

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

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

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

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

⁽¹⁴³⁾ *Von Sinn der Strafe*, 1963, p. 85.

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

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

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

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

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

⁽¹⁴⁷⁾ *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 270.

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

natureza humana ⁽¹⁴⁹⁾ e que justamente serve de limite àquelas exigências.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁶²⁾ K. HAAG, *Rationale Strafzumessung*, Köln, 1969, p. 154.

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

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

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. especialmente p. 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Daqui parte ROXIN para dois aspectos essenciais.

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

⁽¹⁷²⁾ *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, loc. cit., p. 42.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que dizer?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4. *Breve conclusão*

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

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

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

PARTE II

A QUESTÃO NO PLANO JURÍDICO-POSITIVO

7. O art. 72.º, n.º 1 do Código Penal. Letra, história e sentido do preceito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁹⁶⁾ «Actas das Sessões», cit., p. 123.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.1. *Os problemas a resolver*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽²¹³⁾ Cfr. *supra* págs. 34 e segs., 55 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A questão é duvidosa.

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

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

⁽²²³⁾ *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, in: «Materialen zur Strafrechtsreform», I, Bd., 1954, p. 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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