

O ARGUMENTO CRIMINOLÓGICO E O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PENA NO JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE

MARIA FERNANDA PALMA

Resumo: A Autora começa por observar que a expansão do Direito Penal, com o consequente alargamento dos bens e interesses que alcançam dignidade penal, resultou em (pelo menos) interpelação do princípio da necessidade da pena. Afirma, então, um paradoxo: a necessidade oriunda dos factos, da política legislativa e, eventualmente, de um certo entendimento da realidade social, contradiz uma ideia restritiva do Direito Penal, tornando o conteúdo daquele princípio, que apela aos factos, uma mera intenção contra fáctica. Tal obriga a reconstruir o princípio da necessidade da pena, adaptando a sua lógica liberal a um sistema de valores constitucional mais complexo. Desenvolvendo esta linha de pensamento, apresenta-nos concepções de liberdade no sistema de valores constitucionais que podem ter implicações no princípio da necessidade da pena (liberal-individualista e democrática comunitarista), reflectindo sobre a articulação entre direitos liberais e direitos sociais na Constituição. Regressa, por fim, ao paradoxo inicialmente afirmado, para questionar o sentido de formular um corolário do princípio da necessidade da pena de base criminológica.

Palavras-chave: direito penal; necessidade da pena; criminologia; direito constitucional.

I FORMULAÇÃO DO PROBLEMA E SEUS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

1 — O princípio nuclear do Direito Penal, com dignidade constitucional, o princípio da necessidade da pena, tem um conteúdo preciso, objetivo e vinculativo, de modo a ser utilizado na argumentação jurídico-constitucional como, por exemplo, o princípio da legalidade, do qual decorrem diretas implicações para o legislador e para o intérprete?

A formulação comum da doutrina do Direito Penal¹ considera que ele se consubstancia em dois níveis:

¹ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, I*, 2004, p. 104 e ss.; Palma, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, 2006, pp.54 e ss. e 114 e ss..

A exigência de dignidade punitiva das condutas incriminadas (pela sua gravidade lesiva e dado o valor dos bens protegidos) e a carência de proteção penal (ausência de alternativas de política criminal). Mas esta dupla consideração corresponde a uma fórmula concisa e substancial? É uma fórmula utilizável por força da sua própria lógica? Ou estaremos antes perante uma fórmula apta a ser instrumentalizada pelo legislador e pelo intérprete?

Considerando, por exemplo, a descriminalização do consumo de estupefacientes, verificamos simultaneamente que ela pode ser justificada invocando a necessidade da pena, pelo facto de uma política de saúde direcionada para o tratamento dos consumidores ser mais adequada à prevenção dos danos sociais, e que a incriminação pode ser justificada por razões de prevenção geral, invocando-se, precisamente, a necessidade da pena.

Consequentemente, admitindo-se esta ambivalência, a necessidade da pena deixa de ser critério seguro de constitucionalidade. Por outro lado, a reforma penal, ao expandir o Direito Penal para as áreas da economia, do mercado e outros sectores da vida social, esvaziou o princípio da necessidade da pena de um sentido restritivo, em nome da proteção de novos bens, interesses e direitos.

Na verdade, as linhas de rumo da reforma penal europeia e portuguesa, em particular², podem ser enumeradas como:

- Conexão do Direito Penal com novos direitos (ex.: violência doméstica, maus tratos, crimes de género, pornografia com menores);
- Conexão do Direito Penal com o aperfeiçoamento da organização política e económica do Estado (ex.: alargamento da corrupção e criminalização de tráfico de influências, do enriquecimento injustificado e do recebimento de dádivas);
- Conexão do Direito Penal com a sociedade de risco (generalização dos crimes de perigo e do ilícito de desobediência).

Deste alargamento dos bens e interesses que alcançam dignidade penal resulta uma manifesta interpelação, senão mesmo crise, do princípio da necessidade da pena³.

A expansão do Direito Penal implicou, inevitavelmente, a relativização do princípio da necessidade da pena? Suscitou alteração funcional (passando a justificar a criminalização, em vez de deixar de se comportar como um princípio liberal) ou conduziu mesmo à crise do princípio?

² Cfr. Palma, Maria Fernanda, "Conceito material de crime e reforma penal", *Anatomia do Crime*, n.º 0, 2014.

³ Cfr. acerca da questão da sobrecriminalização, em geral, Duff, R.A, e outros "The boundaries of the criminal law", em *The Boundaries of Criminal Law*, 2011, p. 102 e ss.; Steiker, S.Carol, "Criminalization and the Criminal Process", *Prudential Mercy as a Limit on Penal Sanctions in a era of Mass incarceration*, em Duff, R.A, e outros, p. 30 e ss..

Poderá mesmo perguntar-se se a necessidade da pena se tornou uma etiqueta e um conceito oportunista, ultrapassado pelos factos, por um certo pragmatismo e, em suma, se transformou num conceito disfuncional.

2 — Esta análise tem, obviamente, um pressuposto metodológico de tipo “principlalista”, uma certa metafísica dos valores. Admite-se que os princípios são razões legais que permitem inferências conclusivas válidas e que o discurso do Direito não é puramente arbitrário — não é um discurso de autoridade entre outros, correspondendo a uma pura expressão de um positivismo de natureza política. Porém, a aceitação como pressuposto de uma validade intrínseca na argumentação jurídica deixa em aberto a questão de saber se uma tal validade se pode construir autopoieticamente, numa lógica de sistema fechado, ou se reclama um certo quadro de possibilidades do sistema social e dos próprios agentes. Neste último caso, tais possibilidades seriam condicionantes das alternativas de solução jurídica. Mas o mais importante é que, diferentemente de uma lógica autopoietica, a argumentação de validade requererá a comunicabilidade com outros sistemas de pensamento e ação que se se refiram ou qualifiquem as capacidades dos agentes e destinatários das normas.

Na verdade, a própria ideia de necessidade da pena, enquanto princípio de cariz racionalista-liberal pressupõe uma condição de eficácia na solução de um problema, uma interferência do Direito na alteração de uma situação social. A ideia de necessidade, associada à adequação e à proporcionalidade, remete o Direito Penal para esse horizonte de uma justificação a partir dos possíveis efeitos sobre a realidade social na matéria do crime. E, apesar de o princípio da necessidade da pena ser uma peça de uma argumentação normativista, de uma justificação das normas que pretende sobrepor-se à evidência dos factos no seu conteúdo, é, paradoxalmente, este princípio que remete para o valor intrínseco dos estados pré-normativos e da facticidade. É, na verdade, um princípio normativo que impõe a limitação das opções normativas por critérios de facticidade.

A superação do princípio da necessidade da pena com o seu conteúdo restritivo pela evidência da expansão do Direito Penal contemporâneo tornou-se, assim, um paradoxo. O paradoxo de que a necessidade oriunda dos factos, da política legislativa e, eventualmente, de um certo entendimento da realidade social, contradiz uma ideia restritiva do Direito Penal, tornando o conteúdo daquele princípio, que apela aos factos, uma mera intenção contra fáctica.

Qual será então hoje, afinal, o sentido do princípio da necessidade da pena, que pode assumir um valor constitucional consistente?

3 — A resposta a esta questão não deve desconhecer que há uma função de controlo crítico do poder punitivo do Estado coberta pelo princípio da necessidade da pena. Esta função é insuperável, porque é critério do Estado de direito democrático. O princípio da necessidade da pena exprime a razão de ser do poder punitivo — a proteção das liberdades essenciais e dos bens

constitutivos do Estado de direito democrático. Corresponde, no discurso jurídico corrente, a uma mera intenção valorativa justificada pelo modelo lógico-valorativo do Estado de direito.

Segundo tal modelo, o Direito Penal restringe a liberdade para salvaguardar as condições essenciais de liberdade. Mas como fazer cumprir esta função de modo adequado à realidade da reforma penal, em que a híper-criminalização é uma vivência histórica do Direito Penal⁴?

Como reconstruir o princípio da necessidade da pena, adaptando a sua lógica liberal a um sistema de valores constitucional mais complexo?

Penso que serão de considerar três aspetos:

Em primeiro lugar, será necessário densificar a fórmula do princípio da necessidade integrando-o no sistema de valores constitucionais (interpretação integrativa, como sugere DWORKIN em *Law's empire*⁵); em segundo lugar, será preciso articular a fórmula do princípio da necessidade desde logo com a conceção constitucional de liberdade, pois é de limitação e proteção de liberdade que se trata; e, finalmente, será indispensável procurar uma metodologia mais objetiva e comprovável quanto à verificação da segunda parte da fórmula: a carência de proteção penal.

Este último aspeto apela, como se verá, a considerações empíricas e de política criminal.

4 — No entanto, os elementos concetuais valorativos requerem uma acareação com um discurso mais pragmático, adequado à situação histórica, e os dados empíricos só são aproveitáveis como argumento dentro de uma construção científica sobre o crime. Tais dados, por si só, também são manipuláveis. Assim, no exemplo já referido, os dados sobre o consumo de estupefacientes tanto justificam a descriminalização como a criminalização dos comportamentos correspondentes.

Em suma, estamos perante a formulação de dois problemas que se cruzam entre si e se enunciam deste modo:

- 1.º — O princípio da necessidade da pena articula-se (e como) com as conceções de liberdade manifestadas na Constituição?
- 2.º — Os dados empíricos podem ser utilizados (e até que ponto) na argumentação jurídico-constitucional)?

⁴ Cfr. Steiker, Carol S., *text. cit.*, p. 27 e ss.; Cfr. ainda Husak, Douglas., *Overcriminalization: the limits of criminal law*, 2008.

⁵ Dworkin, Ronald., *Law's Empire*, 1986.

II DESENVOLVIMENTO: CONCEÇÕES DE LIBERDADE

4 — Começemos por relembrar as concepções de liberdade no sistema de valores constitucionais que podem ter implicações no princípio da necessidade da pena.

Na filosofia política, ISAIAH BERLIN, em *Two concepts of liberty*⁶, distingue uma concepção de liberdade puramente negativa e formal (de tradição liberal) de uma concepção de liberdade positiva, com conteúdo (de tradição democrático-comunitarista), dependente da vontade geral.

Com efeito, a tradição liberal de LOCKE concebe a liberdade como um *prius* do Estado e um *dado ontológico sem conteúdo substancial* (formal), uma *liberdade contra o poder* (liberdade negativa) e *liberdade de definir os próprios fins*.

Contemporaneamente, NOZICK⁷ e os ultraliberais concebem as liberdades formais como ilimitáveis pelos direitos sociais. Estes últimos não são mais do que uma atribuição de poderes ou de competências em função de uma lógica distributiva, mas não têm um valor absoluto perante o Estado e podem ser retirados para compensar historicamente as vantagens que atribuíram aos seus titulares. O retrocesso em matéria de direitos sociais está sempre em aberto.

Numa outra concepção, que radica em ROUSSEAU⁸, a liberdade é, do ponto de vista da Filosofia Política, o produto da vontade geral. É liberdade da comunidade contra o poder arbitrário, mas é liberdade com o conteúdo definido pela vontade geral. É liberdade de participação democrática, liberdade de participação na definição da vontade geral. Tem um conteúdo positivo.

Há ainda, no entanto, algo de meramente formal no conteúdo da vontade, porque a vontade geral substituiu o arbítrio individual. No entanto, a vontade geral é também expressão de uma racionalidade ou encontro de racionalidades.

Independentemente da distinção entre tradição liberal e democrática⁹, KANT¹⁰, embora definisse o Direito como a lei geral de liberdade que articula o livre arbítrio de cada um com o dos outros (*Metafísica dos Costumes*), também parte de uma universalidade da razão individual e, por isso, de uma antropologia racional. E HEGEL¹¹ considerava que a liberdade subjetiva adquiria objetividade no Estado (leia-se racionalidade).

⁶ Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, em Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969, <https://www.wiso.uni-hamburg.de>, acessado em 26/06/2016, às 18.27 h.

⁷ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, 1974.

⁸ Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Sociale*, II, 1, 1762.

⁹ Cfr. com muito interesse Brito, José de Sousa, “A lei penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., 1978, p.197 e ss..

¹⁰ Kant, Immanuel, *Die Metaphysic der Sitten, Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2.ª ed., 1798.

¹¹ Hegel, G.W., *Princípios da Filosofia do Direito* (trad. Orlando Vitorino), 1959.

De certo modo, no pensamento dos autores citados, a liberdade definida pelo encontro das racionalidades enquanto suma essência do interesse geral torna-se um conteúdo construído e não um dado. Adquire um conteúdo objetivo enquanto expressão do verdadeiro interesse. E há um encontro entre vontade e racionalidade, entre interesse e objetividade.

Este encontro entre liberdade e racionalidade tem, aliás, uma filiação antiga no pensamento filosófico oriundo dos estóicos que tanta importância teve na concepção do Direito natural¹². Trata-se da liberdade do ser, enquanto expressão de um *Logos* universal, em que cada um participa e que justifica a máxima *jus sum cuique tribuere*¹³, expressão de atribuição a cada um do que lhe é devido como participante no ser geral. Assim, para além da tradição da filosofia política, há uma dimensão ética de compreensão de cada pessoa no todo comunitário, político e universal, a que o conceito de liberdade apela.

5 — Quais as implicações das diferentes concepções de liberdade na necessidade da pena?

Consideremos, em paralelo, alguns exemplos, primeiro numa perspectiva liberal individualista e depois numa perspectiva democrática-comunitarista, fazendo um exercício de dedução de consequências a partir de concepções gerais

Numa perspectiva liberal-individualista, os crimes contra a honra e contra a vida privada, por exemplo, são justificados pela proteção da liberdade individual contra a interferência de terceiros. As restrições da punibilidade pela liberdade de imprensa ou pelo interesse público são minimizadas. Nos crimes contra a honra, o interesse público como razão da não punibilidade é substituído por outras liberdades e pelo interesse legítimo. Numa outra situação, a do chamado enriquecimento injustificado, a incriminação em razão da não demonstração da proveniência criminosa é uma restrição ilegítima da liberdade. E, num outro caso exemplar, dos crimes de pornografia de menores com imagens virtuais realistas (artigo 176.º do Código Penal), consagrados na sequência de decisões quadro da União europeia, é muito pertinente a consideração de uma restrição desproporcionada da liberdade individual.

Numa concepção democrática-comunitarista, por outro lado, os crimes contra a honra e a reserva da vida privada não só devem ser limitados pelo interesse geral na divulgação de factos, sobretudo pelo interesse público, como também — até no que se refere aos crimes contra a honra — pela sua própria dignidade punitiva, em face do valor para o Estado de direito democrático da liberdade de expressão de pensamento. É nessa perspectiva que pode surgir uma tendência para a descriminalização.

Por seu turno, os crimes de enriquecimento injustificado são projetados em nome da prevenção geral e da suspeita de corrupção. E os crimes de por-

¹² Cfr. Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed, 1997, p. 153 e ss..

¹³ Ulpiano, *Institutiones* I, 1, pr. "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi".

nografia com menores, associados à posse e divulgação de imagens virtuais realistas, justificam-se pela prevenção de abusos e violações. Em outros exemplos relevantes, a proliferação de crimes de perigo é justificada pela prevenção geral positiva e a própria punibilidade da tentativa impossível, decretada pelo n.º 3 do artigo 23.º do Código Penal, justificar-se-á em nome do fomento de um ambiente de segurança em torno dos bens jurídicos.

É claro que se trata apenas de fazer um exercício de análise a-histórica, procurando alcançar a coerência das premissas com as conclusões. Procura-se tão só mostrar que não há perspetivas valorativas absolutas que não estejam articuladas com outras como se não existissem diferentes esquemas ou modelos de pensamento. Com a ressalva de estarmos a pressupor modelos lógico-valorativos simplificados e não totalmente correspondentes com os discursos reais, procure-se, então, uma argumentação sobre a liberdade que sirva o discurso sobre a necessidade da pena à luz de uma interpretação viável da Constituição.

6 — Assim, começar-se-á por perguntar se serão inconciliáveis as duas conceções de liberdade referidas antes como diferenciadas? Estarão articuladas na Constituição? Teremos algo a acrescentar ao interpelar a Constituição a respeito destas duas conceções e da sua articulação?

III

SOLUÇÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

1 — É indubitável que a Constituição portuguesa consagra:

- a) Direitos e liberdades num sentido liberal (negativo), ou seja, os direitos fundamentais que vinculam diretamente a autoridade pública (artigo 17.º) e não são restringíveis senão pela estrita salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente relevantes (artigo 18.º, n.º 2);
- b) Direitos económicos, sociais e culturais que exprimem um sentido de liberdades positivas, que também são abrangidos pelo regime dos direitos fundamentais e que podem beneficiar do próprio regime dos direitos, liberdades e garantias se possuírem natureza análoga (artigo 17.º).

Mas não existe de modo explícito um modelo de relacionamento entre direitos liberais e sociais, na Constituição, sendo claro que alguns direitos económicos e sociais estão formalmente integrados no âmbito dos direitos, liberdades e garantias e beneficiam diretamente do seu regime.

Sendo certo que a Constituição é expressão de um compromisso histórico entre perspetivas de teor mais liberal e mais social ou até socializantes, não deixa de ser concebível uma certa harmonização entre elas. Na medida

em que os direitos fundamentais configurem liberdades positivas, são constitutivos da oportunidade de pleno exercício dos “direitos liberais”. É claro que a saúde, a escola ou a habitação são condições de funcionamento equitativo dos direitos liberais.

Há, assim, uma articulação, no sentido de os “direitos sociais” serem simultaneamente valores em si mesmos e condições do pleno exercício dos “direitos liberais”. Haverá, por isso, uma possível leitura liberal dos direitos sociais, no sentido de que estes valem enquanto meios de liberdade e de realização dos direitos liberais.

Por outro lado, sempre no plano de um discurso sobre valores, será concebível uma articulação entre direitos liberais e direitos sociais pela referência à igual dignidade da pessoa humana e pela utilização articulada das três proposições seguintes:

- a) As liberdades positivas garantem o pleno exercício das liberdades negativas;
- b) As liberdades positivas asseguram e promovem a igual dignidade da pessoa humana;
- c) Liberdades negativas e positivas conjugam-se na garantia e promoção da igual dignidade da pessoa humana.

Na realidade, dificilmente se pode contestar que a dignidade da pessoa humana, reconhecida logo no artigo 1.º da Constituição, seja a coluna vertebral do sistema, o que sempre imporá um certo tipo de articulação em função do seu conteúdo histórico.

2 — Que conflitos entre estes direitos e liberdades são concebíveis? Em princípio deve procurar-se a articulação e a maximização de todos os direitos e liberdades — a máxima extensão possível compatível com a mesma proteção para todos, como diria RAWLS, na sua *Teoria da Justiça*¹⁴, que é imposta pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

No entanto, o conflito possível justificará restrições que não anulem o conteúdo do essencial de cada direito em função da preservação das condições de igual oportunidade de acesso aos direitos impostos pela dignidade da pessoa humana (segundo o princípio de justiça de RAWLS, que também encontra acolhimento no n.º 3 do artigo 18.º da Constituição).

É verdade, no entanto, que se está a dar um passo para além de RAWLS, quando se acentua, de modo não estritamente liberal, o fator da igual oportunidade no acesso às liberdades fundamentais, isto é, quando se incluem, neste modelo de articulação, os próprios direitos sociais como condições de igual oportunidade. De todo o modo, a génese desse modelo articulado ou desenvolvido não está no modelo de Rawls.

¹⁴ Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1.ª ed, 1971.

3 — Em face do que foi dito, é possível retirar um primeiro conjunto de conclusões:

- a) O sistema constitucional, que articula direitos liberais e direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, sob a égide da dignidade da pessoa humana, deve dar primazia, em caso de conflito insuperável, aos direitos que asseguram a igual oportunidade de satisfação dos direitos liberais e a igual possibilidade de desenvolvimento da dignidade da pessoa humana;
- b) Existem repercussões do sistema constitucional de articulação dos direitos e liberdades na interpretação do princípio da necessidade da pena, o qual reflete um modo de articulação entre os direitos liberais e os direitos sociais.

A principal repercussão é, como já se vislumbrou, a de que a restrição de direitos liberais, como o direito à liberdade, tem de ser justificada pela salvaguarda de direitos de idêntica natureza ou pelas condições básicas para todos de acesso aos direitos liberais e ao desenvolvimento da sua dignidade pessoal.

Assim, vejamos alguns exemplos de fundamentação, em que através de certos modos de justificação se revela o papel da articulação entre direitos liberais e sociais na necessidade da pena.

- 1.º — A incriminação da devassa da vida privada e dos crimes contra a honra está condicionada não só por direitos da mesma natureza como também por interesses coletivos, sobretudo públicos, que se relacionem com condições fundamentais de igual acesso ao exercício de direitos fundamentais;
- 2.º — A incriminação da pornografia virtual com menores é justificada pelo perigo efetivo de estimular potenciais crimes sexuais contra menores;
- 3.º — No crime de lenocínio, o mero perigo de exploração das pessoas com carência social não afeta a necessidade da pena se houver dados empíricos reveladores da elevada probabilidade de a prostituição estar associada a grande carência social — é, em última análise, a proteção de direitos sociais e da dignidade da pessoa humana que está em causa.

Em todos os exemplos, interesses coletivos ou públicos, mesmo liberdades coletivas, podem delimitar negativamente as incriminações ou justificar incriminações. A necessidade da pena é vista como um critério de proteção do interesse social que condiciona a satisfação de direitos de tipo liberal.

Eis, pois, um modelo de articulação possível, sob uma lógica dedutivista, que pretende evitar contradições axiológicas. A premissa desta solução é ainda a incomensurabilidade do valor da essencial e igual dignidade da pessoa humana. É um modelo com simpatia pela perspetiva liberal e restritiva,

mas em que a proteção de bens e direitos sociais não está excluída, antes funciona na lógica do modelo liberal¹⁵.

IV

O VALOR DO ARGUMENTO CRIMINOLÓGICO NO CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS INCRIMINADORAS

1 — Como se começou por dizer, o princípio da necessidade da pena pressupõe o paradoxo de uma referência à facticidade, quando ele pretende ser uma intenção normativa contra fáctica, isto é, pretende impor uma opção normativa contra práticas expansionistas comuns do Direito Penal (tidas como necessárias ao serviço de uma certa visão de eficácia penal).

O princípio da necessidade da pena, na medida em que requer a carência de proteção, remete criticamente para dados empíricos que justifiquem novas incriminações (como o enriquecimento ilícito) ou a re-criminalização de condutas discutíveis como o aborto ou, num outro âmbito, o consumo de estupefacientes). O seu significado contra fáctico é de uma verdadeira crítica de base empírica, e não só normativa, das opções normativas do legislador.

Tem pertinência que se formule um corolário do princípio da necessidade da pena de base criminológica? A pergunta pressupõe que, de algum modo, o conteúdo do princípio valorativo da necessidade da pena possa ser determinado por factos e explicações de uma ciência de base empírica, por um tipo de análise sobre a relação entre fenómenos que é muito diversa da análise jurídica.

Embora, por exemplo, a interpretação da realidade criminal conduza a explicações em que as circunstâncias do meio social “determinam” os comportamentos criminosos e as penas revelam diminuta eficácia, deixará de se poder afirmar a necessidade da pena em crimes graves ou que causem grande alarme social?

A necessidade da pena soçobra perante a mera ineficácia na redução da criminalidade em situações como a violência doméstica, o tráfico de estupefacientes ou qualquer outro caso de baixa eficiência da pena — como, em alguns casos, o próprio terrorismo? As questões de determinação social dos comportamentos criminosos tornam infundada a solução penal?

Estas perguntas sobre uma conversão direta da explicação criminológica na solução normativa que teve o seu momento histórico extremo na escola positiva italiana, quer no biologismo lombrosiano quer no sociologismo de

¹⁵ Cfr. Husak, Douglas, *The Philosophy of Criminal Law, Selected Essays*, 2010, p. 402 e ss.; cfr. ainda Thorburn, Malcolm, “Constitutionalism and the limits of the Criminal Law”, em R.A e outros, *The Structures of Criminal Law, ob.cit.*, p. 85 e ss.. Neste último texto, o autor sustenta um modelo liberal não moralista, dizendo que não cabe ao Estado conduzir o comportamento dos cidadãos para os cânones corretos, mas antes estabelecer um quadro de significados das condutas, para o qual é necessário garantir as condições de igual liberdade.

FERRI, e que retomou o protagonismo com a popularidade das neurociências, encobrem geralmente duas deficiências: o reducionismo (seja naturalista ou sociologista) do plano normativo aos factos biológicos e sociais e a desconsideração do impacto do plano normativo sobre a realidade na matéria criminal.

Da ineficácia da pena nos crimes sexuais ou de violência doméstica ou até em muitos casos de homicídio e terrorismo não decorre a afetação da necessidade no plano normativo, enquanto este signifique adequação e validade da intervenção penal.

Inversamente, também a eficácia preventiva geral positiva da pena, na perspectiva do reforço da coesão social, não legitima sem mais qualquer intervenção penal absolutamente ineficaz e inadequada relativamente a uma certa categoria de agentes, como, por exemplo, os consumidores de drogas.

Nem as questões de eficácia justificariam, em última análise, uma alternativa global ao Direito Penal através de puras medidas de tratamento nem a referida perspectiva de eficácia justificaria um direito penal do inimigo.

No centro do Direito Penal, está uma lógica de justiça que não se reduz a uma lógica de eficácia ou de determinismo de qualquer espécie. As sociedades humanas requerem a suas soluções de justiça como meio de satisfação de exigências culturais, históricas e existenciais. No entanto, tais soluções não têm de ser matéria de pura ideologia alheia à intervenção reconstrutiva e pacificadora na sociedade. É possível pensar sobre elas com pensamento crítico e verificável, de acordo com o estado atual da discussão intra-sistemática, mas também à luz de critérios de verdade não totalmente diferenciáveis do pensamento científico de outra espécie. O recurso a linhas de validação extra-sistemáticas, a referência a mundos lógicos e científicos que incidem sobre o mesmo objeto numa outra dimensão, permitem colocar o problema de justiça numa perspectiva mais profunda, evitando-se a construção de um intra-mundo jurídico que seja completamente incompatível e não dialogante com o das outras ciências.

Tem assim cabimento não só que o Direito integre na definição da realidade que serve de referente às suas soluções de dever-ser a explicação científica não jurídica dos factos como também que ele próprio contribua para introduzir no pensamento não jurídico a sua dimensão compreensiva do objeto.

Neste sentido, a explicação da relação entre a consciência e a decisão livre dos agentes que a neurociência investiga não pode deixar de ser considerada entre as condições de validade dos critérios de responsabilidade pessoal¹⁶, em função de reais capacidades. E também a solução de conflitos ético-jurídicos, que durante séculos ocupou o pensamento ético e filosófico, não pode deixar de influenciar — senão mesmo determinar — a solução de problemas científicos e tecnológicos como o de saber se as práticas de poten-

¹⁶ Cfr. Patterson, Dennis e Pardo, Michael, *Minds, Brains and Law, The Conceptual Foundations of Law and Neurosciences*, 2013.

ciação de capacidades humanas devem ser utilizadas ou rejeitadas ou como ainda devem ser concebidas soluções tecnológicas em que exista autonomia de decisão da máquina ante a decisão humana.

2 — Em dois casos significativos e exemplares, o Tribunal Constitucional português utilizou o argumento empírico com alguma referência criminológica:

No Acórdão n.º 617/2006, de 15 de novembro, em que se pretendeu justificar a legitimidade constitucional da descriminalização tendo em consideração a inadequação da criminalização para responder ao problema do aborto e se invocou a insustentabilidade social do aborto clandestino com todos os perigos para a saúde da mulher grávida e a sua potencialidade criminógena, e no Acórdão n.º 144/2004, de 10 de março, a propósito do lenocínio (artigo 169.º do Código Penal), para sustentar a manutenção da incriminação, em que se invocaram os dados sobre a prostituição em Portugal ilustrativos da associação entre a prostituição, a necessidade social das pessoas que se prostituem e as situações de exploração lucrativa dessa necessidade.

Nesses casos, o argumento empírico sobre a realidade criminológica foi apenas de reforço da afirmação da necessidade da pena. Mas pode ser a análise criminológica a fonte exclusiva do argumento sobre a necessidade da pena?

Duas perspetivas são, então, de considerar:

- a) Como confirmação empírica de conceções valorativas sobre a necessidade da pena e a adequação da política criminal do Estado (argumento criminológico dependente ou enfraquecido);
- b) Através de uma interferência efetiva das ciências empíricas do crime na compreensão e configuração jurídica do crime (argumento criminológico em sentido restrito).

Configuremos a argumentação criminológica em sentido restrito:

- a) Considerando o *labeling approach*, ou, em geral, as abordagens da Criminologia, que se inserem na Escola de Chicago, em que o ponto de partida é a definição interacionista da realidade, o argumento criminológico poderá levar a concluir que certas configurações legais das condutas criminosas podem ser criminógenas ou que introduzem distorções no sistema abstrato e geral de valores, adequado a uma integração social de certas pessoas ou grupos de pessoas.

STUART HENRY e DRAGAN MILANOVIC ¹⁷ analisam os crimes de tráfico de estupefacientes numa perspetiva deste último tipo.

¹⁷ Cfr. Henry, Stuart e Milanovic, Dragan, "The constitution of constitutive Criminology: a post-modern approach to criminology theory", em *The Futures of Criminology*, ed. David Nelken, 1995, p.118 e ss..

A configuração de incriminações que nivelam o pequeno tráfico de pessoas exploradas com o grande tráfico enfraquece a coerência ética da perseguição penal, em que a censura da exploração e aproveitamento de outros seres humanos em situação de debilidade social ou psicológica deixa de ser central, dando lugar ao desígnio coletivo de coesão social e da defesa contra um perigo para as estruturas sociais.

A argumentação criminológica pode interpelar o sistema penal, na medida em que permite avaliar a construção da realidade em que se baseia o sistema penal e clarificar as opções normativas inerentes. Nesse sentido, tal argumentação suscita a questão prévia do conhecimento crítico da explicação do crime com que o sistema penal elabora os seus critérios. O recurso a um argumento que designei como criminológico confronta diferentes tipos de explicação e compreensão do crime¹⁸.

- b) Um outro exemplo pode ser retirado do Acórdão n.º 295/2003, de 12 de junho, do Tribunal Constitucional.

O Decreto-Lei n.º 15/93, de 23 de janeiro (artigo 40.º, n.º 2), incrimina a detenção de droga para além das dez doses diárias destinadas ao consumo como um crime de perigo de tráfico (crime de perigo abstrato). O Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional esta presunção inilidível de tráfico. A relativização do princípio da culpa neste tipo de casos revela uma seleção de criminalidade numa perspetiva de desintegração de determinados agentes débeis sócio-psicologicamente e não na perspetiva da identificação do nó górdio do problema, a exploração do outro, que conduziria a uma coerência valorativa com o conceito constitucional de liberdade e de necessidade da pena. A visão do *labeling approach* também aí desconstruiria o edifício puramente normativo, mostrando a opção subjacente à sua aparente coerência sistemática.

V CONCLUSÃO GERAL

1 — Se levarmos a sério o argumento batizado, nestas páginas, de criminológico, estabelecendo a relação entre a informação sobre o crime e os fundamentos de legitimidade do Direito Penal, teremos dado um passo para a densificação da fórmula do princípio da necessidade da pena e para um novo recurso de argumentação a partir de análises científicas menos subjetivistas da teoria da sociedade e das teorias criminológicas.

¹⁸ Cfr. Blackburn, Ronald, *The Psychology of Crime*, 2001.

2 — A argumentação criminológica inserida no discurso jurídico consistiria na procura dos modos de realização empírica ilustradores dos valores penais, na procura da explicação criminológica da realidade que o Direito utiliza como referência e na adequação entre o plano lógico-valorativo e os processos de geração ou definição social do crime.