquela que neste âmbito adquire mais sentido, reduzindo a medida da pena e desta forma possibilitando a substituição ou a aplicação em alternativa de penas diferentes da pena de prisão e por isso menos dessocializantes ou mesmo mais socializantes.

⁷³ Supra n. 12.

⁷⁴ Supra n. 17.

⁷⁵ Supra n. 33.

Finalidades de prevenção geral

Sobre a prevenção geral negativa, já nos referimos anteriormente a ela.⁷⁶ Fica assim a consideração da prevenção geral positiva. Tendo em consideração a sua estrita ligação com a fenomenologia conexas à culpa, quase dela nos poderemos apartar, algo muito útil, particularmente tendo em conta o desastroso entendimento entre nós da mesma, desde logo pelos tribunais superiores.⁷⁷

A culpa

A culpa na sua essência é ético-retributiva. A maior ou menor censurabilidade ao agente, ao expressar-se através de concretos factos implica uma correspondência bilateral com a maior ou menor gravidade da pena (conceção bilateral da culpa).⁷⁸ A instrumentalização do agente ou a sua não instrumentalização não é maior ou menor do que sucede no âmbito das outras finalidades, menos em geral no domínio da socialização. Só não seria assim se o ser humano fosse autenticamente livre, o que não parece ser o caso.⁷⁹ A sua aceitabilidade, por outro lado, tem inevitavelmente que ver com a crença generalizada de que somos seres livres e que, portanto, devemos ser tratados como entes responsáveis, em termos do mérito ou demérito dos nossos comportamentos, como já referimos. É assim uma ideologia tendencialmente contranatura, que atinge o paroxismo em matéria de entes coletivos.⁸⁰ Trata-se pois, como referimos, de uma construção meramente ideológica, sem qualquer substrato empírico e servindo sabe-se lá que intentos...

De qualquer maneira, é algo presente no direito positivo português, de que nos ocupamos, de resto, gozando de um amplo consenso entre a doutrina e os tribunais.

⁷⁶ Supra n. 17.

⁷⁷ Supra ns. 24 e 25.

⁷⁸ Supra n. 41. Cf., neste sentido, Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.^a ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, pp. 42-43.

⁷⁹ Supra n. 46.

⁸⁰ Supra n. 49.

As circunstâncias a favor ou contra o agente. Considerações sumárias

O n.º 2 do art.º 71.º do CP refere-se às circunstâncias, “que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”.

Trata-se antes de mais de factos fora do tipo legal de crime, na medida em que se entende, que os elementos fundamentadores e agravantes ou atenuantes qualificativos do tipo de crime ou ainda simplesmente determinativos dos seus limites abstratos (circunstâncias modificativas),⁸¹ esgotar-se-ão nesta função de definir os extremos abstratos do tipo legal de crime. Tal é em princípio verdadeiro, mas não totalmente. Tratando-se de circunstâncias, por exemplo, com carácter indeterminado (v.g., especial censurabilidade) ou sendo determinadas,⁸² mas comportando várias categorias (v.g., dolo), nada, em princípio, impedirá que uma vez, por exemplo, tendo identificado o tipo concreto cometido, possam num segundo momento intervir na dosimetria penal, porque a riqueza do seu conteúdo este desdobramento possibilita, tratando-se teleologicamente de duas ou mais circunstâncias e não apenas de uma.

A fórmula a favor ou contra o agente foi importada do código penal alemão [§ 46, (2)]. É uma designação pobre na sua expressão. As circunstâncias em causa relacionam-se com finalidades das penas (ético-retributivas, de prevenção geral ou especial). O ser a favor ou contra o agente é consequência antes de mais deste relacionamento. Coloca-se assim “o carro à frente dos bois”, a consequência antes do pressuposto. Constitui, pois, um critério epistemologicamente errado, por ilogismo óbvio.

O elenco das circunstâncias integrativas dos fins das penas/culpa

O n.º 2 do mesmo artigo enuncia sem carácter taxativo algumas das circunstâncias que podem integrar-se na culpa ou nas exigências de prevenção consideradas.

A natureza aberta destas circunstâncias insere-se historicamente no rompimento com o positivismo oitocentista de que o Código Penal de 1886, entre nós, era neste aspeto expressão, como já referimos.⁸³ Antes de mais, deve-se notar, como já anteriormente notámos, que

81 Sobre estas, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 57 – 58.

82 De notar que a determinabilidade no direito (penal) é em geral algo de utópico, desde logo por via do carácter polisémico dos signos linguísticos utilizados. Sobre isto, Conde Monteiro, “A Aplicação das Normas no Âmbito Jurídico-Penal: Reflexões Epistemológicas”, in *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, Vol. I da coleção “*Estudos Seleccionados do Instituto Jurídico Portucalense*”, Manuel da Costa Andrade (coord.), Marta Santos Silva (Com a colaboração de Diana Esteves), (org.), Rei dos Livros, 2013, pp. 152-156.

83 Supra n. 70.

poderemos encontrar-nos perante falsas enumerações de causas de carácter taxativo. Se a designação destas obedecer a formulações mais ou menos indeterminadas, poderemos efetivamente estarmos perante cláusulas abertas. Por exemplo, o modo de execução do facto [al. a) do n.º 2 do art.º 71.º do CP] é um exemplo de uma circunstância que comporta um sem-número de outras e que latamente interpretada pode até abarcar a culpa *tout court*. Já se forem formuladas em termos de poderem ser delimitadas, as coisas poderão ser algo diferentes. Por exemplo, a referência à “intensidade do dolo”, [al. b) do n.º 2 do art.º 71.º do CP], apesar de comportar uma óbvia indeterminação [v.g., art.ºs 14.º e 132.º n.º 2, al. j) do CP], ainda assim é muitíssimo menor do que o primeiro exemplo, como ainda o caso da reparação das consequências do crime [al. e) in fine do n.º 2 do art.º 72.º do CP].⁸⁴

Deste modo, a enumeração das diferentes circunstâncias previstas no n.º 2 do art.º 71.º do CP obedece a um processo em que sistematicamente se usam conceitos mais ou menos indeterminados, havendo assim lugar a sobreposições de circunstâncias semelhantes. Por exemplo, o grau de ilicitude do facto, previsto na al. a), do n.º 2 do art.º 71.º do CP pode-se confundir com o modo de execução deste [al. a) do n.º 2 do art.º 71.º do CP], dado que a forma de execução, com os seus meios, instrumentos, motivações, desideratos, acompanhada dos elementos subjetivos (dolo/negligência), inevitavelmente que se expressa através de uma maior ou menor ilicitude e nesta medida se repercutindo na gravidade da pena. De resto, a própria “gravidade das suas consequências” [al. a) do n.º 2 do art.º 71.º do CP] constitui algo inerente ao “grau de ilicitude do facto” e pode ser direta consequência do modo de execução (habitualmente é); como também “o grau de violação dos deveres impostos ao agente” (supra) se integra no seu modo de execução e implica mais ou menos ilicitude (“grau de ilicitude do facto”), bem como pode ser expressão da gravidade das suas consequências (por exemplo, em relação à manutenção das funções de funcionário público).

Poderíamos continuar esta análise, mas por questões de economia deste trabalho, ficaríamos por aqui (pense-se, só mais uma vez, numa circunstância tão lata como a enumerada na al. d) “condições pessoais do agente”), até porque o que referimos é claramente suficiente para o nosso desiderato em causa. Efetivamente, desde a consideração do, já citado, “grau de ilicitude do facto” até à em certa medida enigmática circunstância prevista na al. f), tudo neste número é mais ou menos elástico, comportando uma infinidade de factos impossíveis de resto de se determinarem caso a caso (incapacidade de previsão legal neste domínio) e onde as citadas sobreposições também têm lugar.

⁸⁴ De notar de qualquer maneira que isto não significa o fim do indeterminismo derivado das concretas interpretações que possam ter lugar, supra n. 82.

Portanto, este n.º 2 do art.º 71.º do CP é decididamente um repositório de um sem-número de circunstâncias que vão muito para além de uma primeira impressão do mesmo, numa leitura menos atenta, que as interprete como autênticas circunstâncias singulares, tão só. Deste modo, o legislador poder-se-ia contentar com a simples referência à culpa e às exigências de prevenção, sem mais, podendo-se assim considerar que a referência (ainda que em certa medida caótica) às circunstâncias em causa se pode interpretar como visando dar meras orientações mais específicas aos aplicadores do direito em causa, apesar de todas as contradições encontradas...

A ambivalência de muitas das circunstâncias integrativas dos fins das penas/culpa

Muitas das circunstâncias em causa podem-se relevar para diferentes finalidades das penas e mesmo integrarem-se na culpa ao mesmo tempo. Assim, “o grau de ilicitude do facto”, [al. a) do art.º 71.º do CP], derivado da “violação de deveres impostos ao agente” (idem, in fine), pode simultaneamente repercutir-se na culpa do agente; naturalmente, ainda na sua sensibilidade à pena, aprioristicamente avaliada (v.g., na medida em que ao desrespeitar o direito pouco se importou com as possíveis reações legais daí derivadas); no plano da socialização (a favor ou contra), exprimindo ou não uma associabilidade mais geral, se considerarmos este aspeto como relevando *tout court* em todo o processo em causa; em termos de prevenção geral positiva, por virtude, por exemplo, de uma hipotética necessidade de reafirmação do sistema penal em face do facto de o comportamento do agente em causa poder causar reações especialmente negativas no âmbito do funcionamento das instituições de que ele faz parte (v.g., funcionários das instâncias formais de controlo). “A sua situação económica”, por exemplo, pode manifestamente relevar para a culpa, agravando-a ou atenuando-a, como igualmente relevar em termos de socialização.⁸⁵

Uma questão ainda muito importante neste âmbito diz respeito à delimitação temporal destas mesmas circunstâncias, como já anteriormente referimos. Por exemplo, para efeito da culpa, dever-se-á atender apenas ao tempo da prática da infração ou ter-se-á em consideração momentos anteriores e posteriores, também? Como já anteriormente referimos o crime, pelo menos aparen-

85 Neste sentido, sobre este último tópico, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, p.72.

temente, é, enquanto tal, uma expressão de dessocialização do agente, que atua contra a constelação de valores considerados como base essencial do modo de agir dos cidadãos/entes de um dado Estado ou mesmo coletividade de Estados.⁸⁶ Deste modo, culpa e dessocialização poderiam andar lado a lado e pode tal ter mesmo lugar (dupla valoração), pois o texto em causa não estabelece quaisquer normas delimitativas neste plano. No entanto e como já fizemos menção, a tendência é para colocar a socialização no momento da condenação, convolvando a questão da culpa para o momento da prática da infração. Algo que coloca, por exemplo, problemas, relativamente ao arrependimento. Reconhecido que é este algo atinente tradicionalmente à culpa, porque revelador de uma consciência que consegue apesar da queda tida autoavaliar-se e assim revelar-se menos culpável, ficamos, no entanto, no âmbito jurídico-penal, parcialmente órfãos deste fenómeno, convolvando-o exclusivamente para a socialização.⁸⁷ De resto, o mesmo poder-se-á colocar relativamente ao passado do agente. Pode este ir para além da sua consideração no plano da socialização? A já referida al. f) do n.º 2 do art.º 71.º do CP aponta para o passado do condenado, enquanto expressivo de um juízo de censura por uma falta de mantimento de uma conduta lícita. Abre assim a porta ao antes do crime e deste modo também não fecha a porta ao futuro (v.g., o citado arrependimento ou simplesmente a existência de uma conduta sem crimes e mesmo expressiva de uma boa inserção social). Tudo isto expressa de forma óbvia o quanto de indefinido, casuístico, esparso e contraditório é o processo geral de determinação da pena.

A contraposição dos diferentes fins das penas entre si e com a culpa em termos de importância relativa

Se tudo o que foi dito expressa graves e difíceis problemas nesta questão, o que vem a seguir não se configura igualmente como algo inocente e de fácil resolução. O problema em causa diz respeito, não somente à coexistência de diferentes circunstâncias revelando para os fins múltiplos das penas e para a culpa, mas também à definição da importância destes entes entre si. Por outras palavras, de que modo é que iremos valorar as circunstâncias em causa num dado facto, podendo, por exemplo, impor uma pena ditada maioritariamente por razões de prevenção geral negativa, com secundarização dos fatores atinentes à culpa, ou se ao invés deveremos valorar mais significativamente esta, com secundarização ou mesmo eliminação de outras vertentes (v.g.,

⁸⁶ Supra n. 16.

⁸⁷ Neste sentido e em relação à conduta posterior ao facto, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, § 355.

eliminando a prevenção geral negativa). Antes de mais, o direito positivo português estabelece um único limite neste âmbito. Trata-se do já citado art.º 40.º n.º 2 do CP, que “impede” a pena de ultrapassar a culpa do agente. Isto obriga naturalmente o aplicador ao caso a, uma vez delimitado o quadro de circunstâncias atinentes à culpa, estabelecer um quantitativo de pena, que funcionará como limite máximo, relativamente a quaisquer outras circunstâncias de natureza diferente, que assim nunca poderão ser invocadas para o ultrapassar.⁸⁸ Por outro lado, poderão, nesta lógica, fazer baixar a medida da pena (v.g., socialização) ou em último recurso mantê-la. Deste modo, o modelo português configura-se em essência como ético-retributivo, porque esta função é a primordial, constituindo a matriz do sistema em causa, onde tudo o mais deve girar. Por via do que se referiu, este ético retributismo não se apresenta com carácter absoluto.⁸⁹ Outras finalidades também podem/devem estar presentes, mas sempre subordinadas ao *imperium* da culpa, dentro do seu limite máximo. Sobre o facto de ter de haver um limite mínimo adequado à culpa, nada se diz. Portanto pode tal *a priori* não ter lugar.⁹⁰ Igualmente, a coexistência entre as diferentes formas de prevenção entre si é deixada *ao deus dará*. Também neste plano a exigência de considerações de prevenção especial positiva é de preceito (n.º 1 do art.º 40.º do CP), as demais ficam ao critério do intérprete.⁹¹

A necessidade de justificação

O n.º 3 do art.º em causa obriga o aplicador a mencionar na sentença “os fundamentos da medida da pena”. Portanto, deve-se deste modo referir as circunstâncias atinentes antes de mais à culpa do agente, quantificando-as e estabelecendo o limite máximo da culpa. Num segundo momento, dever-se-á referir os factos relevantes à prevenção, nomeadamente especial positiva, quantificando-os e determinando em definitivo a concreta medida da pena.⁹²

⁸⁸ De notar, como já anteriormente notámos, que, mesmo neste contexto, é assaz problemático estabelecer reais limites à culpa, dada a sua óbvia indeterminação. Desde aspetos probatórios a erros de valoração, poderemos encontrar situações em que os limites sejam pequenos ou por defeito ou por excesso. E como o mesmo se passa com o resto dos itens, nada nos garante que tudo isto não passe de uma mera *burla de etiquetas*.

⁸⁹ Cf., neste sentido, Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, 2.ª ed., Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2008, p. 48.

⁹⁰ Sobre isto, Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 65 -70.

⁹¹ Cf. sobre isto, Anabela Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, 1994, §18; ainda, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, in *RPCC*, ano 12, 2002, pp. 147- 82.

⁹² De referir que a operação pode não ficar por aqui por via da aplicação, por exemplo, de penas de substituição. Como exemplo de um tratamento adequado neste plano, cf. Conde Monteiro, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 139-143.

Conclusão final à luz do *ideologismo crítico*

O processo geral de determinação da pena no ordenamento jurídico português revela-se como algo muito frágil do ponto de vista epistemológico. Para além das insuficiências empíricas, expressa mesmo contradições com os dados empíricos existentes. Assenta assim em lugares-comuns, na tradição e a confusão conceitual dele faz inegavelmente parte.

Tal poderia ser pouco relevante, se não se tratasse de aplicar sanções penais com efeitos potencialmente ou de facto mais ou menos negativos para os seus destinatários e sem que se chegue a conclusões sólidas sobre os seus efetivos efeitos de proteção dos bens jurídico-penais. Falar, não obstante isto, num direito de face humanista, como é o discurso usual, se não se trata de pura hipocrisia é pelo menos um discurso pouco avisado, constituindo este breve excurso uma chamada de atenção para questões que não podem simplesmente ser escamoteadas à luz dos sofismas vigentes, ainda que inocentemente propagados.

A Emoção e a Personalidade no Sentido da Pena: uma abordagem da justiça penal à luz da obra de Martha Nussbaum

*Rui Caria**

Introdução

Atualmente, o Direito Penal assume como seu fim a prevenção da criminalidade. A tarefa revela-se tão complexa como o próprio fenómeno do crime. A criminologia pinta uma imagem do crime que o faz estender-se muito para além da prática do facto típico, ilícito, culposo e punível. Os fatores de risco pessoais e ambientais que estão implicados na prática de comportamentos delinquentes, muitas vezes, encontram a sua incidência em fases decisivas do desenvolvimento da personalidade da pessoa, nomeadamente, ao nível da infância. Aqui se revela uma faceta da prevenção criminal na qual o Estado jamais poderá intervir através do seu poder punitivo, na medida em que não se está a falar ainda de crime, mas daquilo que o antecede. Surge a necessidade de articulação da política criminal com outras políticas públicas, mormente, de natureza social.

Desta compreensão extensiva da prevenção criminal, parte-se para uma visão de um direito penal que se torna mais abrangente através da articulação sugerida. Os princípios que informam a sua intervenção deixam de ser muros e fazem-se pontes com ligação para outras dimensões: a humanidade, a sociedade e a pessoa. A continuidade da sua evolução está dependente do seu relacionamento com cada uma destas, na forma mais completa com que são atualmente compreendidas e no contexto das suas relações recíprocas.

Ao falarmos nestas relações recíprocas, entendemos que o Estado e a pessoa já não vivem isolados na redoma das suas ideias, mas inserem-se numa teia complexa de interdependência característica da sociedade globalizada. O bom funcionamento dos Estados está tão dependente do bem-estar dos indivíduos, como o bem-estar dos indivíduos está dependente do bom funcionamento dos Estados. A esta relação simbiótica, acresce um terceiro sujeito com as suas respectivas necessidades – o globo e o seu equilíbrio económico e social.

É neste enquadramento que merecem mais atenção os efeitos das políticas públicas sobre os comportamentos dos indivíduos, e o efeito recíproco destes sobre os objetivos que aquelas hajam estabelecido. Desta interação, retirar-se-á, por sua vez, um resultado que

poderá ser: positivo, no sentido do desenvolvimento; negativo, no sentido da estagnação ou mesmo do retrocesso.

A política criminal, como política pública, não escapa a este enquadramento. Assim, há que pensar: o que significa a justiça penal no âmbito da ideia de desenvolvimento dos Estados? Como pode a política criminal, como política pública, orientar o comportamento dos indivíduos num sentido desejável? De que forma se devem construir o direito penal e as suas categorias dogmáticas de modo a facilitar a concretização dos objetivos da política criminal? A nossa procura de pistas para responder a estas perguntas, levou-nos ao encontro da obra de Martha Nussbaum. Professora de Direito e Ética da Universidade de Chicago, na sua extensa obra tem-se dedicado aos temas da justiça, desenvolvimento, emoções e as suas relações. Estamos confiantes de que o seu pensamento poderá constituir um valioso contributo para um aperfeiçoamento da percepção sobre a justiça penal no enquadramento que traçamos.

A justiça penal no contexto do desenvolvimento – A abordagem das capacidades

Durante muito tempo, o modelo dominante para aferir se a qualidade de vida de um Estado estava a melhorar baseava-se no crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*. Esta abordagem do desenvolvimento era caracterizada, portanto, por uma lógica de aquisição de lucro assente na ética capitalista moderna¹. De fora, ficavam aspetos fundamentais da experiência humana e da realidade social, apesar de decisivos para o melhoramento da qualidade de vida.

Como resposta a esta carência, surge um novo modelo de desenvolvimento, enformado por um espírito de carácter humanista. O paradigma atual assenta na *abordagem do desenvolvimento humano* ou *abordagem das capacidades*. Martha Nussbaum, uma das principais arqui-

* Assistente-Convocado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Investigador Júnior no Centro de Estudos Sociais, *Sylff Fellow*.

¹ “The peculiarity of this philosophy of avarice appears to be the ideal of the honest man of recognized credit, and above all the idea of a duty of the individual toward the increase of his capital, which is assumed as an end in itself. Truly what is here preached is not simply a means of making one’s way in the world, but a peculiar ethic. The infraction of its rules is treated not as foolishness but as forgetfulness of duty. That is the essence of the matter. It is not mere business astuteness, that sort of thing is common enough, it is an ethos”, WEBER, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London: Unwin University Books, 1971, p. 51.

tetas desta abordagem, define-a como uma abordagem comparativa de aferição da qualidade de vida e de teorização de justiça social básica². Ao contrário do modelo que a antecede, que apenas se questiona sobre o crescimento do PIB, esta abordagem, ao comparar o desenvolvimento de diferentes sociedades, parte da seguinte questão: o que é que cada pessoa é capaz de fazer e de ser? Deste modo, a abordagem encara cada pessoa como um fim em si mesma, considerando não apenas o seu bem-estar, mas também as oportunidades que lhe são disponibilizadas³.

Aqui se reconhece a coincidência axiológica entre a abordagem das capacidades e a nossa própria constituição, na medida em que ambas fazem assentar os seus objetivos sobre a dignidade da pessoa humana, tratando a pessoa⁴ como um fim em si mesma⁵. Na observação de Jorge Miranda e Rui Medeiros, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como a expressão individualizada do modelo político da sociedade livre, justa e solidária⁶. A abordagem das capacidades vai ao encontro deste pensamento, enunciado que as boas sociedades devem garantir uma série de oportunidades, ou liberdades substanciais, aos seus cidadãos, que estes poderão ou não escolher exercer – promovendo-se, assim, a liberdade e o pluralismo⁷.

Mas afinal o que são *capacidades*? São a resposta à pergunta de que parte a abordagem: o que é que uma pessoa pode ser e fazer? Elas são aquilo a que Amartya Sen chama “liberdades substanciais”⁸: um conjunto de oportunidades de ser e fazer. Martha Nussbaum constrói uma sistematização à volta dos seguintes conceitos: *capacidades básicas*, *capacidades internas* e *capacidades combinadas*. As capacidades básicas dizem respeito às faculdades inatas da

2 NUSSBAUM, Martha, *Creating Capabilities: the human development approach*, Harvard University Press, 2013, p. 18.

3 *Ibidem*.

4 Sobre a concepção de pessoa, mostra-se elucidativo o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

5 Sobre isto, MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 77.

6 “*Uma sociedade que respeita a dignidade da pessoa humana é aquela em que as pessoas são reconhecidas como polos de liberdade, são tratadas com justiça e apoiadas com solidariedade. Desta forma, se a vontade popular se subordina finalisticamente à dignidade da pessoa humana, também esta, por sua vez, se liga ao modelo ideal de sociedade que lhe corresponde: o de uma “sociedade livre, justa e solidária”*”, *Idem*, p. 78.

7 NUSSBAUM, Martha, *Creating Capabilities: the human development approach*, Harvard University Press, 2013, p. 18.

8 *Substantial freedoms*.

pessoa que fazem possível o seu desenvolvimento e treino⁹. As capacidades internas, por sua vez, são habilidades e traços da pessoa desenvolvidos e treinados, em muitos casos, através da interação com o ambiente social, económico, familiar e político¹⁰. Por último, as capacidades combinadas serão as liberdades ou oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e essa diversidade de ambientes¹¹.

Relacionando estas noções de capacidades com a ideia de dignidade da pessoa humana, a abordagem das capacidades que defende a Autora concentra-se na proteção de áreas da liberdade tão essenciais que da sua remoção resulta a violação dessa mesma dignidade¹². Daqui deriva a sua *ideia de justiça*: o respeito pela dignidade da pessoa humana requer que as pessoas se vejam colocadas acima de um limiar de capacidades em áreas essenciais¹³. A Autora elenca dez capacidades centrais¹⁴: (1) vida; (2) saúde corporal; (3) integridade corporal; (4) sentidos, imaginação e pensamento; (5) emoções; (6) razão prática; (7) afiliação; (8) outras espécies; (9) brincar; (10) controlo sobre o ambiente.

Admitindo que estas capacidades centrais são apresentadas de uma forma tendencialmente abstracta, a Autora remete a sua especificação e concretização para os sistemas de direito constitucional de cada Estado¹⁵. Esta tarefa de o Estado contribuir para o desenvolvimento das capacidades dos seus cidadãos encontra coincidência com o *princípio da socialidade*, componente do núcleo firme do Estado Constitucional democrático¹⁶. Decorre do artigo 2.º da CRP o objetivo do Estado de Direito Democrático de “realização da democracia económica, social e cultural”. O princípio contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política no sentido de desenvolverem uma atividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a garantir a evolução para uma sociedade democrática, socialmente justa e igualitária¹⁷. Assim, no seu artigo 9.º, al. d), a CRP estabelece como tarefa fundamental do Estado “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo”.

⁹ *Idem*, p. 24.

¹⁰ *Idem*, p. 21.

¹¹ *Idem*, p. 20.

¹² *Idem*, p. 31.

¹³ *Idem*, p. 36.

¹⁴ *Idem*, p. 33.

¹⁵ *Idem*, p. 40.

¹⁶ Sobre este princípio, GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2021, p. 335 e ss.

¹⁷ *Idem*, p. 338.

O princípio da socialidade é também um princípio orientador do programa político-criminal, impondo ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe as condições necessárias para a reintegração na sociedade – somando-se-lhe os artigos 26.º, n.º 1, da CRP, na parte em que prevê o direito ao desenvolvimento da personalidade, e o artigo 30.º, n.º 1, da CRP que proíbe penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo¹⁸.

Deste percurso resulta que o nosso ordenamento constitucional, concretamente através do princípio da socialidade, vai ao encontro dos objetivos da abordagem das capacidades, na medida em que ambos destacam como necessidade o desenvolvimento de certas capacidades das pessoas, tarefa essa que incumbe ao Estado. O desenvolvimento do Estado de Direito Democrático está, assim, dependente do desenvolvimento da pessoa, e ambos apontam no sentido do desenvolvimento humano global. Integrada neste esquema está a política criminal e o seu objetivo de ressocialização dos condenados. Assim, é possível afirmar que o desenvolvimento de um Estado está dependente da oportunidade de ressocialização que oferece aos seus condenados, constituindo esta, também, uma capacidade.

O crime e a pessoa – A fragilidade do bem

Como vimos, o nosso ordenamento constitucional e a abordagem das capacidades constroem-se sobre a dignidade da pessoa humana, reconhecendo-lhe o seu valor intrínseco. Ao distinguir entre capacidades básicas, pessoais e combinadas, a abordagem das capacidades construída pela Autora coloca em evidência um aspeto fundamental e indissociável da nossa natureza, em volta do qual se forma, também, a nossa dignidade: a nossa *fragilidade*. Refere-se, mais concretamente, à fragilidade das nossas oportunidades de nos desenvolvermos e, portanto, das nossas capacidades.

Na sua obra *The Fragility of Goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Martha Nussbaum enfrenta um problema ético trazido à luz pela Grécia Antiga, mas cuja relevância não se perdeu desde então (pelo contrário). O problema traduz-se no facto de o desenvolvimento da nossa personalidade num sentido que nos permita agir virtuosamente estar dependente de condições externas sobre as quais não exercemos controlo. Desta forma,

18 Neste sentido, ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 15.

a sorte¹⁹ assume-se como uma variável para atingir aquilo que os gregos apelidavam *eudaimonia*: viver a boa vida humana.

A Autora tece a discussão do problema ao longo do pensamento de Aristóteles. O filósofo reconhece esta vulnerabilidade do ser humano à sorte, enfrentando duas posições extremadas: das pessoas que consideram que viver bem é o mesmo que ter sorte na vida; e as pessoas que consideram que a sorte não tem qualquer poder sobre a possibilidade de viver bem²⁰. A primeira posição é rejeitada na medida em que não permite uma qualquer margem para liberdade ou a possibilidade de conquistar o bem através do esforço e exercício da virtude²¹. A segunda posição, por outro lado, ao considerar que a *eudaimonia* é invulnerável na medida em que consiste apenas na existência bom caráter ou condição ética, cai em desuso, pois também estes estão vulneráveis a condições externas – para além de terem que ser exercidas²².

A posição do filósofo poderá ser iluminada pela compreensão do seu pensamento em relação à ética, virtude²³ e o bem, na sua obra: *Ethics*. Para Aristóteles, a virtude moral só pode ser exercida através do hábito. Nesta medida, estas virtudes não são produzidas pela natureza; a natureza oferece-nos os alicerces sobre os quais as podemos construir, mas a sua construção está dependente do exercício que fazemos delas através do hábito²⁴. Toda a virtude está dependente da ação, como ilustra o filósofo: “(...) *we become just by performing just actions, temperate by performing temperate actions, brave by performing brave actions*”²⁵.

A partir do momento em que a virtude se exerce através da ação, está vulnerável aos impedimentos externos sobre a ação. A Autora observa que circunstâncias incontrolláveis podem interferir com ações virtuosas: privando-as de algum meio instrumental ou recurso (sendo que este recurso pode ser absolutamente necessário ou a sua ausência pode impedir tempo-

19 “What happens to a person by luck will be just what does not happen through his or her own agency what just happens to him, as opposed to what he does or makes”, NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge University Press, 2013, p. 3.

20 *Idem*, p. 319.

21 *Idem*, p. 320.

22 *Idem*, p. 322.

23 Sobre a definição de virtude: “We may now define virtue as a disposition of the soul in which, when it has to choose among actions and feelings, it observes the mean relative to us, this being determined by such a rule or principle as would take shape in the mind of a man of sense or practical wisdom”, ARISTÓTELES, *Ethics*, Penguin Classics, 1971, p. 66.

24 *Idem*, p. 55.

25 *Idem*, p. 56.

riamente a ação); privando-as do seu objeto ou recipiente (também aqui podem bloquear completamente a ação, se a perda for permanente, ou impedir temporariamente)²⁶.

A Autora aprofunda a discussão, lembrando que pensamentos, emoções e reações não são imunes às circunstâncias, também estas dimensões internas da pessoa são vulneráveis, podendo o seu desenvolvimento ser afetado²⁷.

O problema ético da fragilidade do bem ilumina uma problemática fundamental do direito penal: o crime é tão natural como a natureza humana, por isso, uma concepção de crime pressupõe uma concepção da natureza humana²⁸. Franz von Liszt sustentava que o crime e a sua punição não deveriam ser tratados como matérias puramente legais, mas também como fenômenos sociológicos e antropológicos, devendo os conhecimentos derivados das ciências sociais e da conduta humana ser tomados em conta no desenho de políticas de prevenção do crime²⁹.

Aos olhos do direito penal, o crime é um comportamento que se coloca no extremo oposto da virtude. Afinal de contas, um comportamento só pode ser considerado crime na medida em que a sua prática danifique bens jurídicos. Na linha do problema ético anteriormente colocado, é pertinente questionar se todos os cidadãos têm a sorte de estarem inseridos em circunstâncias que lhes permitam desenvolverem-se no sentido de não praticarem crimes.

A este respeito, os trabalhos desenvolvidos no âmbito da criminologia desenvolvimental³⁰ chamam a atenção para os efeitos dos eventos de vida e fatores de risco de desenvolvimento da delinquência e do comportamento antissocial que se localizam e produzem os seus efeitos em períodos de desenvolvimento tão precoces como a infância³¹. Os principais fatores de risco antes dos 20 anos de idade podem ser agrupados em várias

26 NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge University Press, 2013, p. 327.

27 *Idem*, p. 326.

28 Neste sentido, GOTTFREDSON E HIRSCHI, *A General Theory of Crime*, California: Stanford University Press, 1990, p. 5.

29 ROTMAN, Edgardo, “O Conceito de Prevenção do Crime”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1998, p. 319.

30 Refere-se a mudanças temporais e interiores do indivíduo na delinquência, estudando o desenvolvimento e dinâmica de problemas de comportamento e delinquência com a idade, e identificando fatores causais e explicativos que antecedam ou ocorram simultaneamente com o desenvolvimento comportamental e que nele tenham impacto, neste sentido: LOEBER, Rolf E LE BLANC, Marc, “Toward a Developmental Criminology”, in: *Crime and Justice*, Vol. 12, 1990, p. 377.

31 FARRINGTON, David, “Developmental and Life-Course Criminology: Key Theoretical and Empirical Issues – The 2002 Sutherland Award Address”, in: *Criminology*, Volume 41, N.º 2, 2003, p. 221.

categorias abrangentes³²: fatores individuais; fatores familiares; fatores socioeconômicos; fatores de pares; fatores escolares; fatores de bairro. No *Cambridge Study in Delinquent Development*, entre os 8 e 10 anos de idades, foram identificadas seis categorias de preditores mais relevantes de delinquência no futuro³³: comportamento antissocial na infância (agressividade, desonestidade e comportamento problemático); déficit de atenção com hiperatividade e impulsividade (falta de atenção, irrequietude, tendência para arriscar, impulsividade psicomotora); baixa inteligência e insucesso escolar; criminalidade familiar (pais presos, irmãos mais velhos delinquentes ou com problemas de comportamento); pobreza familiar (baixo rendimento do agregado familiar, família numerosa, habitação precária); más práticas parentais (disciplina autoritária, pobre supervisão, conflito parental e separação dos pais).

É outra maneira de dizer que, de facto, existem factores externos, alheios à liberdade de escolha da pessoa, que, ainda assim, determinam o desenvolvimento da sua personalidade e as oportunidades que esta tem de ser e agir (as suas capacidades). A sorte e a fragilidade são realidades que o direito penal não pode deixar de considerar na sua visão sobre o crime, bem como na construção das categorias em volta da sua prevenção, sob pena de ignorar a dignidade da pessoa humana.

A política criminal e o perigo do populismo – as emoções públicas

Tendo estabelecido que o desenvolvimento de uma sociedade está dependente das oportunidades que oferece às pessoas de serem e atuarem no sentido do seu florescimento, e que a formação destas capacidades está dependente, muitas das vezes, do ambiente que as envolve - e que este é condicionado pelas políticas públicas -, há que reflectir sobre a forma como estas se constroem e que dimensões da pessoa deverão ter em consideração para atingirem os seus objetivos.

32 HAWKINS, David, HERRENKOHL, TODD, FARRINGTON, David, BREWER, Devon, CATALANO, Richard, HARACHI, Tracy, COTHERN, Lynn, "Predictors of Youth Violence", in: *Juvenile Justice Bulletin*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2000, p. 1-11.

33 FARRINGTON, David, "Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development", in: T.P. THORNBERRY AND M.D. KROHN (Eds.), *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*, New York: Klower Plenum, 2001, p. 22.

Na sua obra *Political Emotions: Why love matters for justice*, a Autora reflete sobre o papel das emoções numa democracia liberal e como devem ser consideradas nas políticas públicas. Sustenta que todos os princípios políticos, bons e maus, precisam de suporte emocional para garantir a sua estabilidade ao longo do tempo, e todas as sociedades decentes precisam de ser cautelosas quanto à divisão e hierarquização cultivando sentimentos apropriados de simpatia e amor³⁴.

No seu trabalho sobre emoções *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*, estas são apresentadas como juízos de valor sobre objetos ou sujeitos fora do nosso controlo, mas que à luz da nossa percepção são de importância para o nosso florescimento³⁵. Uma vez que, como referido, estes objetos e sujeitos estão fora do nosso controlo, as emoções são um reconhecimento implícito da nossa falta de autossuficiência³⁶. Por outras palavras, reconhecem a nossa fragilidade derivada da dependência do nosso desenvolvimento e florescimento de elementos que são externos à nossa agência.

A Autora acautela que para a criação de uma sociedade liberal justa e igualitária, é necessário concretizar duas tarefas de cultivo político das emoções: em primeiro lugar, e por um lado, mobilizar o compromisso dos cidadãos com projetos dedicados ao bem comum; em segundo lugar, e por outro lado, controlar tendências de vitimização e de proteção da fragilidade através da discriminação e subordinação de outros³⁷.

A importância das emoções mostra-se uma dimensão menosprezada da política criminal preventiva, apesar de os princípios que a orientam lhe conferirem uma estrutura adequada à canalização de emoções positivas, nomeadamente, a compaixão. Esta é uma emoção dolorosa ocasionada pela consciência do infortúnio não merecido de outra pessoa³⁸, composta por três elementos cognitivos: a crença ou avaliação do sofrimento da outra pessoa como sendo sério e não trivial; a crença de que a pessoa não merece o sofrimento; a crença de

34 NUSSBAUM, Martha, *Political Emotions: Why love matters for justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2015, p. 3.

35 NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*, Cambridge University Press, 2008, p. 19. Complementado esta noção, o trabalho incontornável sobre emoções de ANTÓNIO DAMÁSIO: "(...) a emoção é a combinação de um processo avaliatório mental, simples ou complexo, com respostas disposicionais a esse processo, na sua maioria dirigidas ao corpo propriamente dito, resultando num estado emocional do corpo, mas também dirigidas ao próprio cérebro (núcleos neurotransmissores no tronco cerebral), resultando em alterações mentais adicionais", *O Erro de Descartes: emoção razão e cérebro humano*, Temas e debates, 2019, p. 189.

36 NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*, Cambridge University Press, 2008, p. 22.

37 NUSSBAUM, Martha, *Political Emotions: Why love matters for justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2015, p. 3.

38 NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*, Cambridge University Press, 2008, p. 301.

que a pessoa que sente compaixão tem a mesmas possibilidades de sofrer que a pessoa cujo sofrimento testemunha³⁹.

O potencial da política criminal para traduzir normativamente o conteúdo da compaixão permanece subdesenvolvido, apesar de se mostrar uma possível concretização dos seus princípios orientadores, nomeadamente, do princípio da socialidade – nos termos já por nós sublinhados.

Numa outra frente, uma política criminal preventiva que aposte na canalização de emoções positivas – traduzindo-as normativamente –, constitui-se como uma resposta e arma contra o populismo penal. Como bem observa a Autora, é comum a suposição de que só as sociedades fascistas ou agressivas é que são intensamente emocionais e, portanto, só estas têm que se preocupar com o papel das emoções nas políticas públicas – o que se constitui como uma crença errada e perigosa⁴⁰. Ceder a consideração das emoções públicas exclusivamente a movimentos antidemocráticos é um perigo para o Estado de Direito Democrático. No âmbito da política criminal, o populismo penal tem usado o medo como fundamento para avançar propostas legislativas que acentuam a natureza punitiva do direito penal⁴¹.

É esta instrumentalização do medo para fins políticos que exige que a política criminal preventiva não ceda terreno no que toca à consideração das emoções públicas.

Ressocialização e punição – A raiva nos conflitos jurídico-penais

O medo e a compaixão não são as únicas emoções que dizem respeito ao direito penal e à política criminal. A raiva é uma emoção que habita praticamente todos os conflitos que dão origem a um processo penal. Esta poderá ser encarada de uma perspectiva pública (mais identificada com as considerações de prevenção geral), relacionada com a forma como a comunidade se sente em relação ao crime, ou numa perspectiva pessoal, relacionada com a vítima, quando a haja. A raiva é uma emoção complexa cujo conteúdo cognitivo engloba um

³⁹ *Idem*, p. 306.

⁴⁰ NUSSBAUM, Martha, *Political Emotions: Why love matters for justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2015, p. 2.

⁴¹ Na síntese de MARQUES DA SILVA, Germano: “Nada mais é preciso aos políticos para, farejando a emoção popular e o seu medo pela insegurança real ou induzida, ajustar as respostas legislativas. O populismo penal de certas ideologias aproveita do medo e reflexo punitivo dos cidadãos para recolher apoios favoráveis à lei e à ordem (...)”, “Populismo e Direito Penal – A Crise Permanente”, in: *Revista do CEJ*, I, 2014, p. 328.

desejo, acompanhado de dor, por uma retribuição devido a uma ofensa infligida por alguém que não tinha razão legítima para a infligir⁴².

Friedrich Nietzsche observa que, durante a maior parte da história da humanidade, a punição nunca foi baseada na responsabilidade do agente pelas suas ações, pelo contrário, era infligida pela mesma razão que alguns pais punem as suas crianças: por raiva de um dano que sofreram, raiva que é administrada de forma mecânica ao autor do dano⁴³. A este respeito, alerta que a última esfera conquistada pelo espírito da justiça é a esfera da emoção reativa⁴⁴.

A raiva mostra-se uma emoção central na justiça penal pela sua habitual presença nos conflitos. Pela sua centralidade e capacidade motivacional, não pode ser ignorado o seu tratamento no âmbito do direito penal. Assume várias formas, algumas delas que podem ser normativamente problemáticas. Não quer isto dizer que a raiva, como emoção, não assuma uma função importante nas relações humanas. Esta pode assumir três possíveis funções instrumentais: *sinalar* – à própria pessoa a sua vulnerabilidade e valorações, ou ao mundo que houve alguma violação; *motivar* – compelir uma atuação ou comportamento numa determinada direção (veremos quais as possíveis vias); *deterrent*⁴⁵.

Se a raiva, pela sua própria natureza enquanto emoção, pode motivar a ação na via de um determinado comportamento, há que refletir sobre essas possíveis vias de ação e quais deverão ser canalizadas pela política-criminal. A Autora sistematiza três caminhos possíveis de reacção à dor que podem fazer parte do conteúdo cognitivo da raiva: *o caminho do estatuto*; *o caminho da retaliação*; *o caminho da transição*⁴⁶.

O primeiro caminho, apesar de se mostrar uma racionalização sofisticada comparativamente ao segundo, sofre de dificuldades morais inerentes à forma como constrói a realidade do conflito. Neste caminho, visiona-se a ação danosa, não pelo sofrimento que causa, mas pela humilhação e inferiorização do estatuto da vítima que dela resulta. Daqui resulta como reacção adequada a inferiorização do estatuto do agente, concedendo, assim, uma superioridade relativa à vítima, restaurando o seu estatuto. A dificuldade moral – e normativa, acrescen-

42 NUSSBAUM, Martha, *Anger and Forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York: Oxford University Press, 2019, p. 17.

43 NIETZSCHE, Friedrich, *The Genealogy of Morals*, Dover Publications, 2003, p. 39.

44 *Idem*, p. 48.

45 NUSSBAUM, Martha, *Anger and Forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York: Oxford University Press, 2019, p. 37 e ss.

46 *Idem*, p. 28.

te-se -, surge da conversão de todas as ofensas em problemas de estatuto relativo, fazendo o mundo girar à volta dos desejos que surgem da nossa condição vulnerável e do seu desejo por domínio e controlo. É o que a Autora apelida de “*erro narcísico*” ou “*erro de estatuto*”.

O segundo caminho tem o seu foco no sofrimento causado, o que é correto. Contudo, o seu “pensamento mágico” levanta igualmente dificuldades normativas; uma vez que causar sofrimento ao ofensor não anula o sofrimento causado à vítima nem repara o dano causado pelo comportamento deste. Mesmo que a vítima retire satisfação da punição do agente, o sistema penal não deve canalizar esses sentimentos maliciosos.

Finalmente, o terceiro caminho foca-se na *construção do bem futuro*. Os caminhos anteriores tinham como conteúdo necessário o desejo de algum tipo de retribuição em face da ofensa. Significa isto que não foram capazes de colocar de parte a resolução negativa do conflito, no sentido de satisfazer um desejo egoísta. O terceiro caminho surge como uma exceção ao conteúdo cognitivo habitual da raiva, na medida em que lhe retira o desejo de retribuição, preservando o restante conteúdo. É por isto chamado de caminho da transição, na medida em que transforma a típica raiva naquilo a que a Autora chama de “*raiva de transição*”⁴⁷. O seu conteúdo será: “*How outrageous! Something must be done about this*”⁴⁸. Aqui não se incluem considerações relacionadas com estatuto ou ideias de retribuição, mas sim estratégias para promover o bem futuro. Entre outras ações, inclui-se aqui a reabilitação do agente. O momento da determinação da medida da pena, da qual resultará a condenação e execução da pena do agente, mostra-se central à conciliação de várias ideias trazidas a este estudo. É nesse momento que o juiz terá a possibilidade de oferecer unidade à prevenção criminal, considerando no seu juízo que esta se fragmenta numa dimensão *ex post* e *ex ante*. Como já sublinhámos, o direito penal, pela sua natureza, opera *ex post*, só e apenas na sequência da ocorrência do facto típico, ilícito, culposo e punível. Contudo, o estudo da teoria das capacidades, conjugada com a ideia de fragilidade, mostram como o desenvolvimento da nossa personalidade e comportamento no sentido do direito está dependente de condições externas sobre as quais não temos controlo. Significa isto que a prevenção de muitos dos fatores de risco de delinquência não pode ser levada a cabo pelo direito penal. É esta a dimensão *ex ante* da prevenção criminal. No momento da determinação da medida da pena, existe a oportunidade de conciliar estas duas dimensões da prevenção criminal, valorizando no juízo os fatores (empiricamente comprovados) que poderão ter tido influência no desenvolvimento da personalidade do agente no

⁴⁷ *Transition-Anger*.

⁴⁸ *Idem*, p. 35.

sentido do crime. Desta valorização resultaria, por um lado, a atenuação da medida da pena, por outro lado, o planeamento da execução de forma a oferecer uma resposta de tratamento às carências de capacidades que se manifestaram no facto – i.e., ressocialização.

Se fosse possível esboçar um conteúdo cognitivo (semelhante ao das emoções) desta forma de decidir, poderíamos ter o seguinte rascunho: *apesar de se reconhecerem os danos causados pelas ações deste agente, há que reconhecer que ele partilha da mesma dignidade de todos os seus concidadãos, derivando dessa mesma dignidade uma fragilidade a circunstâncias externas que afetam o seu desenvolvimento. Enquanto sociedade ainda não nos foi possível oferecer oportunidades igualitárias para todos os indivíduos desenvolverem a sua capacidade de não cometerem crimes. Uma vez que esta é uma obrigação que decorre do Princípio da Socialidade, e que este concerne também aos condenados, estes aspetos deverão ser tidos em conta, reconhecendo-se as lacunas no desenvolvimento do agente que o levaram a esta condenação e procurando, agora, no momento da execução, colmatar essas lacunas através de oportunidades de ressocialização.* A punição *ex post* é uma última rede, onde apanhamos os insucessos das estratégias de prevenção *ex ante*. Uma política-criminal que guie as suas condenações com a ressocialização em mente, unifica a prevenção criminal, e canaliza a raiva de transição.

É de relembrar que o Sistema de Justiça Penal é um pequeno componente inserido num conjunto de instituições que devem promover a justiça social para todos, onde se incluem aqueles que se podiam tornar, ou que se tornaram, criminosos⁴⁹.

Conclusões

A realização da democracia social depende diretamente do desenvolvimento do indivíduo. Este desenvolvimento, por sua vez, depende das oportunidades que cada Estado oferece aos seus cidadãos de serem e fazerem aquilo que é necessário para a realização plena do seu potencial. Esta é a relação de desenvolvimento simbiótico entre Estado e indivíduo. Os cidadãos são sujeitos das políticas públicas, mas também condição do seu sucesso. Assim, é de ter presentes as obrigações que decorrem da consagração constitucional do princípio da socialidade.

É inegável que a mão do estado social não chega a todos e, talvez, neste momento, nem para todos chega. Este é um elemento de sorte que inevitavelmente influenciará o desenvolvimento pessoal. Poderá ditar se nascemos numa condição socioeconómica que permita aos nossos pais estarem

⁴⁹ *Idem*, p. 182.

em casa tempo suficiente para nos educarem, transmitindo-nos valores que nos orientem no sentido do direito, oferecendo-nos o afeto necessário ao nosso desenvolvimento emocional positivo, ou se, pelo contrário, sairão de casa às seis da manhã para se dividirem entre dois trabalhos até às onze da noite, ficando a nossa educação e personalidade por desenvolver. Poderá também ditar uma predisposição genética para o baixo autocontrole, dificultando a nossa capacidade de nos autotregularmos e inibirmos comportamentos negativos. Em piores hipóteses, poderá condenar-nos a um défice cognitivo que impedirá cronicamente o desenvolvimento da nossa personalidade.

Esta é a nossa fragilidade que, em parte, impele e legitima a obrigação do Estado de nos estender a sua mão. Mas, quando ela não nos chega, quando o Estado incumpe o seu dever de auxílio, a consciência de que a nossa oportunidade de desenvolvimento foi prejudicada não pode ser trocada por racionalizações destorcidas em volta das nossas escolhas. Por isso, há que cultivar cautela em relação a movimentos políticos que procurem menorizar ou negar esta realidade, favorecendo, ao invés, a percepção de que todos somos invulneráveis, totalmente culpados pelas nossas circunstâncias e pela nossa personalidade. Permitir este tipo de discurso no palco político, abre margem para canalização de emoções negativas que erodirão o Estado de Direito Democrático, a ideia de dignidade da pessoa humana e a fragilidade que lhe é inerente.

O trabalho de Martha Nussbaum carrega consigo ideias com a força necessária para reforçar a Justiça Penal numa construção mais humanista e social, ao mesmo tempo que ilumina algumas das suas insuficiências. Traz uma visão do mundo orientada para o desenvolvimento global e realização plena do potencial de cada ser humano como condição necessária para a concretização desse objetivo. A consciência de que cada um de nós precisa de condições para desenvolver as suas capacidades permeia o seu trabalho, denotando uma compreensão profunda da natureza humana que só é reforçada pelos seus estudos sobre as emoções. A forma como muitas vezes considera estas ideias no contexto das histórias de tragédia clássica, concede-lhes acessibilidade, aproximando-as da nossa percepção quotidiana. Por estas razões, consideramos o seu trabalho um contributo inestimável para a compreensão da Justiça Penal, mas também indispensável para o estudo de qualquer problemática relacionada com o desenvolvimento.

Serviu-nos, neste estudo, para colocar em destaque duas dimensões menosprezadas da política-criminal: a emoção e a personalidade. As emoções, como vimos, surgem como motivadores de comportamento, cuja influência sobre as ações não pode ser ignorada no contexto da construção de política públicas que procurem a alteração de comportamentos – como é o caso da política-criminal. Ao ignorar a influencia das emoções, a política-criminal cede a sua manipulação a movimentos políticos que a utilizarão para fins prejudiciais aos seus fins preventivos. Nesta medida, há que reforçar a importância das emoções na política-criminal. Este reforço pode passar, desde logo, no reforço da canalização de emoções positivas, como a compaixão, em alternativa a emoções negativas, como a raiva.

A personalidade, por seu turno, parece residir num lugar ingrato no seio do direito penal: por um lado, é reconhecido o seu valor como um fator determinante da culpa, das exigências de prevenção e até da reinserção social; por outro lado a legitimação de intervenções que sobre ela incidam é dificultada pelo paradigma próprio do Estado de Direito Liberal que obsta a intervenções diretas sobre a liberdade individual. De alguma forma, ainda se crê que estas intervenções sobre a personalidade possam consubstanciar uma violação da dignidade da pessoa humana. Talvez um aprofundamento do conceito, em que se reconheça que a personalidade e as emoções são, também, dimensões essenciais dessa dignidade, merecendo ser reconhecidas e tratadas, seja um primeiro passo na resolução dessas dificuldades.

Se o momento decisivo de consolidação destas ideias é o momento da determinação da medida da pena, então o protagonista da mudança a operar será o juiz de direito. O bom juiz far-se-á acompanhar da compreensão de que todos os seres humanos são falíveis e vulneráveis às circunstâncias que os envolvem, sendo que, muitas vezes, a diferença entre ser juiz e agente se deve a circunstâncias pessoais e sociais⁵⁰. Nesta medida, será capaz de compreender as “diversas fragilidades” e falta de oportunidades que levaram as pessoas a cometer crimes⁵¹. Noutras palavras, a falta de capacidades que o Estado não foi capaz de lhes oferecer.

Abre-se assim espaço para uma condenação com um sentido prospectivo, encarando a pena como um instrumento capaz de oferecer a oportunidade de desenvolver as capacidades que ficaram abaixo do limiar necessário para o não cometimento de crimes. É uma decisão baseada em compaixão e não em raiva. Apontando para a ressocialização e não para a retribuição. Oferecendo preponderância às necessidades do agente em relação às exigências da comunidade.

A questão de se saber se o direito penal pode conceder esta importância à personalidade e ao desenvolvimento na aplicação das suas sanções é, de forma parcial, respondida pela existência, aplicação e objetivos do Regime Penal Especial para Jovens Delinquentes – Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro. Mostra-se que é possível considerar atenuações especiais da pena de prisão tendo em consideração um juízo de prognose positivo sobre o desenvolvimento da personalidade do jovem. Mostra-se ainda que as considerações preventivas especiais podem prevalecer sobre as exigências de prevenção geral.

Isto oferece-nos margem suficiente para insistir em considerações análogas, com as devidas adaptações, no que diz respeito à aplicação do direito penal a adultos imputáveis. Uma compreensão aprofundada do funcionamento da personalidade, da sua relação com o ambiente

50 NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*, Cambridge University Press, 2008, p. 446.

51 *Idem*, p. 447.

social, económico e familiar, bem como um enquadramento adequado da natureza humana, poderão servir para abrir caminho na direção de uma resposta.

Independentemente da forma que assumam as concretizações destas ideias, há que as manter presentes na discussão sobre os sentidos nos quais poderá evoluir a Justiça Penal, nunca esquecendo que a sua evolução está necessariamente dependente das novas compreensões sobre a natureza humana e as suas relações com o desenvolvimento global. A política-criminal, apesar da sua importância para o bom funcionamento de uma sociedade organizada sob o modelo do Estado de Direito Democrático, é apenas um de vários instrumentos do qual depende o bem-estar social. Pensar nela de forma isolada resultará na sua estagnação, podendo até, em última linha, constituir-se como um obstáculo para a ação de outras políticas públicas de que depende. Assim, cremos que o direito penal do futuro será marcado por uma natureza mais social, derivada da sua articulação com outras políticas públicas e outros ramos do saber. Só assim nos conseguiremos aproximar de uma Justiça Penal para todos.

Bibliografia

- ARISTÓTELES, *Ethics*, Penguin Classics, 1971
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2018
- DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes: emoção razão e cérebro humano*, Temas e debates, 2019
- FARRINGTON, David, "Developmental and Life-Course Criminology: Key Theoretical and Empirical Issues – The 2002 Sutherland Award Address", in: *Criminology*, Volume 41, N.º 2, 2003
- FARRINGTON, David, "Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development", in: T.P. THORNBERRY AND M.D. KROHN (Eds.), *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*, New York: Klower Plenum, 2001
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2021
- GOTTFREDSON E HIRSCHI, *A General Theory of Crime*, California: Stanford University Press, 1990
- HAWKINS, David, HERRENKOHL, TODD, FARRINGTON, David, BREWER, Devon, CATALANO, Richard, HARACHI, Tracy, COTHERN, Lynn, "Predictors of Youth Violence", in: *Juvenile Justice Bulletin*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2000
- LOEBER, ROLF E LE BLANC, Marc, "Toward a Developmental Criminology", in: *Crime and Justice*, Vol. 12, 1990
- MARQUES DA SILVA, Germano, "Populismo e Direito Penal – A Crise Permanente", in: *Revista do CEJ*, I, 2014
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- NIETZSCHE, Friedrich, *The Genealogy of Morals*, Dover Publications, 2003
- NUSSBAUM, Martha, *Anger and Forgiveness: resentment, generosity, justice*, New York: Oxford University Press, 2019
- NUSSBAUM, Martha, *Creating Capabilities: the human development approach*, Harvard University Press, 2013
- NUSSBAUM, Martha, *Political Emotions: Why love matters for justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2015
- NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge University Press, 2013
- NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*, Cambridge University Press, 2008
- ROTMAN, Edgardo, "O Conceito de Prevenção do Crime", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1998
- WEBER, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London: Unwin University Books, 1971.

El problema de la dimensión aflictiva de la reacción penal al delito

Luigi Cornacchia*

¿Aflicción como naturaleza de la pena?

El tema de esta contribución es por qué la respuesta del ordenamiento frente al delito tiene que ser un sufrimiento para el reo¹, es decir, dado que parece que la pena es aflictiva por su naturaleza, si efectivamente ésta es su necesaria connotación (a pesar del nombre “pena” o “castigo”, que como mucho podría ser la consecuencia de ésta, no la razón), o si la conexión entre delito y castigo es solamente una costumbre que se remonta a una larga tradición.

El problema es claramente distinto de la cuestión de la justificación de la pena, en relación con su finalidad (en términos de retribución, disuasión, resocialización, etc.), aunque entrelazado: que la medida establecida por la ley como respuesta al delito tenga una función conlleva un contenido adecuado de esta última, pero esto no necesariamente tiene que ser un sufrimiento por el culpable (o puede que sí justo en cuanto medio adecuado por esa finalidad, como veremos).

Respecto al carácter aflictivo de la reacción al delito, la “Corte Costituzionale” italiana (1990) ha afirmado que “*se trata de un carácter lógicamente no eliminable de la pena*”: porque “refleja las condiciones mínimas sin las que la pena cesaría de ser tal”² => parece más una tautología (o una tontería...) que una justificación: “pena” significa algo que daña, o sea, una pena que no daña no es una pena! Pero, a pesar de las palabras, ¿tiene que ser así la respuesta del ordenamiento al delito?

La pena efectivamente es la única sanción del ordenamiento idónea para repercutir en el bien de la *libertad personal* de la persona y causar un dolor.

* Professor na Universidade de Bérgamo, Itália.

1 “It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant” (H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2008, 4).

2 Corte Costituzionale, sent. 2.7.1990, n. 313

¿Sufrimiento como rasgo distintivo de la pena respecto a otras medidas jurídicas?

Tenemos que entender el concepto de aflicción, que parece propio exclusivamente de la pena. La consecuencia de un delito es algo distinto que el pago de un impuesto, que puede ser gravoso para el contribuyente, pero no tiene la función de causarle un mal.

La pena es algo diferente de las *sanciones restauradoras*, dirigidas a reconstituir la situación antecedente al injusto, a anular sus efectos jurídicos o materiales (por ej. declaración de nulidad de un contrato que contraste con normas imperativas; demolición de obras en caso de parcelación abusiva); y también de las *sanciones reparadoras*, dirigidas a la reintegración de la pérdida patrimonial debida al injusto (ej indemnización del daño). En cambio, la pena es sanción con contenido afflictivo no reparador ni tampoco restaurador

Entonces la cuestión que se tiene que plantear es si la pena es un “mal necesario”

Es verdad que *la pena “daña” por su naturaleza intrínseca*, de manera diferente a otras cosas que pueden dañar, pero solo “*per accidens*”: por ej. el pago de un impuesto, el cumplimiento de una obligación contratual como pagar un recibo – del gas, de la electricidad; es diferente incluso la indemnización del daño, que, más que un mal, es cumplimiento de una obligación derivada del injusto civil, que no tiene como finalidad propia dañar al responsable produciendo un dolor, sino recompensar al sujeto dañado, reintegrar su patrimonio.

Además, el mal que la pena conlleva tiene que recaer en la esfera del reo, a su coste, a pesar de que la sociedad gane algo (ej en forma de prevención): cuando se utiliza la expresión “el reo tiene que pagar su deuda con la sociedad”, claramente se trata solamente de una imagen, que no es idónea para explicar *porque la pena daña*.

Es un mal necesario ¿para qué?

Es interesante ver cómo el tema del dolor como carácter necesario (o no necesario) de la respuesta penal ha sido investigado en tiempos recientes: es decir, ha recibido una atención especial en los últimos años.

Pero, en verdad es un problema antiguo como el mundo: y muchas veces la filosofía se ha planteado preguntas sobre este tema, aunque a menudo a la manera de *obiter dicta*, como algo que es implícito en el debate sobre la función de la pena.

Justificación instrumentalista: dolor como medio para alcanzar un bien (poena medicinalis)

Encontramos por ej. una explicación instrumentalista en Santo Tomás de Aquino, según el

cual la pena no puede ser justificada por sí misma, como simple aflicción de un mal – dado que sería simplemente un *malum poenae* que se ajunta al *malum culpae*, claramente en contraste con el mandamiento evangélico del amor fraternal – sino como *poena medicinalis*, es decir, un remedio para mejorar al hombre³.

La pena, entonces, es un mal porque daña al delincuente: por ello, el castigo nunca tiene que ser infligido por sí mismo, y el fin de la pena nunca puede ser la aflicción misma; si se inflige para perseguir directamente el mal de la persona, la pena es contraria al derecho natural. Es decir, el castigo no es un bien por sí mismo, más bien un *medio* para realizar una situación – seguridad para los demás y paz en la sociedad – que es deseable según naturaleza para los seres humanos: en cuanto *medio*, es un bien hasta que sea realmente funcional para garantizar los bienes finales de la paz y la seguridad (bien común).

En suma, si restablecer la justicia es un deber (*munus puniendi*), sin embargo, esto no significa que sea necesario el castigo en sentido aflictivo: la pena es un medio, que tiene que servir, y por esto es buena hasta que sea funcional para restablecer la justicia y corregir las desviaciones respecto al bien común.

Justificación nihilista: sufrimiento como finalidad en sí misma

Una postura totalmente distinta la encontramos en Friedrich Nietzsche, una postura que se caracteriza por el rechazo de cualquiera justificación moral, y por un intento de desmitificación, en el sentido que quiere poner de manifiesto cómo todas justificaciones de la pena no son más que disfraces que disimulan algo que tiene que ver con la naturaleza más inconfesable del hombre o de la sociedad.

Nietzsche desarrolla su crítica a las teorías de la función de la pena:

1. en el contexto de su crítica a la retribución, afirmando que la pena no tiene un fundamento moral – el de la culpa, típico de la idea de la retribución – que justifica la pena que el reo se merece, “no bajo el presupuesto de que sólo al culpable se le deban imponer

3 S. Tomas de Aquino, Summa Theologiae, II-II, 43, 7 ad 1: “*poenarum inflictio non est propter se expetenda, sed poenae infliguntur ut medicinae quaedam ad cohibendum peccata. Et ideo intantum habent rationem iustitiae inquantum per eas peccata cohibentur*”. II-II, 68, 1: “*Poenae autem praesentis vitae non per se expetuntur, quia non est hic ultimum retributionis tempus, sed inquantum sunt medicinales, conferentes vel ad emendationem personae peccantis, vel ad bonum reipublicae, cuius quies procuratur per punitionem peccantium*”; vid. Tambien STh II-II 108, 3 ad 2.

penas”, ni a través de la idea de la compensación del mal a través del dolor a cargo de quien ha causado el dolor del delito: se castiga simplemente “por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante” y por la idea de que todo perjuicio puede ser realmente compensado... con un *dolor* del causante del perjuicio⁴;

2. mientras en el marco de su crítica a las teorías consecuencialistas, no se trata de proteger la sociedad o buscar una finalidad, éstas son productos culturales, no naturales, frente al deseo, este sí natural, de *infligir sufrimiento*. Además, según Nietzsche, la pena nace simplemente para producir y fortalecer la memoria y acostumbrar a través de la memoria a los hombres a planear su futuro obedeciendo a mandos, recordando el *sufrimiento* que causa la trasgresión: una intimidación pura (producción de una conducta como reacción al recuerdo de una sensación dolorosa, como expresión de terror), como se hace con los animales⁵.

Entonces, en realidad cualquier justificación de la pena es solamente un disfraz para hacer presentable algo que en realidad no es nada más que satisfacción del deseo de infligir sufrimiento (más bien que del deseo de venganza), y además medio para fortalecer de manera mecánica la memoria a través del dolor. La verdad es que no hay ninguna justificación moral de la pena, que es simplemente legitimación de la crueldad: la única razón para castigar es el placer que tenemos en ver a los demás sufrir, y aún más en causar sufrimiento a los demás.

Justificación consecuencialista: la prevención a través del miedo y del dolor como sensación que se graba en la memoria

El tema de la aflicción no ha sido investigado solamente por la filosofía, sino también por la doctrina penal, que se ha enterado de su importancia en función estratégica como medio de imposición coactiva del derecho y de prevención de las transgresiones.

La explicación *consecuencialista* entiende normalmente el dolor como instrumento para con-

⁴ F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, 1887, II, § 3.

⁵ Ibidem. Vid. J. Bung, *Nietzsche über Strafe*, en *ZStW* 119, 2007, 120 ss.; Vormbaum, 2011, 238; S. Straube, *Zum gemeinsamen Ursprung von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie Friedrich Nietzsches*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, 140 ss.; H. Müller-Dietz, *Friedrich Nietzsches Philosophie in rechtsphilosophischer und straftheoretischer Sicht*, in GA, 2015, 160 ss.; M. Donini, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2020, 1727 ss.

seguir efectos deseables, especialmente para asegurar la conformidad general al derecho. El castigo aflictivo da miedo y por esto desanima al delincuente y lo disuade de su propósito criminal: la perspectiva del sufrimiento produce el efecto psico-individual y psico-social de la disuasión (*deterrence*). El dolor entonces es necesario para la prevención⁶.

En la epoca moderna, derivada de la Ilustración, esta perspectiva ha tenido una connotación típicamente censista: el dolor produce sensación de miedo. Además, la postura más anclada al pensamiento utilitarista fundamenta la necesidad del dolor en la idea de un delincuente racional, que hace una ponderación entre gastos y beneficios y se da cuenta que el delito “no conviene” porque sus consecuencias aflictivas son mayores que los beneficios: así por ejemplo la perspectiva de Jeremy Bentham⁷.

Función restitutiva general: el *victim-centred approach*

Otro planteamiento afirma que el sufrimiento tendría una función de satisfacción para la víctima: la *Genugtuung* (*satis-factio*) del ofendido es en realidad una variante de la retribución (*vengeful desert*), solidaria con la víctima, que orienta el castigo a la búsqueda de una proporción entre reinclusión de ésta en la sociedad y exclusión del autor del delito de la misma⁸. La ratio de esta forma de retribución tiene también una dimensión simbólica: el Estado manifiesta a través del dolor del culpable su cercanía a la víctima, con la que solidariza⁹.

⁶ Vid. por. ej. A. von Hirsch, *The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention*, in A. von Hirsch, A. Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 13 ss., 21 ss.: la dimension prospectiva de la prevencion justifica el sufrimiento, mientras la dimension retrospectiva del merecimiento es la razon del reproche.

⁷ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, W. Pickering, 1823, (I ed. 1780), Chap. XIII, 170 ss.

⁸ T. Weigend, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, in RW, n. 1, 2010, 57; considera totalmente irracional la devaluacion de las necesidades de retribucion por parte de las victimas A. Sarhan, *Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik*, VWV. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2006, p. 213. Vid. en sentido critico Silva Sanchez, *Malum passionis*, 207; R.P. Anders, *Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztensorientierung im Strafverfahren*, en ZStW 124, 2012, 398 s.

⁹ Vid. por ej. G. P. Fletcher, *Der Platz des Opfers in einer Vergeltungstheorie*, in B. Schünemann, M. D. Dubber (Hrsgg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, 81; W. Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechensoffer*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 134 (que sugiere, en paralelo a las teorias preventivas, una compleja concepcion de la restitution a la victima: “Generalrestitution” y “Spezialrestitution”, 176 ss., 190 ss.); cfr. già K. Amelung, *Auf der Rückseite der Strafnorm – Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation*, in J. Arnold et a. (Hrsgg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, München, 2005, 9 ss.

A esta postura se ha objetado que, en primer lugar, si efectivamente la víctima exige el dolor del culpable como medio de satisfacción, éste se mueve en el plan puramente horizontal del conflicto interpersonal del delito, y no en la dimensión vertical pública – que relaciona al sujeto con la norma jurídico-penal – y por esto no puede ser asunto del derecho penal del Estado, sino solamente de una justicia – o mejor venganza – privada. Y en segundo lugar el sufrimiento en realidad no puede satisfacer la víctima, porque no repara, no reintegra los bienes lesionados: más bien lo hará la declaración del injusto culpable del autor y su condena, pero no el dolor que esa conlleva¹⁰.

La pretensión o expectativa eventual de la víctima acerca una aflicción añadida a la pena, consecuencia de la frustración por el daño emocional estético (en forma de ira, resentimiento, rencor, indignación) que ha sufrido y que la induce a pedir venganza¹¹, es algo que la sociedad no puede secundar¹².

Sí, pero la exigencia de un reproche serio para expresar la importancia de los intereses legítimos de la víctima¹³.

Pero este tipo de justificación se encaja en otra perspectiva, la teoría expresiva (en su variante dirigida a la persona).

Justificación expresivista

La explicación ya elaborada en el contexto de la sociología por Emile Durkheim ve en la pena un alcance *simbólico-expresivo*.

En sentido objetivo, la pena *expresa un juicio de reproche social* del hecho considerado injusto y por ello de su autor. El dolor, entonces, es un medio para comunicar la censura que produce la pena (y no, por ejemplo, la sanción administrativa, a pesar de que pueda ser más alta que una sanción penal pecuniaria) y la gravedad del delito cometido¹⁴.

10 Silva Sanchez, *Malum passionis*, 180 s.

11 Vid. J.P. Reemtsma, *Im Keller*, Hoffmann und Campe, 1997, 24 ss.; Id., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, C.H. Beck, München, 1999, 6 ss., 24 ss.; J.G. Murphy, *Forgiveness and Resentment*, en J.G. Murphy, J. Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, 14 ss., 18.

12 Así que los intereses de la víctima nunca pueden legitimar, aunque solamente de manera indirecta, la retribución como pura venganza: vid. L. Sautner, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten*, Innsbruck, 2010, p. 47, 372; C. Prittwitz, *Opferlose Strafretheorien?*, in B. Schünemann, M. D. Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, pp. 47, 51, 59.

13 Vid. T. Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2'17, 31 ss., 36 ss., 62 s.

14 J. Feinbergh, *The Expressive Function of Punishment*, en Id., *Doing & Deserving. Essays in the Theory of Responsi-*

Según una visión diferente, mas subjetivizada, la pena sirve para expresar emociones reactivas (de facto, venganza), que se canalizan en la pena institucional; o expresa o confirma la confianza en la norma – concepción mixta, entre prevención y simbolismo expresivo.

Pero esto no es suficiente, no es satisfactorio, porque tenemos que explicar la pena *en función* del dolor, de la aflicción que la caracteriza; de otro modo, una sanción podría producir censura sin dañar: por ej. una declaración pública de reprobación.

Se puede encajar en el marco del modelo expresivista también la justificación del sufrimiento del reo a través del principio de proporcionalidad: la pena tiene que ser un dolor proporcionado a la gravedad del delito, que entonces se refleja en el nivel mayor o menor de afflictividad¹⁵. La pena calculada respectando la exacta proporción al delito¹⁶.

Una perspectiva que entremezcla la explicación expresivista con la retribución es la idea de la pena como reacción estatal al delito en términos de lesión de derechos o bienes jurídicos frente a la lesión de bienes o de obligaciones jurídicas¹⁷. Entonces la pena expresa desaprobación mediante una reproducción analógica del mal del delito: contra esta perspectiva se pone la visión moderna de la pena misma.

Justificación funcionalista

La reflexión sobre la dimensión afflictiva curiosamente emerge en el marco de teorías que, aunque se pueden colocar dentro del marco de las expresivistas, en cuanto consideran la pena (y el delito mismo) como formas de comunicación social, aparecen más bien como lejanas de tomar el dolor o el mal como supuesto de la respuesta penal, es decir las teorías funcionalistas.

La pena sirve para restablecer la vigencia de las normas: frente a la desilusión de la norma,

bility, Princeton University Press, Princeton, 95 ss.; A. van Hirsch, Censure and Sanctions, Oxford University Press, Oxford, 1996, 6 ss., 29 ss.

15 La idea de la proporcionalidad ya se encuentra en la Magna Charta Libertatum del 15 de junio 1215 al art. 20: “*Libet homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto amercietur secundum magnitudinem delicti, salvo contenemento suo*”. En la filosofía de la Ilustración vid. Montesquieu, *De l'esprit de lois*, Geneve, 1748, Livre VI, Chap. XVI; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § 6.

16 Vid. J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3. Ed., Presses universitaires de France, Paris, 2014, pag. 419 s.

17 Nagler, *Die Strafe*, 40, 62.

la pena restablece su vigencia defraudada, y restablece esta vigencia en el plan de la comunicación social.

Pero, si la pena tiene que mantener o restablecer la vigencia de normas, o evitar la anomia, ¿no sería suficiente una declaración oficial? ¿Por qué al mal puramente comunicativo dado por la declaración del injusto culpable cometido se tiene que añadir un mal adicional?

Con esta objeción claramente se equivoca el concepto de comunicacion, que no es mera locución verbal, sino *expresión de sentido real*.

Se ha afirmado que la desaprobación estatal sin la facticidad de una pena como sufrimiento se quedaría ininteligible: el mal como privación efectiva de los derechos del delincuente es necesario para que la comunicación sea real¹⁸. La naturaleza simbólica-comunicativa de la pena requiere también una dimensión fáctica-cognitiva.

La última fase del pensamiento de Günther Jakobs tiene mucho que ver con la reflexión sobre la necesidad de que la pena suponga dolor o sufrimiento: la prevención de la erosión general de la norma solo se puede conseguir instrumentalmente mediante el dolor que inflige la pena, como dimensión *cognitiva* de la pena.

Más allá de la dimensión comunicativa, la pena tiene otra dimensión *fáctica* que es la vinculada al dolor: las expectativas normativas pueden revestir muchas formas cognitivas (las normas positivas concretas), pero siempre deben tener un anclaje real (ej pese a la expectativa normativa de que no se debe entrar en las casas ajenas, todos cerramos la puerta por la noche). Según esta perspectiva, el dolor sirve para garantizar *cognitivamente* la vigencia de las normas (dolor como dimensión fáctica cognitiva de la comunicación): cada norma necesita una “kognitive Untermauerung” para ser una expectativa capaz de orientar las conductas de los ciudadanos.

Respecto al delito cometido, no es suficiente *contraseñar* el culpable como delincuente, sino es necesario también *tratarlo* como tal¹⁹.

Entonces el dolor sirve para que los demás se tomen en serio que la vigencia sea confirmada, o mejor dicho, para producir fidelidad al derecho; y en general para que la confirmación sea real.

Solamente de esta manera se puede mantener la fuerza de orientación (*Orientierungskraft*) del derecho penal²⁰.

18 Silva Sanchez, *Malum passionis*, 114.

19 G. Jakobs, *Norm, Person und Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 113 ss.; Id., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Recht*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2004, 26 ss., in ptc. 28 ss.; vid. ya tambien I. Puppe, *Strafrecht als Kommunikation*, in E. Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünewald zum 70. Geburtstag*, 1999, 469 ss., 476, 477 ss.

20 G. Jakobs, *Staatliche Strafe*, 30.

Señala Jakobs que una teoría estrictamente comunicativa para explicar la pena no llega a aclarar la “suciedad” (*Verschmutzung*) presente en la pena, lo horrible que son las cárceles (hoy; y las horcas en el pasado). Enonces, no se trata de justificar, sino más bien de comprender qué papel tiene el dolor en general respecto a la confirmación de expectativas normativas.

El tema ha sido muy debatido también entre los discípulos de Jakobs, y podemos considerar algunos planteamientos más radicales.

El primero, en el contexto de una teoría de la pena como medio de prevención general de la anomia o desintegración social, ve en el mal lo específico de la comunicación penal (aunque pueda pasar que sea concretamente suspendido): el mal es necesario para que la comunicación social contra determinados delitos sea posible²¹.

Además, el sufrimiento infligido al culpable expresa la gravedad social del hecho: entonces el mal tiene una cierta correspondencia en la *lesión social* producida por el delito (su gravedad).

Aunque si depende de la configuración concreta de una sociedad: en algunas sociedades puede que el dolor no tenga significado jurídico-penal comunicativamente relevante (por ej. se puede imaginar una sociedad basada en el honor: el mero reproche contenido en una sentencia podría ser suficiente para la estabilización del sistema social).

Segun la subsidiariedad, se justifica una reducción de la pena cuando otras formas de comunicación sean posibles²².

El segundo planteamiento, situado en el marco del *constructivismo epistemológico*, entiende el dolor como *símbolo comunicativo*, es decir, como parte de la dimensión comunicativa de la pena (ya que cualquier dimensión no comunicativa no contiene informaciones para un sistema comunicativo como el jurídico-penal): al igual que el delito simboliza dolor, también la pena, en cuanto constructo comunicativo, debe contener ese símbolo comunicativo para que sea comprendido como respuesta al hecho²³.

Esta idea explicaría por qué han desaparecido las penas corporales (máxima expresión del dolor penal), y existe también la sustitución de la pena de prisión por la pena de la multa o la suspensión de su ejecución: lo que cambia con la evolución de la sociedad es la comprensión social del delito²⁴.

21 B. Feijoo Sánchez, Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs', en M. Pawlik, R. Zaczek (Hrsgg.), „Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007“, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 2007, 89 ss., 93.

22 B. Feijoo Sánchez, Positive Generalprävention, 93.

23 C. Gómez-Jara, *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?*, en InDret Penal, 2/2008, 1 ss.

24 C. Gómez-Jara, *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena*, 16 s.

A esta concepción se ha reprochado que de esta manera la sociedad se estaría rebajando al nivel del delincuente; además no se explica por qué esta correspondencia entre dolor del delito y de la pena es necesaria: esta “simbología del dolor presente tanto en el delito como en la pena” se reduce al final a la retribución más automática e ingenua.

Por último, que la pena como comunicación produzca sufrimiento (la desaprobación lástima) – y que el dolor sea comunicativo (expiar la pena a través de la permanencia en la cárcel comunica algo a la sociedad, a las víctimas, etc.) – no legitima una superposición de los dos aspectos²⁵.

El modelo del *legal moralism*

Solamente una mención a una teoría que se enmarca en el ‘*legal moralism*’ anglosajón, y que representa una explicación ecléctica entre concepciones expresivistas, retribucionistas y de la *deterrence*.

Segun Anthony Duff, todo depende de la discrepancia entre “poder” y “deber”, es decir que la comunicación *puede* suceder también a través de una pena muy severa e incluso cruel, pero no *tiene* que ser así: y la razón será normalmente consecuencialista (y, por ello, de lógica instrumentalizadora), o sea una pena más severa será más disuasiva que una simple afirmación simbólica. Según Duff mucho mejor es una prevención basada en la *persuasión* (más bien en el *convencimiento*, y no en el miedo de las consecuencias) del reo a arrepentirse de sus delitos²⁶.

Explicación descriptiva versus justificación

Todas estas explicaciones pueden justificar que la pena conlleve dolor y mal: es decir, dado que resulta así, que en nuestros modelos sociales la respuesta al delito es en términos de pena, de aflicción para el reo, lo vamos a explicar de esta manera

Parece más una descripción de por qué es normal que sea así: pero el problema es si se puede considerar normal que sea así.

Con esto queremos decir que no parece que las concepciones de la que se trató sumariamente presenten una explicación de la *necesidad* del dolor: es decir, de por qué el dolor, el mal es ne-

25 Silva Sánchez, *Malum passionis*, 116.

26 R.A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, 240 ss.; Id., *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 82 ss., 106 ss.;

cesario. Y puede que a lo mejor no exista tal explicación, porque no haya ninguna necesidad. Entonces: ¿podemos pensar en un sistema en que al mal no se responda con el mal? => por ej. lo han pensado los abolicionistas (Nils Christie, Thomas Mathiesen, en Italia Massimo Pavarini y Dario Melossi).

Más allá del modelo de la reproducción analógica del mal del delito en la pena

Quizás pueda ser un punto de partida para una reflexión sobre el dolor de la pena: ¿Se podría pensar en una respuesta que *no sea reproducción analógica del mal* del delito, sino respuesta como bien: para la sociedad, las víctimas, también el reo²⁷?

Hasta ahora se ha entendido la pena en términos de reproducción analógica de la negatividad adscrita al hecho antijurídico y culpable: la respuesta del ordenamiento frente al delito se concibe no solo como una carga (no hay duda que lo es), sino más bien como una realidad que debe resultar *negativa*, en analogía al delito, para quien la sufre.

Y el modelo de respuesta de los ilícitos y, en general, de las realidades negativas se ha expresado hasta ahora, de manera casi unívoca, a través de la pena.

Es un paradigma penal de justicia fundamentado en la idea de reciprocidad: *negativo por el negativo, malum pro malo*, pena como contrapartida del delito (retorsión, venganza, aunque pública), es decir, respuesta al delito como reproducción analógica del negativo. Parece obvio que hacer el mal exigiría una retorsión del mismo contenido o de contenido análogo al mal causado, y que es por eso que se necesita una pena que causa dolor.

Pero esto no soluciona el mal, más bien añade otro mal al mal del delito.

¿Se puede hacer prevención de manera distinta de la prevención mediante retribución entendida como malum pro malo? ¿Una prevención que sepa superar la lógica de la reciprocidad negativa?

Se trata de uno de los aspectos esenciales de los que parte la reflexión sobre la restorative

27 Las reflexiones de este párrafo han sido desarrolladas en Italia por L. Eusebi, *Sistemas penales e integración social. Apuntes en el marco de una visión alternativa de la justicia*, en L. Cornacchia, P. Sánchez-Ostiz, *Multiculturalismo y derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 21 ss.25 ss.; *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Editrice La Scuola, 2014, 11 ss.; Id., *La rinuncia al paradigma retributivo come cardine di una teoria della giustizia*, in P. Patrizi (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci Editore, Roma, 2019, 75 ss.; Id., Id., *Superare la visione di una giustizia fondata sul modello della bilancia*, in *DisCrimen*, 2020, 1 ss.

justice, que considera posible que la respuesta al delito tenga un sentido no negativo, sino restaurativo: actuar frente al negativo según su opuesto, es decir el positivo.

Entonces, se tiene que concebir la justicia como lugar de arreglo y reparación de los desgarreros, de las laceraciones (entre reo y víctima, entre reo y sociedad).

‘*Qui delinquit amat poenam*’: la máxima de Bartolo da Sassoferrato²⁸ significa que la *voluntas* del delincuente está enraizada en la orden de la comunidad, y por esto muestra la más completa adhesión, la aspiración a que las reglas se cumplan a pesar de su misma trasgresión y del justo castigo que deriva de ésta.

¿Hoy esta idea representa solamente una utopía, o un cuento edificante, o en todo caso algo inviable para nuestras sociedades?

Dicho de otra manera: ¿la pena es un bien, un bien para el mismo culpable hasta al punto que él puede querer?

Es muy importante distinguir dos aspectos.

En primer lugar, la pena, entendida como respuesta penal, es algo que tiene naturaleza de *bien*: contra la tendencia moderna nihilista a dejar el problema del castigo como algo que no tiene legitimación fuera de una perspectiva instrumental –medio para alcanzar objetivos deseables, sean lo que sean, bajo una ponderación entre gastos – se tiene que reafirmar la verdadera dimensión axiológica de la pena, que es restablecimiento del derecho que ha sido negado²⁹ y restauración del bien común (en este sentido, *retribución*) y reinserción del actuar del reo en la dinámica del bien común (reconstrucción de la relación entre la parte y el todo).

Además, el delito tiene un contenido normativo suplementario de lesión, que es algo que no se reduce a la simple violación del *neminem laedere*, ni tampoco a la violación de un bien jurídico: la ‘*iniuria*’, como ofensa al bien común, de contenido *contra jus* y *non jure*³⁰. Es la

28 G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam*. Il nemico e la coscienza dell’ordine nell’età moderna, en Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. 38. I diritti dei nemici, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, 421 ss.

29 Silva Sanchez, *Malum passionis*, 218, 222.

30 Vid. S. Tomás de Aquino, *Commentarium in X libros Ethicae Nicomachaeae*, 931 (ed. A.M. Pirotta, Torino, 1934, 928, 254): “*Est autem considerandum quod voluntarium et involuntarium in commutationibus diversificat iustitiae speciem; quia in commutationibus voluntariis fit subtractio solius rei, quam oporteat recompensari secundum ae-*

iniuria la que necesita la pena: lo que no significa que tenga que ser un sufrimiento para el culpable de la misma, pero sí un compromiso para restituir el bien común lesionado. Entonces, el dolor de la pena no es algo absolutamente necesario: por el contrario, la reducción radical del sufrimiento del culpable no es incompatible con ninguna finalidad legítima de la pena³¹. Puede que se conciba como un mal accesorio a la pena. Pero cualquier justificación de la dimensión afflictiva de la pena parece más descriptiva *a posteriori* – dado que es así, se justifica con algunos argumentos que sin embargo no explican la necesidad que sea así – nunca legitima el dolor como naturaleza intrínseca del derecho penal.

qualitatem iustitiae. In commutationibus autem involuntariis fit etiam quaedam iniuria. Unde raptor non solum compellitur reddere rem quam rapuit, sed etiam ultra punitur propter iniuriam quam intulit".

31 Silva Sanchez, *Malum passionis*, 233.

A Propósito do Tempo Judicial

Notas atópicas sobre o caso “Christopher Scott”

*Pedro Jacob Morais**

O “II Congresso Internacional JusCrim” foi consagrado à pena enquanto consequência jurídica do crime, mais especificamente à sua determinação e sentido. De facto, a determinação e o sentido da pena surge como um dos temas nobres da modernidade tardia jurídico-penal. A *ratio* da punição apresenta-se como uma questão não raras vezes descurada no afã das solicitações hodiernas.

Bem sabemos que o direito se encontra numa encruzilhada contingente. Uma encruzilhada vivificada na (auto)consciência de não poder permanecer isolado em relação à criminologia e à política criminal, mas encontrando-se ainda aquém desse desiderato, na medida em que permanece a montante de se afirmar como um verdadeiro sistema global de justiça penal¹. Um sistema em que a dogmática deixe de assumir a centralidade canónica que a tem caracterizado e que, justamente com a dimensão adjectiva do direito penal, possa a perfilar-se como uma unidade sintética. Unidade esta que não se deve ficar pela normaçoão desapojada (normaçoão meramente normativista, diríamos), mas que deve buscar, a todo o momento, o apoio da criminologia, de modo a originar uma política criminal que não se assoma como mero epifenómeno ou produto derivado da política geral. Um derivado alheio à justiça material, note-se.

Se quisermos ir mais longe, o direito penal hodierno deve assumir-se como parte de um sistema mais amplo. Deve, outrossim, apresentar-se como um subsídio para a consecução de uma unidade sintética mais ampla, a que damos o nome de justiça criminal.

A pena mais humana que dá o mote ao presente Congresso apenas se afigura possível enquanto produto ou resultado de um sistema global de justiça penal. Um produto resultante do

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador do JusGov.

1 A propor e a desenvolver o conceito de “sistema global de justiça penal”, ver MÁRIO FERREIRA MONTE, Apon-tamentos de Direito Penal. I: Fundamentos, Teoria da Lei Penal, 2021 (exemplar policopiado gentilmente cedido pelo Autor), p. 55 e ss, e idem, “Da realização Integral do Direito Penal”. In Dias, Jorge de Figueiredo, [et al.], Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3, p. 752 e ss.

labor conjunto do direito penal (nas suas dimensões substantiva e adjectiva), da criminologia e da política criminal. Um resultado que se transmuta simultaneamente num instrumento funcionalmente orientado à manutenção (ou à possibilidade) da justiça criminal.

Notemos que a justiça criminal se assoma como função (e como finalidade) sistémica aparentemente pragmática, mas que não deixa de se erguer como tópico ambicioso. Afirmamo-lo como (salutarmente) ambicioso perante o desafio das sociedades pós-modernas, conaturalmente abertas, pluralistas, em rede, com diversos níveis ou camadas relacionais.

O “II Congresso JusCrim” procurou colocar-se no epicentro da justiça criminal. Nesta senda, teve lugar, no encerramento, uma pequena mesa-redonda a propósito do documentário “True Conviction” (2017). Dedicado ao tema do erro judiciário, o documentário parte do caso que envolveu o cidadão norte-americano Christopher Scott. O presente excuroso corresponde a algumas notas atópicas a propósito do caso. Trata-se de notas atópicas, uma vez que se encontram desinseridas do discurso legitimador jurídico-penal meramente normativo. Encontram-se então inseridas noutro *locus*, o *locus* da semiologia. Assim se compreende que o presente esquisso surja na simplicidade libertadora do correr da pena.

Realizado o esclarecimento prévio que se impunha, encetemos estas breves notas semiológicas a propósito do tempo da justiça. Numa breve súmula explicativa, o caso que nos ocupa remonta ao ano de 1997. No dia 7 de Abril, um casal foi assaltado em Dallas. A mulher (Celia Escobedo) foi violada e o marido (Alfonso Aguilar) foi assassinado. No dia seguinte, Escobedo identificou Christopher Scott através de uma fotografia. Christopher Scott foi julgado e a acusação repousou quase exclusivamente sobre o depoimento da vítima. O tribunal recusou-se a aceitar provas que incriminavam o verdadeiro agente. Não tendo qualquer relação com os factos de que era acusado, Scott foi condenado a prisão perpétua. Permaneceu treze anos na prisão até ser finalmente libertado em 3 de março de 2010, após a comprovação de que não havia sido o agente do crime. Foi indemnizado. Esta é a breve história da vida carcerária de Christopher Scott. Esta é a breve história de um longo erro judiciário.

O presente caso coloca em evidência o tempo como problema jurídico. Façamos então um pequeno périplo pelas diversas declinações do tempo-justiça:

- i. O tempo como álea, que coloca uma determinada pessoa no sítio errado à hora errada. Trata-se da excepcionalidade do acontecer criminal face à normalidade normativizada da segurança estatal. Um acontecer criminal que faz várias vítimas;
- ii. O tempo que (re)vitimiza ao colocar uma mulher que foi violada e viu o seu marido ser morto na véspera a reconhecer suspeitos. Mais a obrigando a reviver a sua tragédia pessoal sem qualquer mediação ou apoio;

- iii. O tempo que sevicia, *maxime* através da extensão dos interrogatórios, subitamente convertidos em actos de tortura. Quanto a esta dimensão do tempo-justiça, a linha que aparta os Estados de direito em sentido material e os Estados de direito em sentido formal (de mera legalidade) apresenta-se, por vezes, ténue. Uma linha esbatida que surge como depositária da centelha do autoritarismo ou, pelo menos, do populismo penal. Os interrogatórios desproporcionalmente extensos forjam verdades contingentes à custa da exaustão do suspeito. Dito de modo claro, à custa da instrumentalização do suspeito (entre nós, do arguido);
 - iv. O tempo que enquista a decisão judicativa. No caso de Christopher Scott, o júri deliberou em seis minutos, numa mimése da cena inicial do incontornável “12 Angry Men” (1957). Ademais, o tribunal recusou provas capazes de alterar o curso da audiência de discussão e julgamento. Provas que permitiriam imputar os factos aos verdadeiros agentes. Semelhante tempo enquistante impede a mediação normativa conatural à decisão judicativa, substituindo-a pelo imediatismo do pré-juízo;
 - v. O tempo que estigmatiza. De facto, parece existir uma relação de proporcionalidade directa entre a extensão da sanção e o seu potencial crimínogeno. Potencial vertido na estigmatização e na institucionalização do delinquente;
 - vi. O tempo que agudiza o erro judiciário, na medida em que, quanto maior for o tempo decorrido, mais nefastas serão as implicações existenciais para as diversas vítimas;
 - vii. O tempo que dessocializa ou, pelo menos, não ressocializa. Tempo dessocializador que se apresenta como um corolário, muitas vezes necessário, da estigmatização ou, melhor, da estigmatização institucionalizante do delinquente;
 - viii. O tempo que não se indemniza, visto que não é possível tornar indemne aquele que foi injustamente condenado. Trata-se ainda de um tempo que dificilmente se compensa. No caso que nos ocupa, Christopher Scott recebeu um milhão de dólares de compensação e uma prestação mensal de quatro mil e novecentos dólares.
- Aqui chegados, após analisarmos as diversas declinações do tempo-justiça, ficamos apenas com o tempo que não se recupera...

“True Conviction”

Breves reflexões sobre a ausência de sentido das penas de morte e de duração ilimitada

*Flávia Novera Loureiro**

No âmbito da mesa-redonda dedicada ao documentário “*True Conviction*” – que retrata o caso real de Christopher Scott, afro-americano condenado a pena de prisão perpétua, no Texas, por homicídio e violação, que, depois de treze anos encarcerado, foi colocado em liberdade após se ter provado não ter sido o autor do crime – realizada no II Congresso Internacional JusCrim, dedicado ao tema da pena, seu sentido e aplicação, tivemos a oportunidade de partilhar algumas reflexões sobre as penas de morte e de duração ilimitada. Naturalmente, pelo formato que o debate assumiu, mais não fizemos do que lançar (algumas) pistas para discussão, chamando sinteticamente a atenção para aqueles que, a nosso ver, são alguns dos aspetos de maior relevância nesta matéria. O que vai vertido nestas páginas breves e modestas, portanto, não é mais do que um conjunto de tópicos que julgamos deverem ser tidos em consideração¹.

Quando se discutem medidas privativas de liberdade tão «definitivas» ou «quasi-definitivas» como são a pena de morte ou a pena de prisão perpétua (ou outros modelos de prisão extremamente longa ou sem fim definido) quase sempre encontramos posições extremadas: centradas, umas, na inultrapassável horribilidade do ato praticado e no que ele diz sobre a pessoa que o levou a cabo, na necessidade de reação adequada e proporcional da sociedade perante tal ato e/ou na exigência de defesa (ainda que póstuma) da vítima; convictas, outras, de que nenhuma ação poderá justificar a aplicação de penas desse tipo, tratando-se de uma verdadeira desumanização, e de que a possibilidade de erro, a falibilidade dos sistemas de

* Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do JusGov.

1 Para o desenvolvimento de alguns destes aspetos, cf. aquilo que dissemos já em FLÁVIA NOVERA LOUREIRO, “As finalidades das penas, a criminalidade contemporânea e a alegada necessidade de ajustamento da reação criminal: o caso da prisão perpétua”, in MÁRIO FERREIRA MONTE (coord.), *Nos 150 Anos de Abolição da Pena de Morte em Portugal (Atas da Conferência Comemorativa do Dia Internacional dos Direitos Humanos)*, Braga: EDUM/DH/JUSGOV, 2018, p. 65-76.

justiça, sempre imporia, por si só, o afastamento de sanções deste jaez. Somam-se a este argumentário (assim colocado de modo dolosamente simplista e lasso) concepções e pré-conceitos que cada um transporta consigo, de raiz política, moral, religiosa ou filosófica, e que naturalmente imbuem a sua forma de ver a vida e o modo como devemos existir em sociedade. Tendo em atenção o domínio em que nos movemos – o das ciências criminais, quer na perspectiva jurídica, quer criminológica –, tentaremos deslocar este debate para a racionalidade intrínseca ao instituto das penas enquanto instrumento de um Estado de direito (democrático), apenas nessa exata medida legitimado e, por isso mesmo, necessariamente limitado, contido dentro daquelas que são as fronteiras axiológicas e operativas próprias de um modelo desenhado com base na dignidade do ser humano e na fundamentalidade intransponível dos seus direitos, liberdades e garantias.

Nesse sentido, não podemos senão afirmar que as penas de morte ou de duração ilimitada são penas inaceitáveis à luz da nossa premissa. Um Estado de direito somente utiliza o seu ordenamento jurídico-penal para fazer frente aos mais graves atentados aos seus bens e valores fundamentais e, nesse conjunto limitado de casos, apenas o faz com vista a cumprir um específico objetivo, uma finalidade que pretende atingir através da aplicação da sanção. A questão há de ser equacionada, por isso, à luz do problema dos fins das penas, núcleo em torno do qual todo o direito penal se revolve e que entrelaça inextricavelmente com o tema da função deste direito. Ora, não fazendo sentido repristinar aqui a tão conhecida discussão entre teorias absolutas (retributivas ou retribucionistas) e teorias relativas (preventivas) dos fins das penas, sempre teremos de afirmar que, segundo cremos, apenas finalidades de prevenção podem legitimamente ser assacadas às penas criminais quando nos movemos no quadro de um Estado de direito. A punição que não esteja projetada no futuro, que não pretenda cumprir fins prospetivos que potenciem a vida em comunidade, esgota-se em si mesma, assumindo um cariz retaliativo que, ainda que possa estar estribado na culpa do agente, nada traz à sociedade a que este pertence, não se justificando à luz das tarefas que o Estado deve assegurar. Em boa verdade, como costuma dizer-se, uma pena retributiva, sem objetivos de prevenção, nega a própria ideia ínsita na exigência de fim.

E ainda que possa afirmar-se que as penas de morte e/ou de prisão perpétua podem cumprir finalidades de prevenção geral (sobretudo de sentido negativo, com a intimidação da comunidade), a verdade é que essa é apenas uma consequência eventual e secundária, que só de modo artificial se pode pretender como determinante nestas penas. O seu objetivo primeiro – principal – é, inegavelmente, o de inocuidade do agente (seja através da morte, seja através do afastamento deste em relação aos seus pares).

Por esta razão, portanto, uma pena desta espécie é, em nosso entender, uma verdadeira negação do ser humano e da sua dignidade, pois que o recusa enquanto pessoa detentora de

uma intrínseca natureza que a afirma e caracteriza enquanto igual a todos os seus pares e é insuscetível de ser negada ou obliterada. Aplicar a alguém uma pena de morte ou de afastamento permanente ou indeterminado da sociedade a que pertence, do ser coletivo de que faz parte, é, nessa exata medida, recusar-lhe uma dimensão de humanidade que não está na mão do Estado ou dos demais cidadãos.

Descendo desta perspetiva onto-axiológica para uma operativa ou pragmática, razão assiste igualmente àqueles que entendem que o erro judiciário será sempre o teste último – e definitivo impedimento – à possibilidade de aplicação de penas definitivas, como as que aqui nos ocupam. Efetivamente, a irreversibilidade da pena de morte é, por si só, razão mais do que suficiente para se recusar a sua validade enquanto consequência jurídico-penal, uma vez que as decisões estão sempre sujeitas a erro e devem, tanto quanto possível, ser reversíveis. De facto, mesmo entre os ordenamentos jurídicos que valoram superlativamente a certeza e seguranças jurídicas e reconhecem especial importância ao caso julgado (como sucede no português), a justiça é o valor fundamental a perseguir e deve poder ser reposta quando se constata que houve em erro no processo ou decisão judicial. Obviamente, a pena de morte traz consigo a negação deste princípio, pois que é incorrigível e, só por isso, tem de ser recusada.

Naturalmente, tais argumentos não podem ser estendidos – ao menos na mesma intensidade – à pena de prisão perpétua, muito embora também ela se revista de um carácter de permanência (e, nessa medida, de certa irreversibilidade). Ainda assim, o erro judiciário que venha a ser detetado – como aconteceu no caso em apreço de Christopher Scott – pode ser corrigido, ainda que em medida limitada, sendo a pessoa injustamente condenada restituída à liberdade (ou, eventualmente, vendo a sua pena reavaliada e reajustada, quando seja esse o caso e tal seja permitido pelo ordenamento jurídico em causa). Restam, ainda assim, as críticas certas sobre a impossibilidade de se fazer sobre os condenados a esta espécie de pena qualquer tipo de exercício com vista à sua reintegração na comunidade e à compreensão dos seus valores, reconduzindo-nos, uma vez mais, à total desumanização daqueles que sejam sujeitos a esta medida.

Como se disse, estes pontos essenciais – de todos conhecidos e apenas esboçados nestas palavras – pretendem apenas servir de mote à reflexão e à discussão sobre as penas ditas permanentes ou indeterminadas, de que a pena de morte e a pena de prisão perpétua são paradigma, mas que hoje vemos assumirem roupagens distintas, muitas vezes gizadas com o fim de escamotear a sua verdadeira natureza. Não podem os Estados de direito sucumbir à tentação de utilizar estes meios para corresponder a uma propalada – mas não demonstrada – dilatação da franja de criminalidade, mesmo que grave, nem de, através deles, aplacar as inseguranças subjetivas que as comunidades atuais vivenciam.

