

ALGUMAS NOTAS PARA UM CONCEITO OPERATIVO DE «PENA»

ANDRÉ LAMAS LEITE

Resumo: o autor aborda os aspectos que caracterizam toda a pena criminal, desde o sofrimento que nela vai implicado, consubstanciado na limitação de direitos fundamentais, passando pelo seu carácter hetero-imposto pela sociedade politicamente organizada (Estado), com vinculação procedimental e material à Lei e como reacção e/ou compensação a comportamento violador de bens jurídico-penais. Seguidamente reflecte sobre os desafios que as neurociências colocam ao Direito Penal, concluindo que muito embora os ensinamentos respectivos devam ser levados em conta por tal ramo do Direito não poderão implicar a descaracterização desta disciplina, e mesmo do conceito de crime, como ciência e realidade, respectivamente, culturais-normativas. Segue a consideração dos princípios ou valores de estalão constitucional que enformam a aplicação da pena, como dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a intransmissibilidade e a humanidade. Por fim, esboça as influentes posições de Roxin e de Jakobs sobre a pena, aproximando-se da primeira, que a funcionaliza à protecção de bens jurídicos e afastando-se criticamente da segunda, que a funcionaliza à (mera) protecção de normas.

Palavras-chave: pena criminal; caracterização; neurociências, direito penal e pena; modelos de política criminal; protecção de bens jurídicos.

I. OBJECTO

Consabido que a noção de «pena» tem sido analisada sob um sem número de perspectivas, o objectivo deste artigo é somente o de nos posicionarmos quanto a um seu conceito «operativo»¹, sublinhando os traços que

¹ Para um estudo etimológico da palavra, em variadas línguas, cf. CLAUDE-JOSEPH TISSOT, *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción filosófica e histórica al estudio de derecho penal*, t. I, Madrid: F. Góngora y Compañía, 1880, pp. 183-186. Também para este efeito e para um bosquejo histórico ainda hoje de relevo, cf. MARIO A. CATTANEO, voce «Pena (filosofia)», in: AA. VV., *EdD*, vol. XXXII, Milano: Giuffrè, 1982, pp. 701-711, BERNARDO SANTALUCIA, voce «Pena criminale (dir. rom.)», *loc. cit.*, pp. 734-739 e PIETRO NUVOLONE, voce «Pena criminale (dir. interm.)», *loc. cit.*, pp. 752-817. Entre nós, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, «Pena criminal», in: *Polis — Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 4, Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, pp. 519-525, logo assinalando que a pena encerra sempre um modo de comunicação entre o indivíduo e a sociedade (*ibidem*, p. 521), aliás em linha com as modernas concepções do *agir comunicacional* e, em geral, das *teorias da linguagem*.

temos por mais decisivos e tomando posição quanto a alguns «cantos de sereia» que vão campeando na política criminal e na dogmática. Fazemo-lo sem o aparato filosófico-sociológico que importaria uma monografia a se sobre a matéria (embora nos refiramos a estes temas em notas de rodapé), o que foge ao modesto fim a que nos propusemos, mas com uma breve referência ao influxo que as neurociências têm aportado ao tema. Por fim, julgamos que um melhor entendimento do que defendemos implica um diálogo dos resultados a que chegámos com as concepções que, neste domínio, vêm sendo defendidas por dois dos maiores expoentes do Direito Penal no nosso espaço civilizacional — ROXIN e JAKOBS. Altura, também, para nos posicionarmos quanto ao modo como estes autores encaram a pena e a(s) sua(s) finalidade(s), deixando a descoberto perplexidades que (ainda) nos suscita o pensamento jakobsiano.

II. CONTRIBUTO PARA UM CONCEITO OPERATIVO DE «PENA»

1. É um truísmo verificar que a pena tem permanecido, e continuará a permanecer, como uma realidade impossível de uma apreensão totalmente unânime pela doutrina e pela jurisprudência. Não foi até hoje — e cremos que nunca será — encontrada uma formulação suficientemente completa e consensual, o que bem se compreende pela natureza e cariz multiforme da pena. São variadíssimas as concepções que lhe servem de base em termos das finalidades que devem desempenhar, distintas as teorias filosóficas em que repousam, os sistemas económicos, políticos, sociais e culturais que têm servido (e que delas se têm servido). Mesmo assim, porventura pela sua realidade muito mais concreta, no sentido da apreensão pelos sentidos, há um amplo conjunto de aspectos em relação aos quais, julgamos, existe largo consenso e que, por isso, constituem a matriz do conceito de pena, como ela é entendida hodiernamente nas sociedades de «tipo ocidental», o que a torna numa categoria operatória, muito mais do que o conceito de crime.

Donde: *a)* a pena importa sempre um sofrimento do condenado, uma limitação de direitos fundamentais. Aqueles que concretamente podem ser restringidos têm origens diversas, desde a vida, à liberdade, à propriedade, passando pelo corpo (a saúde física e psíquica, talvez melhor) ou a honra. Pode ainda consistir na afectação da situação de tranquilidade; *b)* essa aplicação faz-se através de uma organização que personifica o exercício de poder comum de uma dada sociedade, sob a forma de Estado (no seu sentido moderno). De outra forma, a pena é sempre *hetero-imposta*, patrocinando-se ou não as teorias contratualistas. Ainda que exista uma maior participação dos indivíduos directamente envolvidos no conflito penal, como sucede em geral na justiça restaurativa, acaba por existir sempre uma intervenção estatal, pelo menos na determinação dos crimes passíveis de solução através desses mecanismos de resolução alternativa de litígios; *c)* toda a finalidade da pena reside no cumprimento de preceitos criminais que foram

violados, ou seja, a sanção existe porque aquele agente incumpriu um comando expressamente prevenido em legislação penal anterior como crime, o que acaba por afivelar, logo a um nível definitório, o princípio de legalidade à *natura res* da pena. Trata-se de uma reacção comunitária a um evento tido por negativo, desfavorável à sociedade considerada no seu conjunto; d) o cumprimento efectivo da pena importa, quando a natureza concreta de cada uma dessas sanções o implique ou nas hipóteses de ausência de concurso do criminoso na respectiva execução voluntária, o uso da força pública. Aqui se vê o carácter impositivo da pena; e) entendemos que existe sempre uma *intencionalidade protectora da sociedade* face ao evento criminoso, *i. e.*, a pena é um mecanismo de auto-protecção social, de manutenção do *status quo*, de asseguramento de que a situação social, política, económica e cultural daquele Estado se vai conservar. Neste sentido, a pena é uma reafirmação desses interesses sociais (que, para alguns, como nós, podem mesmo designar-se por «valores»).

Este ponto, embora necessariamente ligado, não significa que estejamos a defender que toda a pena criminal tenha por desiderato a prevenção geral, mas sim que ela visa garantir a sobrevivência daquele específico tecido social. Trata-se de coisas distintas. Uma é dizer-se que a pena é um meio para atingir a manutenção da estrutura social como se conhece e como a generalidade da população deseja que assim continue; outra é referir a pena a uma estratégia de intimidação ou de «reafirmação contrafáctica da norma». É certo, todavia, que o primeiro desiderato não vive sem o segundo. De nada adianta a uma comunidade desejar fortemente que o *status quo ante* permaneça na situação em que se encontrava (dentro do possível) antes do evento do crime, se não dispuser de mecanismos efectivos de o concretizar. E esses mecanismos passam por uma actuação sobre a generalidade dos membros, para os afastar de repetirem aquele comportamento, mas também por uma actuação sobre o concreto delincente, ao menos com o mesmo fim. Aquilo que estamos a sublinhar é que a natureza desse mecanismo protector é a própria vontade de manter o *Zustand*. Esse é o ponto central da intervenção do Estado em tudo aquilo que contende com a pena. Os específicos instrumentos são apenas isso (e não é pouco, claro está): *meios para fins*.

Isto dito, chegamos a uma primeira noção de «pena», meramente formal: a *Rechtsfolge* que se associa a um *Tatbestand* criminal²; a consequência jurídica adveniente do preenchimento de um tipo legal de crime, como tal previsto no Código Penal (CP) ou em legislação extravagante. Com o que esse conceito de «pena» se aproxima de um *ius poenale*, também ele em sentido puramente formal e que pouco ou nada adianta, a não ser uma primeira adscrição ao escrupuloso cumprimento do *princípio da legalidade*. Princípio este que tem vindo a ganhar, em recente jurisprudência do Tribunal

² Encontrada em todos os *Manuais*. A título de mero exemplo, cf. RUDOLF VON IHERING, *El fin en el Derecho*, Madrid: B. Rodríguez Serra, Editor, 1911, pp. 297-298.

Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), uma renovada ampliação quanto às penas, normalmente não abordadas nos arestos daquele Tribunal³. Legalidade esta que vem sendo sucessivamente entendida como um dever positivo dos Estados-Parte na criação de condições positivas para o respeito integral pelos direitos dos detidos ou reclusos, tal como positivados na lei nacional ou em fontes de Direito Internacional. Na verdade, o TEDH tem dito que, encontrando-se o indivíduo numa posição de inferioridade face ao Estado, cabe a este último contrabalançar essa desigualdade por via de acções positivas, com o que o Tribunal se não limita a uma garantia de abstenções, mas a uma exigência de acções concretas e definidas⁴. Igualmente se tem pro-

³ É o caso de *Del Río Prada c. Espanha*, de 10/7/2012, Queixa n.º 42750/09, comentado em JON-MIRENA LANDA GOROSTIZA, «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2012). Como bem se aponta neste comentário, tem-se assistido a uma evolução da jurisprudência *Engel-Welch* no sentido de um alargamento dos poderes do Tribunal a todas as reacções criminais que comportem um conteúdo afinitivo, com o que tal significa de maiores garantias para os cidadãos e o reconhecimento de que a pena importa sempre um *quantum* de dor, de desprazer. Alargamento esse que vai ao ponto de, muito recentemente, ter implicado a condenação da Polónia ao pagamento de uma indemnização a dois cidadãos estrangeiros detidos em prisões geridas pela CIA em solo polaco, o que era do conhecimento e fora autorizado pelo Governo local. Note-se que o TEDH, mesmo admitindo que não tivesse existido qualquer intervenção de agentes polacos nos actos de tortura infligidos aos requerentes, concluiu que o mesmo não poderia ter ignorado que, a partir do momento em que admitiu a presença dessas prisões e sendo do conhecimento geral que a CIA utiliza métodos cruéis e degradantes, tais actos ocorressem em seu território. Donde, concluiu aquele Tribunal, a Polónia não cumpriu com a *obrigação positiva* de garantir a segurança e a integridade físicas a todos quantos se encontram em seu território, sabido como é que o TEDH, para este efeito, não distingue nacionais de estrangeiros — cf. ac. *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polónia*, de 16/2/2015, §§ 494, ss., acedido em <http://hudoc.echr.coe.int/>, a 7/8/2015 (excepto indicação expressa em contrário, todos os arestos daquele Tribunal foram consultados naquele sítio e naquela data). Para uma análise da importância do TEDH no incremento do regime de protecção dos direitos humanos, é de muito interesse o artigo que tivemos a honra de traduzir de FRANÇOISE TULKENS/MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Os direitos do Homem: boa ou má consciência do Direito Penal?», in: CÂNDIDO DA AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto: U.Porto Editorial, 2012, pp. 647-671.

⁴ Como se disse, existe uma ampla e consolidada orientação jurisprudencial a este respeito. Entre tantos, vejamos os recentes casos *Bataliny c. Rússia*, de 23/7/2015, Proc. n.º 10060/07, e *Patranin c. Rússia*, da mesma data, Proc. n.º 12983/14, bem como os casos *Denis Vasilyev c. Rússia*, de 17/12/2009, Proc. n.º 32704/04, *Bursuc c. Roménia*, de 12/10/2004, Proc. n.º 42066/98, *M.S. c. Croácia (n.º 2)*, de 19/2/2015, Proc. n.º 75450/12, *Bureš c. República Checa*, de 18/10/2012, Proc. n.º 37679/08, *caso Kudła c. Polónia*, de 26/10/2000, Proc. n.º 30210/96. No específico domínio da garantia de condições em estabelecimentos destinados a inimputáveis, entre uma plêiade de acórdãos, cf. o caso *Storck c. Alemanha*, de 16/9/2005, Proc. n.º 61603/00, agora já ao nível do art. 5.º, n.º 1, da CEDH. Também relevante é o caso *Enhorn c. Suécia*, de 25/1/2005, Proc. n.º 56529/00, em que o Tribunal considerou ter havido violação desse artigo na medida em que o Estado sueco, de modo a evitar o contágio por VIH, privou de liberdade, por cerca de um ano e meio, em estabelecimento para inimputáveis, em instalações para doenças infecto-contagiosas, um indivíduo homossexual, sem que se tivesse estabelecido um nexo de imputação que ele havia infectado um jovem de 19 anos com dolo ou negligência grosseira, como exigia a legislação doméstica. Mais ainda, o TEDH considerou ter havido violação do princípio da proporcionalidade, visto existirem meios menos invasivos para o desiderato que se pretendia. Quanto ao nosso país, as condenações naquele Tribunal têm sido, sobretudo, por vulneração do art. 5.º, n.º 4, da CEDH, i. é, o desrespeito pela decisão «em tempo razoável». Vejamos, a propósito, os casos *Magalhães Pereira c.*

nunciado o TEDH sobre a necessidade de qualquer investigação policial ou judicial se realizar de modo «aprofundado e efectivo», sob pena de violação do art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — CEDH⁵.

O mesmo se diga quanto à admissão, por aquele Tribunal, do *princípio da culpa*, entendido, ao menos, como nexos de ligação psicológica entre o facto e o agente, o que, para sistemas como o alemão e o português em que a matéria tem sido finamente tratada, pode parecer pouco e soar a uma concepção típica do sistema clássico, mas que, entendido no conjunto das tradições a que o TEDH deve respeito, é já um avanço importante⁶.

Mais ainda, detecta-se uma corrente jurisprudencial deste Tribunal no sentido de um controlo mais apertado do cumprimento pela pena de prisão das exigências dos artigos 2.º, 3.º e 6.º da CEDH (direito à vida, proibição da tortura e direito a um processo equitativo, respectivamente), examinando-se a sobrelotação prisional, as condições de detenção e cumprimento de pena, assim como as sanções em meio aberto⁷. Especificamente quanto ao art. 3.º da CEDH, tem sido algumas vezes o Tribunal chamado a pronunciar-se a propósito da proibição de extradição de cidadãos não-europeus para Estados requisitantes onde se prevêem penas cruéis, degradantes e/ou desumanas, acabando por reconhecer essa impossibilidade de *dedere*, sob pena de implosão dos vértices ordenadores não somente do ordenamento jurídico

Portugal, de 26/2/2002, Queixa n.º 44872/98, e *Magalhães Pereira c. Portugal* (n.º 2), de 20/3/2006, Queixa n.º 15996/02, em que estava em causa o atraso processual na revisão periódica da medida de internamento em estabelecimento psiquiátrico, bem como a fundamentação decisória em perícias médico-legais separadas no tempo do momento da apreciação judicativa tidas por excessivas.

⁵ Assim, entre outros, veja-se o caso *Martínez Sala et al. c. Espanha*, de 2/2/2005, Proc. n.º 58438/00.

⁶ Veja-se VITTORIO MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma: Dike Giuridica Editrice, 2012, pp. 140-143. Do mesmo autor, referindo-se expressamente ao ac. *Sud Fondi SRL et al. c. Itália*, de 20/1/2009, Queixa n.º 75909/01, onde pela primeira vez o TEDH terá reconhecido o princípio em texto, retirado do art. 7.º da CEDH, «As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem», in: FABIO ROBERTO D'AVILA (org.), *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011, pp. 98-99.

⁷ PIERRETTE PONCELA/ROBERT ROTH, «Quelles sanctions pour quelle Europe?», in: *Archives de Politique Criminelle*, 27 (2005), pp. 122-123. A sobrelotação prisional tem sido considerada, de modo reiterado, pelo TEDH, como uma violação do art. 3.º da Convenção. *Inter alia*, veja-se o recente caso *Neshkov et al. c. Bulgária* de 27/1/2015, Procs. n.ºs 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, na senda de outros arestos proferidos, p. ex., nos casos *Ananyev et al. c. Rússia*, de 10/1/2012, Procs. n.ºs 42525/07 e 60800/08, *Torreggiani et al. c. Itália*, de 8/1/2013, Procs. n.ºs 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Sławomir Musiał c. Polónia*, de 20/1/2009, Proc. n.º 28300/06, *Mayzit c. Rússia*, de 6/7/2005, Proc. n.º 63378/00, *McGlinchey et al. c. Reino Unido*, de 29/7/2003, Proc. n.º 50390/99. Do mesmo modo, o direito inalienável à saúde dos reclusos é tratado em múltiplos arestos que podem ser consultados por súmula em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/docs/FICHES_Droits_des_prisonniers__la_sant_FR.pdf (acedido em 8/9/2016).

do Estado requisitado, mas também de uma específica ordenação juspenal que o Tribunal vai já entendendo existir ao abrigo da Convenção⁸.

Há mesmo uma proposta no sentido de se adoptar um art. 5.º-*bis* na CEDH, o qual passaria a ser um repositório de todas as garantias aplicáveis às penas substitutivas, de modo a evitar que as mesmas pudessem ser desproporcionadas e conflituassem com direitos consagrados no mesmo documento legislativo, como sejam as liberdades de expressão, religião e de reunião ou associação⁹. cremos, todavia, não ser necessário proceder de tal modo, porquanto se não discute que as regras actualmente vigentes se aplicam a qualquer tipo de pena — principal, acessória, de substituição — e essas garantias já se acham suficientemente acauteladas pelos artigos 3.º e 6.º

2. Julgamos acertada a asserção segundo a qual a pena, como aliás qualquer instituto jurídico, deve ser sempre espaço-temporalmente integrada, pelo que a dimensão histórica da sanção criminal assume um papel de relevo no concerto das várias perspectivas sobre ela¹⁰. Não se estranhará, por outro lado, visto que a pena é também um *instrumento do poder estatal*, que a mesma se ache vinculada a uma dada concepção político-ideológica¹¹ e que

⁸ Veja-se a referência a específicos arestos que suportam o que vai dito em texto em VITTORIO MANES, «As garantias fundamentais em matéria penal...», pp. 106-109.

⁹ PIERRETTE PONCELA/ROBERT ROTH, «Quelles sanctions...», pp. 123-124.

¹⁰ De modo claro, PHILIPPE ROBERT, «Les transformations de la pénalité», in: *Criminologie*, 40, 2 (2007), p. 58, referindo-se ainda à importância da obra de RUSCHE/KIRCHHEIMER que associam o desenvolvimento da pena à evolução das relações de trabalho.

¹¹ Que julgamos detectar em várias definições propostas, entre elas as de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2.ª reimp., Buenos Aires: EDIAR, 1998, p. 209, para quem a pena é «toda a sanção jurídica ou inflicção de dor a título de decisão de autoridade que não encaixe nos modelos abstractos de solução de conflitos dos outros ramos de Direito». De ideologia e até de mundividência, a montante. É ela, aliás, que nos permite concluir pela absoluta abstracção em que se traduz a divisão entre «criminosos» e «não criminosos», hipótese de partida para o nosso estudo que deve ser arredada, como bem salienta MICHAEL BAURMANN, «Strafe im Rechtsstaat», in: MICHAEL BAURMANN/HARTMUT KLIEMT (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg-München: Verlag Karl Alber, 1990, p. 115, partindo de uma concepção de ser humano como racional e autónomo, apto a tomar decisões que satisfaçam os seus interesses, não somente no curto, mas também no longo prazo. Esse «tipo ideal», pela sua própria natureza, desejaria um Direito Penal conforme aos ditames do Estado de Direito, não apenas para quem cumprisse a lei, mas também para quem a violasse, de tal modo que «a imagem de pessoa no Estado de Direito é a de um indivíduo racional («[d]as Menschenbild des Rechtsstaats ist das des rationalen Individuums.») — cf. *ibidem*, pp. 116-117. Mais ainda, como prova HEINZ ZIPF, *Politica criminale*, pp. 76-79 da análise de vários pronunciamentos do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) e do *BVerfG*, a imagem de ser humano adoptada por aquelas instâncias começa por ser uma de jaez mais individualista, de responsabilidade ética, mas também de um ser espiritual que busca a liberdade e que se acha imerso em uma realidade social, interagindo com os seus pares, «chamado a realizar a própria individualidade em um amplo contexto social, um Homem que, um sistema social, deve desenvolver a própria vida com responsabilidade em relação ao próximo.» (*ibidem*, p. 79). Daqui um afastamento das teorias absolutas e uma defesa da concepção segundo a qual — o que é típico nas sociedades actuais — apenas um Direito Penal orientado para a protecção de uma esfera pessoal e autónoma pode levar os cidadãos a abdicar de uma parte da sua liberdade. Ainda que aceitando que qualquer indivíduo racional experimenta emoções

se possa afirmar, com a cada vez mais difícil linearidade em tais matérias, contudo, que, *tendencialmente*, um Estado de Direito liberal não é tão receptivo, p. ex., às penas de substituição quando comparado com um Estado Social¹². Neste último, como se sabe, o crime é também encarado como um falhanço da própria comunidade que não soube (ou não quis) criar as condições para a inexistência de actividade delituosa por parte daquele indivíduo. Donde, os laços de solidariedade para com o criminoso são aqui mais fortes, bem como a convicção do maior relevo representado pelos factores criminógenos de origem societária. Assim, é mais comum em Estados deste recorte que se reserve para a criminalidade mais grave a prisão efectiva e que os delitos dotados de menor potencial ofensivo sejam resolvidos através de penas de substituição, sendo ainda certo que estes últimos, nos países ocidentais, correspondem à maior percentagem da criminalidade conhecida¹³. A situação hodierna é caracterizada por um *misto de Estado liberal-social*, em que o regime penal assume feições específicas e em que a instabilidade quanto à definição destas últimas é, por rectas contas, apenas uma consequência da instabilidade do actual momento do próprio Estado¹⁴.

Em uma dada perspectiva, podem encarar-se as sanções de substituição como parte da «boa reputação do Direito Penal»¹⁵, no sentido em que elas reforçam a protecção conferida às normas criminais que, por seu turno, protegem dados bens jurídicos, fazendo-o com o mínimo sacrifício para o condenado, ainda compatível com as exigências do sancionamento.

de raiva e desejo de vingança quando sofre a prática de um crime, BAURMANN salienta que os mesmos são mais habituais no curto prazo e que, como regra, não se prolongam no futuro, em especial quando se compreendem as motivações do respectivo autor e, quando esses sentimentos se mantêm, ficam normalmente na esfera privada (*ibidem*, pp. 128-130). Uma aposta em objectivos especiais-preventivos na execução da pena corresponde também aos interesses da comunidade no seu conjunto e, em particular, do indivíduo racional prototípico de que parte o autor (claramente, *ibidem*, p. 153). Em sentido próximo de BAURMANN, SEBASTIAN SCHEERER, «Die soziale Aufgabe des Strafrechts», in: HELGE PETERS (Hrsg.), *Muß Strafe sein? Zur Analyse und Kritik strafrechtlicher Praxis*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993, pp. 79-90.

¹² Sublinha-o, desde logo, HEINZ ZIPF, *Política criminal*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 57-61, salientando a alteração que advém do pós-II Guerra na Alemanha e advogando um equilíbrio entre uma função mais liberal de tutela e uma outra de feição eminentemente social. No tocante ao que vem sendo designada por «função propulsora ou promotora do Direito Penal», veja-se, *inter alia*, o nosso *As «posições de garantia» na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 115, ss.

¹³ Embora, como bem alerta PHILIPPE ROBERT, «Les transformations de la pénalité», pp. 62-63, se assista hodiernamente (desde meados de 1980) a uma crónica falta de meios materiais e humanos ao serviço das penas substitutivas, muito embora tenha crescido, do mesmo modo, a necessidade de diminuir os custos com a prisão. Aquando da criação do então IRS — Instituto de Reinserção Social, em 1982, peça central na execução político-criminal do actual CP, vários foram os autores que chamaram a atenção para este facto, bem como para a imperiosidade de encarar a ressocialização ligada aos seus condicionantes sociológicos — cf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «A ressocialização e o processo penal», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente. Reinserção social?*, Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 105.

¹⁴ PHILIPPE ROBERT, «Les transformations de la pénalité», pp. 64-65.

¹⁵ A distinção entre boa e má reputação do Direito Criminal é usada por CARLOS PEREDA, «The bad reputation of punishment», in: *BuffCLR*, 5 (2002), pp. 405-425.

A pena é, adensando mais a análise e densificando-a, uma resposta do Estado a uma infracção, a um desrespeito de uma ordem solene que esse mesmo Estado, enquanto *potestas*, dirige a toda a comunidade sobre a qual exerce o seu *ius imperium*. Nos tipos legais de crime vai contida uma ou mais proibições ou um dever de *facere*. O seu incumprimento representa, para o legislador, que a sua autoridade foi posta em causa, o que reclama uma intervenção.

A sua razão de ser, o respectivo modo, a intensidade da resposta, tudo isso são já questões do domínio da política criminal e que se encontram ainda na intersecção desta ciência da *gesamtes Strafrechtswissenschaft* com a dogmática, através da problemática do fim ou dos fins das reacções penais. É neste terreno de múltiplas interpenetrações nem sempre harmónicas que se há-de encontrar a *ratio* da pena. Sabemo-lo todos que *o quê, quando, como e porque* punir são coordenadas político-criminais absolutamente dependentes de um tempo e de um lugar precisos, que reflectem e se reflectem, motivo pelo qual, para o intuito do presente artigo, não nos importa um estudo sobre a evolução histórica das penas, mas somente um afloramento da forma como elas são, na actualidade, encaradas pela ciência do Direito Penal.

Nesse esforço, reforce-se o já enunciado: a pena é sempre *sofrimento, dor, limitação ou restrição de direitos fundamentais* dos condenados¹⁶, mesmo

¹⁶ Como bem lembra WOLFGANG FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 3 (2014), bastará recordar a noção de pena em HUGO GRÓCIO como *malum passionis*, como *malum actionis*. AXEL MONTENBRUCK, *Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht*, 2. Auflage, Berlin: Freien Universität Berlin, 2010, Rn. 436, p. 113, referindo-se também a um paralelo entre o Direito laico e o canónico. LUDWIG WITTINGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, London: Kegan Paul, Tench, Trubner & Co., Ltd., 1922, 6.422, p. 88 fala da pena como algo de «inaceitável», por oposição à recompensa, tida como «aceitável». Independentemente de nos acolhermos a filósofos tão distintos como HOBBS, ESPINOSA, FICHTE ou HEGEL, existe sempre a ideia de desprazer expressa em texto no conteúdo da pena — cf. FAUSTO COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino: Fratelli Bocca, Editori, 1928, pp. 72-73, 76-77, 136 e 144-145. O que vai dito em texto é ainda importante para uma certa «desmistificação» da ideia de pena a que PAUL RICOEUR, «Interprétation du mythe de la peine», in: ENRICO CASTELLI (org.), *Le mythe de la peine*, Roma: Aubier, Éditions Montaigne, 1967, pp. 23-42 se referia, ao apontar a pena como «um momento da conduta de anulação» (*ibidem*, p. 25) e de «juridificação do sagrado» (*ibidem*, p. 27). Em perspectiva estritamente filosófica, afirma-o sem reboços, referindo-se à pena como um «mal» (*Übel*) que, por sê-lo, exige uma justificação capaz, ao menos no que contende com as sanções estatais (únicas de que tratamos; o autor distingue-as em estatais, sociais e religiosas), NORBERT HOERSTER, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, München: Beck, 2012, pp. 11, 13, 14 e 22. Na mesma linha, DIETER DÖLLING *et al.*, «Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts — Befunde einer Metaanalyse», in: *SozP*, 17, 2 (2006), p. 193 e JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 13. De jeito claro, igualmente, SCHMIDT/ABMANN, «Art 103 Abs 2 GG», in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck: München, 1992, p. 27. É também evidente que para as posições jusfilosóficas e juscriminais que mantêm da pena o sentido de um «remédio», de um «tratamento», de uma «regeneração moral», a sanção seria um «bem», diríamos mesmo, um «supremo bem». Assim, os ditos correcionalistas do séc. XIX viam na pena uma oportunidade de reforma do condenado. Entre nós, LEVY MARIA JORDÃO, «O fundamento do direito de punir», in: *BFD*, LI (1975), pp. 312-313, mas associando

esse bem à reparação do mal causado à sociedade, o que o leva a concluir, a final, que o fundamento da punição criminal «é a natureza e fim racional do Estado» e o seu fim «o restabelecimento do estado-de-direito perturbado pelo crime». Expressamente encarando a pena como um «remédio» para uma «enfermidade» e que, por isso, deveria ser «reparadora», SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal português*, vol. II, Lisboa: Typographia Universal, 1856, pp. 6-9. Saliencia-o, em Itália, entre muitos, SERENA MARESCA/LUCIA NACCARONE, *Compendio di Diritto Penal (Parte Generale e Speciale)*, 3.^a ed., Romagna: Maggioli Ed., 2011, p. 229 e, na França, por todos, JEAN PRADEL, *Droit Pénal général*, 18^e éd., Paris: Éditions Cujas, 2010, pp. 453-457. Também CLAUDE-JOSEPH TISSOT, *El derecho penal...*, t. I, p. 186 ou ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, t. I, Buenos Aires: EDIAR, 1998, p. 80. Do mesmo passo, para muitos dos positivistas, na medida em que a sanção seria administrada no seio de um «Direito Penal médico», também se compreende a concepção da mesma como um «bem». Em uma concepção típica da Criminologia Crítica, vide ALESSANDRO BARATTA, «Principios del Derecho Penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», in: ALESSANDRO BARATTA, *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 300-301, aludindo à pena como «violência institucional», exercida por grupos minoritários que detêm o poder.

No sentido do texto, entre tantos, e desde logo, ERNST VON BELING, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 21, lembrando o brocardo *punitur postquam peccatum est*. Também VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal alemán*, t. I, Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, pp. 400-401, HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1956, pp. 233-234. No mesmo sentido, ADOLF MERKEL, *Derecho Penal*, t. I, Madrid: La España Moderna, s/d, pp. 251-252, salientando que essa é uma *propriedade* da pena, mas não o seu fim último. Autor como é do neokantismo, advoga ainda a possibilidade de convívio entre as ideias de retribuição e de prevenção (*ibidem*, p. 269), do mesmo passo que entende por ociosa a questão de saber se a punição é prospectiva ou retrospectiva, embora acabando por defender que a mesma só deve ser aplicada se os efeitos do crime se mantiverem no presente (*ibidem*, pp. 270-271). JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 13 são muito claros em apontar este dado na sua definição, referindo-se à ilicitude e culpa da conduta, bem como ao efeito positivo para o futuro que se espera da pena. Ainda mais próximo dos nossos dias, de entre uma plêiade inabarcável, cf. UDO EBERT, *Strafrecht. AT*, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 230, KRISTIAN KÜHL, «Zum Missbilligungscharakter der Strafe», in: JÖRG ARNOLD *et al.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht — FS für Albin Eser*, München: Beck, 2005, p. 153. Em Portugal, desde logo, BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições de Direito Criminal português*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861, p. 89.

Dizendo-se defensor de uma teoria retributiva, MARCELO ALMEIDA RUIVO, «O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades», in: *RPCC*, 22, 2 (2012), p. 181 afirma ser um «contrassenso» entender a pena como algo de essencial à realização da justiça e como um «mal à sociedade e ao criminoso». Não podíamos estar mais em desacordo com esta conclusão. Quando dizemos que a pena é um «mal», referimo-nos ao seu cariz constringente de direitos fundamentais, que julgamos ser uma evidência que ninguém pode negar. Tal não impede que a sanção criminal seja obviamente peça central na realização da Justiça. Nem mesmo uma visão mais «humanista» das teorias ético-retributivas pode deixar de entender a pena como um mal, no sentido em que vem de esclarecer-se. Tal deixa intocada a crítica de que as teorias absolutas se limitam, por muitas roupagens que tentem envergar, a um sentido de retribuição de um mal (do crime) com outro mal (da pena). O que não podem pretender é que a pena é um bem para um mal, por ser um «ideal de Justiça», pois isso seria viver desligado do mundo. Mais: não podem pretender que a sua concepção também responde às exigências preventivas-gerais por via da culpa, pois isso implica confundir conceitos técnico-jurídicos e abrir as portas a teorias de compatibilização diacrónica e/ou unificadoras que tanto criticam (veja-se, por todos, CLAUS ROXIN, «Sentido e limites da pena estatal», in: CLAUS ROXIN, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Lisboa: Vega, 2004, p. 26), ao que parece, para que acabam por resvalar ao tentar defender-se das justas críticas que lhes são assacadas. Do mesmo passo que se não entende como pode MARCELO ALMEIDA RUIVO, «O fundamento da pena criminal...», p. 183 considerar que insti-

quando de substituição¹⁷. Dizemo-lo na medida em que vivemos um certo clima de «euforia» em torno de «soluções alternativas» às penas criminais, tantas vezes perigosamente próximas de uma «privatização» daquele que é o último bastião da soberania do Estado¹⁸. Aí estão os movimentos de *restorative justice*, em algumas das suas vertentes mais encarniçadas e utópicas ou outros que se referem a verdadeiras «penas alternativas» — conceito que rejeitamos. Em várias das suas formulações, a dado passo, o discurso aproxima-se de uma *mistificação da realidade*, fazendo-nos retroceder séculos de percurso civilizacional a favor de práticas de aborígenes longínquos que nos prometem o melhor de dois mundos numa economia global e complexa como jamais existiu na História da Humanidade. Tudo — ou quase tudo — parece poder resolver-se, afinal, através de um diálogo, de uma mediação, mesmo os crimes mais graves e atentatórios dos mais fundamentais bens jurídicos. Não é assim. Pela natureza das coisas e pela natureza humana. O que não significa que, como deixámos escrito em outro lugar¹⁹, não reservemos à mediação penal um papel sempre complementar da justiça criminal

tutos como os da dispensa de pena em nada bolem com os fundamentos de que parte. Não é um conceito bilateral de culpa marca fundamental das concepções retributivas? Não se pode pretender — como o faz o autor — uma distinção talhante entre o «por que punir» e «para que punir» com o «quando punir», entendendo que é este último factor o que tange com o problema da dispensa de pena e que ele diz somente respeito à política criminal, pelo que em nada mexe com as considerações dogmáticas das teorias absolutas que patrocina. Do mesmo passo, por fim, ao criticar a ressocialização, fica-se (*ibidem*, p. 192) por uma ideia há muito ultrapassada, entendendo-a como uma «certa compreensão ética da vida em comunidade». Bastará obtemperar que esse conceito é materialmente inconstitucional em todos os modernos Estados de Direito.

¹⁷ Muito clara, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português», separata do número especial do *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, p. 28.

¹⁸ *Inter alia*, cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, «A crise da justiça — a evidência de uma crise cultural?», in: ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM/JORGE BACELAR GOUVEIA (orgs.), *O debate da justiça. Estudos sobre a crise da justiça em Portugal*, Lisboa: Vislis Editores, 2001, p. 185. E que, como se sabe, chega mesmo às prisões. Até o modelo de *outsourcing* de alguns serviços nos estabelecimentos carcerários falhou na Alemanha, por não se detectarem poupanças significativas e devido ao descontentamento dos trabalhadores, ao invés do que sucede, em parte, na Inglaterra e País de Gales e na França (DÜNKEL, «L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle en Allemagne», in: *Criminocorpus* (2013), disponível em <http://criminocorpus.revues.org/2529>, acedido em 9/3/2014, pp. 3-4). Em geral, sobre a influência deste movimento «privatizador» no processo penal um pouco por toda a Europa, com especial destaque para o mundo germânico, veja-se, por último, HANNAH STOFFER, *Wie viel Privatisierung "verträgt" das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, *passim*. Atente-se ainda na fundada preocupação de GÜNTER HEINE, «La ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 424-430, salientando o uso da expressão «Direito fuzzy», com isto se referindo a uma «desestatização» do *ius puniendi*, a qual passa, de entre outros factores, por um uso desmesurado de conceitos de *ius aequum*, de tipos abertos, de normas penais em branco em que a Administração vai tomando conta de um dos elementos da legalidade, *in casu*, a taxatividade penal. É particularmente visível, para além de sectores do Direito Penal secundário, no Direito Penal do ambiente, *v. g.*

¹⁹ *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de justiça?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 141-144. Em sentido próximo, mas não totalmente coincidente, veja-se PABLO

dita «tradicional», mas que, em nosso juízo, será mais eficiente se se tratar de mais um mecanismo ao serviço de instrumentos como a suspensão provisória do processo e seus congéneres europeus.

Independentemente da perspectiva que patrocinemos em torno do sempiterno problema dos fins das penas, é segura a assunção de que a reacção criminal importa sempre — tem de importar — um *quantum* de sofrimento. Não que tal se justifique por uma visão exasperadamente retributiva, em que o mal se impunha por si mesmo, ou até como equivalente normativo, nas concepções menos radicais. Também não pela circunstância de o sofrimento dever ser o maior possível com o fito de afastar os demais cidadãos da comissão delituosa (prevenção geral negativa) ou para, pura e simplesmente, segregá-lo do convívio social (perspectiva especial-preventiva negativa). Mesmo na dita «prevenção geral de integração», usando a fórmula estafada de JAKOBS, a reafirmação contrafáctica das expectativas comunitárias na valia da norma tem de importar algum tipo de sofrimento, que hoje se aceita como podendo atingir a vida, a liberdade ou o património, isto, em regra, como penas principais.

Ainda que a justificação seja o processo psicológico e sociológico integrativo em que a sanção surge como síntese do crime, a comunidade não entenderia que o Estado se mantivesse apostado na validade da norma se não impusesse ao infractor uma limitação ou restrição de direitos fundamentais. E isto — digamo-lo sem rodeios — porque é mesmo essa a natureza da personalidade humana; porque só aquilo que verdadeiramente dói e custa é sentido como tendo valor, como sendo de preservar. Admitimos que o que vimos de escrever possa parecer demasiado pragmático ou até fora de moda, mas retorquimos com a análise mais profunda da condição humana e do próprio sentido da História. Existiu já alguma sanção criminal, como tal entendida pelo agente e pela comunidade, que não importasse ao menos uma pequena limitação de um direito fundamental, que não importasse para o sujeito um *minus*, uma retirada de algo que, para ele, é valioso?

Donde, não parece que possamos dispensar-nos de considerar que, por mais teorias que já se construíram a propósito da noção de pena e as que no futuro nascerão, há elementos comuns que a definem: imposição de um *sofrimento*, no sentido de limitação de direitos fundamentais, de modo *coactivo* (usando o *ius imperium*), como *reacção* e/ou *compensação* a um comportamento que viola bens jurídico-penais, que importa um *carácter comunicacional* (em relação ao agente, ao ofendido e à comunidade; nas palavras do *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG* — Tribunal Constitucional alemão), «a lei é não só um instrumento para o controlo de processos sociais através de conhecimentos e prognoses sociológicas, mas também a expressão ético-social — e por consequência — a avaliação jurídica das acções humanas:

GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ela deve afirmar o que é lícito e ilícito para cada um»²⁰) e com uma clara determinação dos respectivos *fins/objectivos*.

2.1. Não é este, por certo, o tempo ou o lugar para uma análise aprofundada sobre o influxo das neurociências no nosso ramo de Direito, tanto mais que começa a existir um corpo de ciência considerável do que se designa por *neurolaw* ou *neurojurisprudence* («neurodireito»)²¹. Bem vistas as coisas, julgamos poder integrar-se este movimento naquilo a que CÂNDIDO DA AGRA

²⁰ «Das Gesetz ist nicht nur Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen, es ist auch Ausdruck sozialetischer und — ihr folgend — rechtlicher Bewertung menschlicher Handlungen: es soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist.» (decisão de 5/11/1975, 2 BvR 193/74, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040296.html>, acedido em 5/5/2015).

²¹ Para uma aproximação a alguns dos principais escritos sobre a matéria, cf. FRANCIS X. SHEN, «The law and neuroscience bibliography: navigating the emerging field of neurolaw», in: *International Journal of Legal Information*, 38, 3 (2010), pp. 352-399. Por ex., nos EUA, os resultados de um encefalograma quantitativo foram admitidos como prova por um tribunal da Flórida. Outras técnicas passam pelo estudo da condutância da pele, magnetoencefalografia e neuroimagens, desde logo a tomografia axial computadorizada. O que parece cada vez mais certo é uma ultrapassagem da crença em uma inteligência unificada e, ao invés, o reforço do papel que as emoções desempenham no julgamento de um acto humano (pioneiro, ANTÓNIO DAMÁSIO, *O erro de Descartes*, reimp., Lisboa: Temas e Debates, 2011, e *O sentimento de si. Corpo, emoção e consciência*, reimp., Lisboa: Temas e Debates, 2013), o que agora pode ser cientificamente testado (assim, OLIVER R. GOODENOUGH/MICAELA TUCKER, «Neuroscience basics for lawyers», in: *Mercer Law Review*, 62 (2010/2011), pp. 945-958). Entre nós, com muito interesse, veja-se o número temático da revista *Anatomia do Crime*, 3 (2016), com particular destaque para os trabalhos de MARIA FERNANDA PALMA e AUGUSTO SILVA DIAS.

Em AMANDA C. PUSTILNIK, «Violence on the brain: a critique of neuroscience in criminal law», in: *Wake Forest Law Review*, 44 (2009), pp. 183-237 encontramos uma boa síntese das perspectivas neurobiológicas sobre o crime. Desde a frenologia de finais do séc. XVIII e de todo o séc. XIX, até à teoria lombrosiana, passando pelas intervenções cirúrgicas como a lobotomia frontal de EGAS MONIZ, o que impressiona é a mudança de *locus* do estudo do crime de condições sociais e culturais para o cérebro do criminoso, mas que, de facto, se enleia na circularidade do entendimento de que o agente de um delito é sempre alguém «diferente», por via de uma patologia. Mesmo nas mais modernas técnicas neurológicas («psico-intervenção»), é essa visão monofactorial que nos interpela. Há mesmo estudos actuais que apontam para que o córtex pré-frontal e a região das amígdalas são responsáveis, existindo patologia associada a estas regiões do corpo humano, por comportamentos violentos (*ibidem*, pp. 206-207). Mais do que isso, de entre outros, o caso de PHINEAS GAGE (1848) é apontado como exemplo de alguém que era um cidadão cumpridor da lei e que, por via de um acidente, viu regiões cerebrais afectadas, o que modificou a sua personalidade e o transformou num criminoso, embora de delitos pouco graves (*ibidem*, pp. 212-213). Também para uma análise deste caso, vide FREDERICO LEONE, *Von der Lehre des „geborenen“ Verbrechers zur modernen Hirnforschung, Ein Beitrag zur Geschichte der Kriminologie und ihrer Auswirkungen auf das Strafrecht*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2013, pp. 144, ss. Apesar do que fica dito, estamos ainda longe de consenso na comunidade científica (*ibidem*, pp. 219 e 226), sendo o conceito de «violência», sobretudo, uma construção legal e psicológica (*ibidem*, pp. 226, ss.). Concluindo, a neurociência deve ser usada «não para construir simplificações atractivas, mas para lançar alguma luz sobre realidades complexas e multifacetadas.» (*ibidem*, p. 237). Parecem ressoar as palavras de SIMONE WEIL, *La pesanteur et la grâce*, Paris: Librairie Plon, 1947, p. 101: «[a] guerra e Eros são as duas fontes de ilusão e de mentira entre os homens. A sua mistura é a maior impureza.», apelando ainda a uma não-violência «eficaz».

vem apelidando de «tecnociência», em que se visa a eficiência e a eficácia através das novas tecnologias²². Os dados vão ao encontro de que uma reacção a uma vulneração de uma norma penal importa, sempre, uma diminuição, uma afectação de um bem jurídico titulado pelo agente. Vários são os autores que têm chamado a atenção para a pena como inflicção de uma dor, de consequências não prazenteiras, e que se situam, quanto à problemática dos fins das penas, em pólos muitas vezes opostos²³. O que não é possível (hoje e porventura nunca, como o tem demonstrado a História do Direito Penal e da Criminologia, com a eterna busca do criminoso como um «outro», um *alienus*, desde a Frenologia²⁴, à concepção lombrosiana, à moderna genética forense — relembramos o célebre gene MAOA, supostamente responsável pelo comportamento criminal —, enfim, *um imenso Positivismo que nunca dorme*²⁵) é alocar a determinadas zonas do cérebro uma qualquer malformação ou deficiência responsável pelo crime ou, ao menos, por uma diminuição da responsabilidade penal, desde logo porque o conceito de «delito» é uma construção sócio-cultural e legal. O modo como as neurociências encaram a responsabilidade pela acção (ou omissão) é bastante diverso do do nosso ramo de Direito²⁶ (naturalismo ou cientismo vs. normati-

²² O autor distingue a «estratégia genético-administrativa», relacionada com a «gestão de riscos», o managerialismo e o actuarialismo, o movimento das *evidence-based policies*, que tentaram, de entre outras, dar resposta à questão de MARTINSON — que veremos em pormenor — e que deu origem à Criminologia Experimental e a «estratégia tecnoadministrativa», relacionada com uma aliança táctica com o mundo das empresas, sem quadros teóricos, com fraca capacidade de abstracção e «profundamente acrítica, não criativa». O modelo ideal passa por «uma política iluminada pela ciência e mediada pelo Direito» («Ciência, poder e acção. Elementos para um modelo de políticas de segurança», in: CÂNDIDO DA AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, cit., pp. 572-574).

²³ É o caso de HART (GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 97).

²⁴ Veja-se, p. ex., FREDERICO LEONE, *Von der Lehre...*, p. 31, destacando o papel de FRANZ JOSEPH GALL, tido por fundador desta Escola. O autor sustenta que o trabalho de ARISTÓTELES, *Physiognomonica*, pode ter sido um antecedente desta (*ibidem*, pp. 29, ss.).

²⁵ É bem lembrada a verificação kantiana de que chegaria uma época em que, fruto do desenvolvimento das ciências sociais e humanas, o crime se preveria antes da sua consumação, ao que se responde, com JAKOBS («Indivíduo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», in: MANUEL CANCIO MELIÁ/BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Navarra: Thomson/Civitas, 2008, p. 173), que «é necessário recordar aos neurocientistas que as velhas verdades têm de ser repetidas de vez em quando». Mesmo que hoje, na Alemanha, comece a ser cada vez mais claro que não foi o Positivismo, *qua tale*, o responsável pelas atrocidades do Terceiro *Reich* e que conceitos como este e o de «Direito Natural» desempenham cada vez menor relevo em uma correcta análise histórica e historiográfica — cf. HANS-PETER HAFERKAMP, «Positivism as a concept of legal historians», in: *JurInt*, XVII (2010), p. 107.

²⁶ Vejam-se JACOB R. WALDBAUER/MICHAEL S. GAZZANIGA, «The divergence of neuroscience and law», in: *Jurimetrics*, 41, 3 (2001), pp. 357-364: «[a]s autoridades legais parecem desejar um Santo Graal» (*ibidem*, p. 358). Ainda nas palavras destes autores: «[u]ma decisão sobre a culpa de um indivíduo é, em última instância, um julgamento sobre aquela pessoa, realizado por um outro ser humano. A responsabilidade não é uma realidade observável como a massa de um electrão.» (*ibidem*, p. 363). No sentido expresso em texto, WINFRIED HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 2 (2011), considerando mesmo que existe um «erro categorial» na suposição

vismo e axiologia). Se assim não fosse, na verdade, era o próprio conceito de *culpa* que deixaria de existir, a favor de uma qualquer forma de responsabilidade objectiva, pré-existente ao indivíduo, com o cortejo de medidas pré-delituais e para-delituais que a História documenta²⁷.

Tem-se escrito²⁸, ainda a este propósito, que os autores que, como entre nós FIGUEIREDO DIAS — ao rejeitarem um conceito de culpa como um «poder agir de outro modo» (como sucedia com a posição ainda normativa de EDUARDO CORREIA, baseada na «culpa pela não formação da personalidade»), mas sim como uma «culpa da pessoa»²⁹, partindo de um indeterminismo relativo, aceitando que o livre-arbítrio (*liberum arbitrium*) é *pressuposto* desse juízo, mas não o seu *fundamento* e muito menos o seu *étimo fundante* —, estarão menos sujeitos às dificuldades científicas que as neurociências venham a colocar ao Direito Penal. Em nosso juízo, porém, a conclusão não é inteiramente exacta. Certo é que, entendendo-se a culpa manifestada num concreto acto não como documentação total de uma personalidade, mas sim como uma desconformidade ou indiferença (na culpa dolosa) ou uma levianidade (na culpa negligente) entre o quadro axiológico-valorativo do agente e aquilo que o ordenamento dele exige, não se concede o mesmo ao livre-arbítrio que sucedia em construções como as de PAUL BOCKELMANN e de outros penalistas de filiação neo-kantiana. Do mesmo passo, entender o concreto acto apenas e tão-só como um momento dessa mesma personalidade e não como um *juízo complexo global* sobre a mesma, é uma forma respeitadora da dignidade da pessoa, ao mesmo tempo que, segundo cremos, facilita a tarefa do intérprete e aplicador da Lei, porquanto se não trata de

de que uma ciência empírica pode determinar se outra ciência está ou não em condições de desenvolver um conceito de liberdade, desde logo pela circunstância de que ele não é uno e comum a todas as ciências.

²⁷ Com razão, JAKOBS, «Individuo y persona...», p. 178.

²⁸ HELENA MONIZ, «Neurociências e Direito Penal: novos e velhos problemas», in: *RJLB*, 1, 2 (2015), pp. 911-928, em esp., pp. 918-922.

²⁹ É patente a influência da filosofia existencialista de CAMUS ou SARTRE, considerada por alguns como o último grande projecto de busca de um sentido da felicidade, o qual se encontra na descoberta de uma espécie de «plano de vida», de sentido da existência de cada um de nós (cf., em extrema síntese, MIGUEL REAL, *Nova teoria da felicidade*, Alfragide: Publicações D. Quixote, 2013, pp. 60-66). Não se ignora que, para estritos efeitos de aplicação de um dado diploma, a própria Lei define o que entende por «culpa». Veja-se, porque objecto de alteração legislativa muito recente, o art. 2.º, al. m), da Lei n.º 38/2012, de 28/8, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 93/2015, de 13/8: «a prática de um facto com dolo ou negligência; são fatores a ter em conta na avaliação do grau de culpa de um praticante desportivo ou de outra pessoa, por exemplo, o grau de experiência, a menoridade, a incapacidade, o grau de risco que deveria ter sido percecionado pelo praticante desportivo e o nível de cuidado utilizado na avaliação desse grau de risco; a avaliação do grau de culpa do praticante desportivo ou de outra pessoa deve ter em consideração as circunstâncias específicas e relevantes para explicar o seu desvio face ao comportamento esperado». Como imediatamente se intui, o que é normal e não seria de esperar que uma norma de Direito Penal secundário se pronunciasse sobre um dos problemas mais centrais e complexos de toda a dogmática criminal, o conceito de pouco serve e confunde a noção de «culpa» com aquilo que tecnicamente são «factores de medida da pena».

emitir um juízo definitivo sobre uma pessoa na sua globalidade, mas sobre um *facere* ou *omittere* que, sendo obra sua, dela se «desliga», visto nos focarmos naquele concreto momento. Assim, avaliamos se o facto criminoso corresponde a um *continuum* de contrariedade ou indiferença ao que o ordenamento exige dos cidadãos, ou se se tratou de um episódio «sem solução de continuidade» no passado e, previsivelmente, no futuro. Para FIGUEIREDO DIAS, existe um momento na vida do agente em que o mesmo decide rebelar-se contra o Direito, embora não se consiga exactamente determinar tal momento³⁰. Donde, ainda que as neurociências consigam explicar *in totum* um dado comportamento como resultado de uma qualquer malformação ou deficiência neuronal, quem parte de uma concepção como esta, em que ao ser humano é ainda garantida uma esfera de liberdade decisória, embora limitada, não vê eliminado o juízo de censura ético-social realizado pelo Direito. Se a capacidade de culpa se traduzir em um «poder agir de outro modo» e se se conclui que, *in casu*, o agente não estava em condições de tal ser capaz, então é exacto que as dificuldades de afirmar a culpa jurídico-penal se adensam.

Todavia, dissemos que mesmo para quem patrocine uma teoria explicativa da culpa como aquela que hoje é maioritária entre nós, não nos parece exacto que se o *neurolaw* se desenvolver ao ponto do que os seus adeptos mais encarniçados pretendem, se não ressinta esta categoria do conceito material de delito. De facto, estabelecendo um juízo totalmente determinista — ou ao menos de uma probabilidade elevada — entre uma lesão ou condição clínica e um dado comportamento descrito na Lei como delito, onde fica a liberdade (condicionada embora) de decisão da pessoa? Onde se pode afirmar que o agente tinha ainda um espaço de auto-conformação da sua personalidade manifestada em acto? Dir-se-á que as hipóteses mais evidentes recaem nas categorias da inimputabilidade ou da imputabilidade diminuída, pelo que o nosso ramo de Direito se acha já dotado de instrumentos técnico-dogmáticos para lhes responder. Porém, se os seus requisitos se não acharem preenchidos, sobra a dúvida quanto à liberdade que sempre vai coenvolvida em qualquer juízo de culpa. Digamo-lo abertamente: *a culpa não prescinde do conceito de liberdade* (ainda que seja para o negar), mesmo que, como os funcionalistas, esta seja encarada como uma realidade aceita pela comunidade em geral e sobre a qual não importa reflectir sobre se, *de facto*, existe ou não. O «consenso comunitário» está ao serviço da «função» de controlo societal.

Tudo isto para concluir, em apertadíssimo esboço, dado a matéria aqui ser um simples parêntesis discursivo, que, mesmo que, no futuro, o *neurolaw*

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 247, ss., IDEM, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 155, ss. e IDEM, *Direito Penal. PG*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 522, ss.

ou a *neurojurisprudence* caminhem num sentido de uma explicação causalista, mecanicista e determinista, ainda aí, a diferente impostação da ciência do Direito Penal, como ciência *normativa*, não terá necessariamente de seguir o destino das considerações das neurociências, excepto — como é bem de ver — as hipóteses de comprovada inimputabilidade em razão de anomalia psíquica ou de imputabilidade diminuída. E, nestes casos, visto ser um pressuposto de afirmação do juízo de censura ético-social que falha. Destarte, não advogando uma total incomunicabilidade entre as duas áreas do saber, sob pena de o Direito Criminal funcionar em um esquizofrénico e irreal circuito fechado, também se não deve caminhar no sentido de um *Diktat* das ditas «ciências exactas» sobre o nosso ramo de conhecimento, se não desejarmos um neo-positivismo exacerbado.

2.2. Regressando à principal questão que ora nos ocupa, outro carácter típico de uma pena consiste na autoridade que a aplica e executa: tem de o fazer de modo intencional, na sequência de um processo adequado e em nome desse mesmo sistema de valores jurídicos que foram violados³¹. Sublinhem-se, neste último ponto, dois elementos estruturantes da determinação e aplicação da pena e respectiva execução: o seu cariz voluntário e desejado pelo sistema, bem como o elemento organizacional que está na sua base, o que dota a pena, por outro lado e relacionado com isto, de uma *dimensão processual ou procedimental*. A ela se chega somente através de um conjunto encadeado de actos jurídicos entre si, obedecendo a uma sistematização própria e visando o fim do sancionamento criminal, qualquer que ele seja.

Não adoptamos uma pura visão da *Legitimation durch Verfahren*, à maneira luhmanniana³², mas reconhecemos que o *processo*, como definido,

³¹ Coincidimos, em parte, com HART (RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena...*, p. 98.)

³² «O processo, enquanto acontecimento fáctico, é redução da complexidade. (...) O conceito de processo caracteriza a facticidade do acontecer selectivo e, portanto, a necessidade de um estabelecimento de fronteiras» (NIKLAS LUHMANN, «Sociologia como teoria dos sistemas sociais», in: JOSÉ MANUEL SANTOS (org.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 106). O *input* (factual) é desligado do *output* (decisório), relevando apenas que, no sistema, aqueles factos tenham a virtualidade de provocar uma resposta que é oposta. Para o autor, a crise do Direito fica a dever-se ao trânsito de uma sociedade estratificada para uma de tipo diferenciado funcionalmente, o que importa uma dificuldade em lidar com as estruturas existentes do Direito positivo. O caminho passa por um aumento da abstracção do Direito, por uma maior funcionalização e por uma «auto-reflexão» do sistema legal, bem como por uma interacção mais acertada entre o sistema e o meio, no âmbito de uma rejeição de uma teoria clássica do evolucionismo. É nesse jogo entre os factores endógenos do Direito e os factores sociais exógenos que a evolução jurídica se dará, por intermédio de três princípios organizacionais: *segmentação*, *estratificação* e *diferenciação funcional*. Nas palavras de LUHMANN, o que falta na actualidade é «um sistema conceptual orientado para a política social capaz de permitir comparar as consequências de diferentes soluções para os problemas, acumular experiência crítica, comparar experiências de diferentes domínios, numa palavra: aprender» (GUNTHER TEUBNER, «Substantive and reflexive elements in modern Law», in: *Law & Society Review*, 17, 2 (1983), pp. 244 e 263-264). Na verdade, a manutenção do *Direito como sistema autopoietico*, como universo de

em dimensão também ritual e ritualizada, *desempenha um não despreciando papel de estabilização normativa*, ponto é que se não fique por fórmulas vazias de conteúdo e esses mesmos actos estejam ao serviço de um fim claramente identificável, se não pela generalidade dos indivíduos, ao menos por aqueles que detêm formação jurídica³³. Aqui, também, divisamos uma *dimensão democrático-comunitária* da sanção criminal, em todos os seus momentos. Acolhendo-nos às palavras de JUNG³⁴, acreditamos numa «função penal constitutiva do processo penal» (*strafkonstitutive Funktion des Strafprozesses*), ou seja, e adaptando um pouco o conceito do autor, entendemos que o decurso de um processo criminal, pela sua estrutura e actos processuais que coenvolve, auxilia na realização dos fins das sanções. Não apenas o processo é, por excelência, o local de realização do Penal, como ele reforça a sua intervenção, o respectivo enfoque e finalidades. Mas, mais do que isto — o que não temos por incompatível —, o processo, em dados momentos devidamente regulados, pode assumir-se como o primeiro espaço em que se torne claro que a imposição efectiva de uma pena principal se não justifica por carência ou falta de necessidade sancionatórias. Donde, essa *função constitutiva* não tem sempre de terminar com uma efectiva punição, como o demonstram institutos de Direito substantivo como a dispensa de pena ou, de feição processual, como os afloramentos de oportunidade e consenso. Assim também

comunicações, justifica-se na medida em que ele é um dos principais sistemas sociais que o sociólogo identifica e que se interpenetra com o conceito de «organização» se e na medida em que mantiver um «código binário» como é o do *Recht* e do *Unrecht* do Direito (PIERRE GUIBENTIF, «O Direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica», in: JOSÉ MANUEL SANTOS (org.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, cit., pp. 224-229). Para uma crítica, salientando exactamente esta auto-subsistência quase totalizante, cf. ARTHUR KAUFMANN, «A problemática da Filosofia do Direito ao longo da História», in: ARTHUR KAUFMANN/WINFRIED HASSEMER (orgs.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 196 e 205-207, terminando com a luminosa conclusão de que «a ideia do Direito é a ideia do homem pessoal — ou então não é nada» (*ibidem*, p. 207). Também OTFRIED HÖFFE, «Proto-Derecho Penal: programa y cuestiones de un filósofo», in: ALBIN ESER *at al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, cit., pp. 360-360, com razão colocando o problema na destriça entre *legalidade* e *legitimidade*, sem desvalorizar a função de protecção que sempre se acha associada a qualquer procedimento. Uma síntese da «exteriorização da auto-referência» encontra-se em MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 37-41, dando-nos conta do modo como o sistema externo influencia e cria interesses que se transformam em bens jurídicos, encontrando-se nesta obra as principais concepções até à data desenvolvidas a propósito deste elemento essencial da dogmática jurídico-penal. Já nos encontramos mais próximos de WINFRIED HASSEMER, «Justificación procedimental en el Derecho Penal», in: WINFRIED HASSEMER/ELENA LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1997, pp. 12-48, quando, a propósito de uma análise das causas de justificação, explicita que uma «procedimentalização» do Direito, sendo um fenómeno normal, não tem necessariamente de ser buscada numa validade relacionada com a Justiça, mas com a verdade, intraprocessualmente válida. Digamos que, para o autor, há uma valorização axiológica, com a qual mais nos identificamos.

³³ «Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», in: *RMP*, 117 (2009), pp. 109-111.

³⁴ *Was ist Strafe? Ein Essay*, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 66.

as sanções substitutivas, apenas e só na medida em que se traduzem em uma outra forma de implementar a lei penal que não passa por uma aplicação da sanção principal. Ainda de acordo com JUNG³⁵, a «punição através do processo» (FEELEY) comporta um duplo sentido: não apenas o processo em si pode ser já punitivo — *maxime* nos tempos actuais em que os *media* levam a cabo *trials by newspaper* —, como também ele acaba por ser, em outra direcção, uma garantia para os agentes de delitos, dado que a discussão quanto à espécie e medida da sanção ocorre num espaço que tem a publicidade controlada (veja-se o segredo da decisão ou deliberação), obviando a uma negociação pública.

Relacionado com o que vem de escrever-se, nos quadros das sociedades do nosso entorno, a pena é uma realidade que se não pode desligar do princípio do *Rechtsstaat*, motivo pelo qual as garantias nele ínsitas têm de se aplicar, *de pleno*, à reacção criminal. Donde, entre nós com consagração positiva, *inter alia*, no art. 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), nenhuma pena pode afectar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição) ou violar o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental), o que, por rectas contas, mantém com o primeiro uma ligação umbilical. Do mesmo passo, qualquer pena reclama a prova da existência de culpa do agente (obviamente aferida sempre em concreto, para aquela concreta pessoa e quanto àquele específico facto), a qual radica na inquestionável dignidade da pessoa e no precipitado do art. 29.º, n.º 1, da CRP. Pela sua própria natureza, se não há pena sem culpa, então as reacções criminais — mesmo aquelas que, como as medidas de segurança a dispensam, porquanto tal sucede, de idêntico modo, com a perigosidade — não se transmitem e têm de cessar, de entre outras causas, com a morte do autor. A pena é, especificamente, uma resposta *intuitus personæ* do sistema jurídico-criminal.

Tendo por base este enquadramento, é para nós claro, por outra banda, que a pena obedece a um *princípio de humanidade*. Com ele queremos significar que o condenado, por mais grave que seja o delito cometido, continua a ser um cidadão que mantém os direitos que lhe são inerentes, por esse facto, excepto aqueles que, por virtude da condenação ou da sua execução, devam ser limitados, restringidos ou até eliminados. Donde, *o condenado é um sujeito titular de um feixe de direitos e de deveres*³⁶ a quem uma possível ressocialização, quando necessária, deve ser *proposta — nunca imposta* — e a quem, se existirem, legislativamente previstas, para aquele crime, várias sanções que, de igual jeito, cumpram as finalidades punitivas, é titular do direito a que lhe seja aplicada a que lhe impuser um *quantum* menor de sofrimento.

Donde, a existência para o Estado do dever de colocar ao dispor do delinquento os meios aptos a ressocializá-lo (vertente de um Estado presta-

³⁵ *Was ist Strafe?...*, p. 67.

³⁶ Por todos, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

cionista, típico do pós-II Guerra Mundial), mas também a assunção de que nem todo o condenado deseja ressocializar-se e que os «modelos médicos de tratamento», típicos do Positivismo³⁷, nos demonstram que, sem a voluntariedade do agente, não há qualquer reintegração séria. Esta é uma *aspiração comunitária* e um *ónus* do condenado. Não apenas evita consequências desfavoráveis para a sua esfera jurídica, como pode ser-lhe — o processo reintegrador — favorável em sede de execução da pena. Assim, tal com vem sendo assinalado, este *princípio da humanidade*³⁸ não se limita à proibição da existência de penas ou tratamentos desumanos, cruéis e/ou degradantes, mas também reclama que se imponha à sanção uma finalidade ressocializadora e uma atenção crescente às vítimas. Ora, p. ex. no específico domínio das penas de substituição, o princípio desempenha um papel de grande relevo, pois obvia a que o agente (ao menos nas não detentivas) tenha contacto com o meio prisional ou, se o tiver (no caso das detentivas), o seu cariz deletério seja diminuído ao máximo³⁹. Por outro lado, essa ressocialização de que se fala importa sempre uma *tarefa colaborativa entre o tribunal e o agente*.

3. Um último aspecto a considerar na noção operativa de pena de que partimos contende com algo que, *prima facie*, parece evidente: a sanção criminal é *heterodeterminada*, ou seja, ela subordina-se a uma obrigação de *pati* do condenado que, por isso, não a pede, limitando-se a ser dela objecto. Ora, este ponto entra em crise nas penas de substituição, bastando para o efeito lembrar aquelas que só se aplicam mediante concurso de vontade do condenado, como sucede entre nós com a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC), a constante do art. 44.^o⁴⁰ e o regime de semi-

³⁷ Para uma explicitação dos seus efeitos na «ciência conjunta do Direito Penal», vide, entre nós, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquent e a sociedade criminógena*, 2.^a reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 10-19.

³⁸ Veja-se, em perspectiva próxima da defendida em texto, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El principio de humanidad en Derecho Penal», in: *Eguzkilore*, 23 (2009), pp. 209-225, em esp., pp. 210-211 e 223-223. Sobre ele, entre tantos, HEINZ ZIPF, *Política criminal*, pp. 81-87, ligando-o a um princípio de pluralismo. Na adaptação da conhecida expressão de FOUCAULT, refere-se MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal. PG*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 335 a «humanizar e punir», sublinhando a importância de abandonar o «mito» de uma ressocialização que visa modificar o indivíduo, tendo desde logo em conta que os dados da Criminologia, desde o interaccionismo simbólico, entre outras correntes, apontam para uma co-responsabilização do agente e do meio. No Direito alemão, *inter alia*, relacionando o princípio (*Grundsatz der Humanität*) com a ressocialização e os instrumentos de Direito Internacional Público que na perspectiva dos autores a ele aludem, cf. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, pp. 27-28. Entre nós, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.^o vol., 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 1998, p. 49.

³⁹ O seu efeito na saúde está relativamente comprovado, sobretudo na mental. Veja-se, de entre um grande conjunto de estudos, o de JEAN-LOUIS PAN KÉ SHON, «Suicides in situations d'enfermement au début du XXI^e siècle», in: *Sociologie*, 2, 4 (2013), dando nota de uma maior taxa de incidência do suicídio, em média, no meio prisional.

⁴⁰ Em Espanha, corresponde à pena de *localización permanente*, a qual surge definida no *Real Decreto* 840/2011, de 17/6 como podendo ter uma duração de até seis meses e cujo cumprimento «obriga o condenado a permanecer no seu domicílio ou num lugar determinado

detenção. Este ponto, tanto quanto vislumbramos, não impede a sua caracterização como de verdadeiras penas se tratando, mas antes reforça, logo ao nível conceptual, a sua específica intencionalidade político-criminal. Ao admitir-se que algumas das penas de substituição exigem a concordância do condenado — o que não impede que o mesmo as requeira, sempre que os respectivos elementos estejam preenchidos —, o legislador quis transmitir a ideia que se bebe, desde logo no princípio do Estado de Direito democrático e social (*maxime* nesta última acepção), de que, particularmente em algumas delas, a ressocialização almejada só se atinge com a participação do agente, por razões constitucionais e práticas. Isso não retira o conteúdo aflitivo à noção de «sanção criminal», esse sim, o núcleo fundamental da noção⁴¹.

Acresce que o consentimento do condenado para a aplicação destas penas substitutivas se justifica porque existe um conflito/colisão de direitos constitucionalmente protegidos. Assim, no caso da pena de PTFC, sabe-se que a obrigação de trabalhar, como pena cumprida na comunidade, exige esse concurso, por imperativos de Direito Internacional Público e Constitucional, radicados na dignidade da pessoa; no regime de semidetenção, está em causa, fundamentalmente, o carácter particularmente severo do seu regime, sendo o princípio da proporcionalidade aqui chamado ao conflito; na pena do art. 44.º, considerações como a da reserva da vida privada do condenado e de quem com ele coabita devem ser tidas em conta. Donde, a exigência de consentimento acaba por ser a resposta a comandos constitucionais aos quais o Direito Penal deve obediência, demonstra que estamos em face de um verdadeiro Estado de Direito e, num outro vector de análise, contribui para o reforço da autonomia das penas substitutivas.

III. A PENA EM ROXIN E JAKOBS — BREVE ESBOÇO

Procuremos analisar, em traço necessariamente grosso, os fundamentos essenciais da pena em cada uma das orientações acima avançadas, fazendo-

fixado pelo juiz na decisão, ou mais tarde em despacho fundamentado». Pode ainda esta pena ser sanção principal, nomeadamente em hipóteses de reincidência, caso em que o juiz pode ordenar o seu cumprimento no centro penitenciário mais próximo aos fins-de-semana ou em dias feriados. Como informa JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, «Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente (arts. 40, 48 y 35)», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253-256, a *localización permanente* sofre um assinalável retrocesso aplicativo após a promoção que a *Ley Orgánica 5/2010* tinha impulsionado, passando a abranger as penas até três meses, à razão de um dia desta pena para um dia de prisão (art. 71, 2, do CP espanhol), estando agora incluída no grupo das «penas leves» (art. 33, 4) e, por isso, com a duração de um dia a três meses de privação de liberdade.

⁴¹ Donde, não partilhámos da dúvida de MARIA JOÃO ANTUNES, «Alterações ao sistema sancionatório», in: *Revista do CEJ*, VIII (2008), p. 9 no que contende com a caracterização do regime de semidetenção e do regime de permanência na habitação em medida até um ano como podendo eventualmente não serem já «penas de substituição detentivas da liberdade».

-o em diálogo entre os dois representantes por excelência de cada uma das correntes de pensamento: ROXIN e JAKOBS.

Antes disso, para um melhor enquadramento, julgamos impor-se, sobretudo a propósito da distinção entre uma concepção mais liberal ou social dos modelos de política criminal, uma brevíssima referência à denominada «Escola de Frankfurt». Baseia-se ela em um pensamento liberal de redução do Direito Criminal a um «Direito Penal mínimo», basicamente orientado apenas e tão-só para a protecção de bens jurídicos pessoais, valorizando a liberdade como direito fundamental, entendimento este típico de uma sociedade demo-liberal. Para além disto, autores como WOLFF, ZACZYK e KÖHLER (este último já fora da «Escola de Frankfurt») entendem a pena como um *valor de justiça*, como uma quebra da relação de confiança recíproca e de reconhecimento enquanto seres humanos entre o agente e a vítima⁴². O *quantum* de sofrimento da pena serviria, então, para restabelecer esse equilíbrio. Dito de outro modo, a perda do *status* de liberdade que se alcança através da aplicação de uma sanção encarnaria a justa recompensa pelo crime. Numa perspectiva ampla, aliás, toda a intervenção penal traduz-se nisto mesmo, pelo que se não vislumbram, aqui, assinaláveis particularidades. Recorde-se que pertence a VON IHERING⁴³ uma frase já antiga: «a pena, em Direito Criminal, equivale ao preço nas relações mercantis», com o que importa uma aproximação à relação material

⁴² BERND SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, reimp., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 55 e WINFRIED HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”», in: *Estudios Penales y Criminológicos*, 15 (1990-1991), pp. 189-193. Uma boa síntese desse movimento, enquadrando-o no conjunto mais vasto da globalização, alertando para a vaguidade e falta de concreção violadoras em muitos casos do princípio da determinabilidade penal (acrescentamos nós), encontra-se em EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, «Globalización y concepciones del Derecho Penal», in: *Estudios Penales y Criminológicos*, 29 (2009), pp. 141-206, em esp., pp. 176-177. Também com interesse, chamando a atenção para um certo «maniqueísmo» do Direito e uma ambivalência conceptual, no equilíbrio nem sempre conseguido entre a inflicção de sofrimento por via da pena e a certeza e confiança com base na qual «as pessoas podem construir as suas vidas», cf. GUNTHER TEUBNER, «The law before it is law: Franz Kafka on the (im)possibility of law’s self-reflection», in: *German Law Journal*, 14, 2 (2013), p. 411. KLAUS LÜDERSSEN, *Il declino del Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, 2005, pp. 103-110 é bastante assertivo no sentido de que esse desiderato de HASSEMER e dos seus seguidores é uma pura «utopia», uma verdadeira «obstinação quixotesca», na medida em que nunca terá existido um núcleo tão restrito de bens jurídicos defendidos pelo Direito Penal, nem mesmo em épocas recuadas da *Aufklärung* e dos direitos originários então propalados. Uma sentença tão decisiva e decidida não pode, contudo, ser patrocinada, pois é um simples dado histórico que se foram seguindo constantes hipertrofias do nosso ramo de Direito à medida que a vida humana e social se ia complexificando. Se assim não fosse, como explicar a urgência de um «Direito Penal secundário» ou a necessidade da categoria das *Ordnungswidrigkeiten*, para citarmos apenas alguns exemplos? No que julgamos que assistirá razão a LÜDERSSEN é que se não antevêem, perscrutando as Moiras gregas, sinais político-criminais de uma deflação quanto aos tipos legais de crime ou a um cada vez mais reclamado (paradoxal, técnica e político-criminalmente errado) afastamento do nosso ramo de Direito em sectores de muito discutível identificação, sequer, de um claro bem jurídico.

⁴³ *El fin en el Derecho*, p. 303.

entre a consequência jurídica e o núcleo do ilícito⁴⁴. A este propósito, depois da Escola finalista, as duas grandes orientações dogmáticas que se têm imposto na Alemanha e nos países que lhe são juridicamente próximos estão estruturadas em dois eixos fundamentais: o *funcionalista* e o *sistémico*⁴⁵. O primeiro tem tido por *caput scholæ* CLAUS ROXIN e o segundo GÜNTHER JAKOBS, com profunda influência, sobretudo, na Europa continental, na América Latina e no Japão.

Julgamos denotarem-se laivos ético-retributivos e, sobretudo, alguma aproximação ao pensamento ínsito à reparação, em que, mais especificamente na mediação, o crime é também encarado como a violação de uma situação inicial de equilíbrio que seria restituída a esse *status quo ante* por intermédio de uma intervenção estadual. Pelo exposto, na medida em que as penas de substituição são o instrumento concreto do programa de erigir a prisão como *ultima ratio*, bem quadra aos intentos daquela «Escola de Frankfurt» um reforço do âmbito material de aplicação das medidas substitutivas. Julgamos que também neste sentido se pode interpretar a «teoria social emancipadora» patrocinada pela «Escola de Frankfurt», que tem em HASSEMER o seu autor mais consagrado.

A outra corrente que se opõe a esta — e que na perspectiva de SCHÜNEMANN representa uma direcção contrastante na actual dogmática jurídico-penal alemã — é o normativismo de JAKOBS, orientado para a construção conceptual cada vez menos próxima dos dados empíricos e da descrição de

⁴⁴ Hoje essencial sobre o tema, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014.

⁴⁵ Assim, CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2012), p. 4. É evidente que aqui não é comportável uma análise ao menos perfunctória do que são os movimentos *sistémicos* e *funcionalistas*, de diversos matizes, desde PARSONS a LUHMANN, passando pela orientação cibernética. Diremos apenas que os encaramos com razoável distanciamento, na medida em que nos preocupa, tal como ARTHUR KAUFMANN («A problemática da Filosofia do Direito...», pp. 128-129) colocou em evidência, que uma simples tentativa de simplificação da realidade, por via de consensos ficcionados, de um total desinteresse em saber se existem ou não e como se atingem valores centrais para a administração do Direito Penal, como seja o da própria Justiça, em perspectiva axiologicamente neutra, traz consigo a possibilidade de se regressar a um estrito positivismo legalista. Para uma análise de todas estas teorias, veja-se ALFRED BÜLLESBACH, «Princípios de teoria dos sistemas», in: ARTHUR KAUFMANN/WINFRIED HASSEMER (orgs.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, cit., pp. 409-442. Por seu turno, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, apesar de defensor de uma noção de sistema, entende-o como uma realidade aberta, composta por partes móveis (*ius aequum*) e imóveis (*passim*, em esp., pp. 279-289). Entre nós, de modo aprofundado, CÂNDIDO DA AGRA, *Science, maladie mentale et dispositifs de l'enfance. Du paradigme biologique au paradigme systémique*, Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1986, pp. 295, ss. e 498, ss., MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social da conduta no Direito Penal. Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, pp. 742, ss. e AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*». *Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 425-532.

fenómenos sociais, o que bem pode conduzir, como refere o primeiro autor citado, a «argumentações circulares»⁴⁶.

Impõe-se, assim, mesmo que em breves traços, estudar o modo como cada uma das principais orientações dogmáticas da actualidade encara a «pena», a define, e quais as tarefas que lhe confia.

Começando pela teoria funcionalista de ROXIN⁴⁷, advirta-se, antes de mais, que não se desconhece a miríade de construções particulares entre si, debaixo do mesmo *Oberbegriff* do funcionalismo, tal como se não ignora que existe um funcionalismo mais «puro» e um outro mais aberto a algumas concepções valorativas e axiológicas. Vejamos, então, somente, em súmula, a construção do catedrático emérito de Munique.

Desde sempre o autor partiu de um princípio que, entre nós, é consensualmente afirmado em todos os manuais de Direito Penal nacionais. A função do nosso ramo de Direito é a tutela subsidiária de bens jurídicos⁴⁸. Para o conseguir, somente se têm por constitucionalmente fundadas as orientações preventivas em matéria dos fins das penas, conhecidas que são as reservas quanto às construções ético-retributivas. Assim, a pena aplica-se com fins gerais e especiais-preventivos. Donde, a pena encerra, em si, diríamos, uma *vertente utilitária*: a salvaguarda dos bens tidos por socialmente essenciais a uma convivência pacífica entre os seres humanos. Mais ainda: afivelada ao texto constitucional, *rectius*, aos direitos, liberdades e garantias, aos direitos económicos, sociais e culturais e aos denominados «direitos de terceira e quarta geração»⁴⁹.

⁴⁶ BERND SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas...*, pp. 42-45. Nada de novo quanto a esta verificação de SCHÜNEMANN. Décadas antes, já VON LISZT (*La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Granada: Editorial Comares, 1995, p. 95), no que parece ser um constante devir da História, lamentava que «[d]esde há decénios, os representantes mais significativos da ciência do Direito Penal vão-se distanciando da vida real. A ciência do Direito Penal tem empreendido os seus esforços em lutas infrutíferas e tem-se implicado em trabalhos sobre ideias puramente abstractas, não percebendo o que acontecia no exterior».

⁴⁷ Para além do seu *Manual*, encontra-se uma síntese enxuta dos principais aspectos da sua teoria em CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», pp. 4-13, que aqui seguiremos.

⁴⁸ Entre nós, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 78, ss. e TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal — PG. Questões fundamentais Teoria geral do crime*, 2.^a ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 49-54.

⁴⁹ Estamos em matéria de «Direito Constitucional Penal», onde o legislador português, comparado com os seus congéneres europeus, mais concretizou os princípios basilares que devem orientar o legislador infra-constitucional. Por certo a nossa História Constitucional o explica, dotando o ordenamento português de um conjunto de parâmetros preceptivos e que implicam um necessário diálogo entre o legislador penal e o constitucional e os juízes que aplicam ambos os ramos.

Não é o tempo ou o lugar, por certo, para discutir as extricadas relações entre Penal e Constitucional, nem tão-pouco o movimento que, a coberto de uma política criminal europeia, vai tendendo para uma harmonização dessas traves-mestras — veja-se o «Manifesto sobre la política criminal europea», in: *ZIS*, 12 (2009), pp. 59-68. Como regra, ainda, verifica-se um repúdio pelas teses do *Feindstrafrecht* de JAKOBS, o qual, ao invés de um Direito Penal do facto (*Tatstrafrecht*), defende um Direito Penal do agente (*Täterstrafrecht*) — por todos, CLAUS

Pelo contrário, para JAKOBS⁵⁰, que vem evoluindo no seu pensamento, o fim do Direito Penal é a *protecção da própria norma criminal*, ou seja, a sua reafirmação, entendida esta em puro jaez hegeliano. A pena é a antítese do crime, que o apaga na síntese obtida (a intervenção do Direito Penal significa «a não vigência da norma para o caso em questão», enquanto a pena expressa «a insignificância dessa afirmação»⁵¹). A *norma* ocupa, na construção jakobsiana, o lugar do *bem jurídico*. A estabilização da norma é, assim, o desiderato para aplicar uma pena, ainda que ela mais não seja que uma «ilusão estável»⁵².

Daí a pergunta: se assim é, então porquê aplicar uma sanção quando esta importa um *quantum* de sofrimento, se poderiam existir outros instrumentos igualmente adequados à manutenção da confiança na norma? Não bastaria uma desaprovação pública da acção ou omissão do agente?⁵³ Inicial-

ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrecht», in: PETER HÄBERLE (Hrsg.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 66). Só o primeiro garante uma protecção mínima fundamental contra os arbítrios do Estado (feição liberal) e exige a esse mesmo Estado um conjunto de prestações (feição democrática e material) positivas, de entre as quais um espaço de segurança e liberdade, com amplas garantias de defesa do arguido e de protecção da vítima.

«A ciência do Direito Penal é, no seu próprio entendimento, uma ciência de legitimidade da pena, não só *de lege ferenda*, mas sobretudo, em primeira linha, *de lege lata*.» (LUÍS GRECO, «Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft», in: B. BRUNHÖBER *et al.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 14). «O Direito Constitucional não é, para o Direito Penal, a terra prometida.» («Das Verfassungsrecht ist für das Strafrecht noch nicht das verheißene Land.» (LUÍS GRECO, «Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?...», p. 35). Estas duas paradigmáticas afirmações revelam bem como a CRP é parâmetro limitador e conformador do nosso ramo de Direito, nela se buscando os bens jurídicos que iluminam os tipos legais, o mandato de proporcionalidade do art. 18.º, n.º 2, que domina toda a matéria sancionatória (contra-ordenacional, disciplinar...), o princípio da culpa, o da legalidade, do asseguramento das garantias de defesa, os limites às reacções criminais, a reserva de lei formal no estabelecimento dos comportamentos erigidos em delitos e respectivas penas e medidas de segurança, sendo que previsão e estatuição devem ser claras e precisas (determinadas ou determináveis). Numa palavra, bem se pode dizer que este domínio normativo ocupa o *coração do Direito Penal*, porquanto estamos a lidar com as «coisas últimas», com aquele irredutível fundamento que caracteriza não só um ordenamento jurídico ou um Estado, mas sobretudo uma civilização. Daí a nobreza — e dificuldade — das questões jurídico-constitucionais-penais. Poder estatal (de entre tantos, salienta-o MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 16-21 e, na doutrina germânica, SCHMIDT/ABMANN, «Art 103 Abs 2 GG», p. 5, fazendo repousar todas estas preocupações na dignidade da pessoa — *ibidem*, p. 6, indicando que o princípio da legalidade está «no centro desta estrutura orgânica do poder penal do Estado» — «[i]m Zentrum dieses Ordnungsgefüges staatlicher Strafgewalt») concretizado em acto que somente merece as vestes de democrático e social quando todos os «operadores judiciais» respeitam escrupulosamente as suas competências.

⁵⁰ Como vimos para ROXIN, também para JAKOBS o essencial encontra-se no seu manual, resumido nos seus traços essenciais em CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», pp. 13-20.

⁵¹ JAKOBS, *apud* CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 14.

⁵² A expressão («stabile Illusion») é de BURGHARDT, com quem concorda WOLFGANG JOECKS, *Strafgesetzbuch — Studienkommentar*, 8. Auflage, München: Beck, 2009, Rn 63, p. 27.

⁵³ Como bem pergunta CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 16.

mente, JAKOBS considerava que a função da pena seria o «exercício de fidelidade ao Direito», donde, um papel geral-preventivo, para depois passar ao puro pensamento tese-antítese de HEGEL. A resposta do autor, admitindo que a própria condenação, por princípio, podia já desempenhar esse papel simbólico, é a de que «a dor serve a segurança cognitiva da vigência da norma; este é o fim da pena, assim como a contradição quanto ao questionamento da vigência através do delito é o seu significado»⁵⁴. Por outras palavras, sendo a norma um «padrão de conduta», não deveria ser demasiado provável que o seu incumprimento pudesse suceder. A norma, em si, e a força da sua motivação, seriam, por um lado, suficientes para influir no comportamento dos indivíduos conforme ao Direito, mas como tal pode falhar — só assim se pode entender este raciocínio, na nossa perspectiva —, então recorre-se à pena para garantir aquilo que eufemisticamente se designa por «segurança cognitiva» e que, na verdade, nada mais é que a segurança a se, enquanto bem jurídico que JAKOBS com tanto afã quer rejeitar.

Donde, acaba por fundamentar a existência da pena num verdadeiro interesse juridicamente relevante, logo, num *bem jurídico*, chame-lhe «segurança cognitiva» ou qualquer outro sucedâneo. Para quem afasta esses mesmos bens jurídicos dos fins do Direito Penal, não deixa de se enredar numa verdadeira *petitio principii*. A pena *qua tale*, enquanto constritora de um comportamento, não releva, mas quando o autor se dá conta de que com tal doutrina se arrisca a ter de não aplicar qualquer sanção, então a pena já é útil e necessária, desde que se mantenha debaixo da categoria diáfana da «segurança cognitiva». É a segurança jurídica que se ressentem com o uso destes conceitos sem concretização⁵⁵.

Mais ainda, se esse é o objectivo, então não estaremos, por rectas contas, a erigir a prevenção em fim da pena, pois só se reafirma a confiança se se actuar pelo menos a nível da comunidade (prevenção geral)? Esta observação parece estar em linha com o posicionamento de JAKOBS no quadro de uma teoria preventiva-geral de integração, de que a quase totalidade dos autores se reclama tributário. Todavia, sob a mesma designação existem realidades muito díspares e mesmo contrárias entre si. Na pureza dos seus princípios, JAKOBS parte da ideia de que as normas penais só se aplicam a indivíduos com as necessárias capacidades cognitivas para viverem em sociedade, motivo pelo qual rejeita a distinção entre ilicitude e culpa. Esquece-se,

⁵⁴ Citado em CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 17.

⁵⁵ Mesmo que hoje, nas palavras de WOLFGANG NAUCKE, «Die robuste Tradition des Sicherheitstrafrechts», in: *KritV*, 2 (2010), pp. 129-136, este conceito pareça «uma peça de museu» («Museumsreif», *ibidem*, p. 136), concordamos com o autor no sentido de que os seus precipitados fundamentais e que se acolhem aos princípios constituintes da legalidade criminal mantêm toda a sua vigência. Crítico desta utilização dos pressupostos normativistas, contrapondo-os aos seguidos por ROXIN, KLAUS HEINZ GÖSSEL, «Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción», in: *Lex — Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 12, 13 (2014), pp. 207-223, em esp., pp. 221-222.

antes de mais, de que essa excessiva importância dada à cognição afasta, *ab initio*, os inimputáveis, os imputáveis diminuídos e, em certa medida, algumas hipóteses de causas de exclusão da culpa que, por intermédio da sua doutrina, mal são recobertas.

Dir-se-ia mesmo que, logo que existente a concepção comunitária de que a norma violada se mantém em vigor, através das capacidades cognitivas, se excluiria a necessidade de aplicação da pena. Ora, se assim acontecesse, então a sua aplicação, se se mantivesse, redundaria num *pernicioso efeito simbólico de todo este ramo de Direito*⁵⁶, assim como se olvidariam princípios basilares como a «necessidade de pena», ancorados pelo *BVerfG*, no § 1 da *Grundgesetz* (GG: Constituição Federal alemã), ou seja, no princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Acresce, o que vem sendo insistentemente assinalado, que, deste modo, a pena e toda a construção dogmática do crime se descarnam da realidade, afastando-se dela, *normativizando-se em demasia* («o normativismo livre de empirismo», na expressão de SCHÜNEMANN⁵⁸, ou o «excessivo refinamento»⁽⁵⁹⁾, segundo o mesmo autor), tornando-se categorias evanescentes e não apreensíveis pelos sujeitos actuantes no quotidiano. Nada mais perigoso para o ramo que mais fortemente limita e constrange direitos fundamentais, por assim mais facilmente se poder transformar em instrumento de poder autoritário ou ditatorial.

Permitimo-nos ainda chamar a atenção para uma das várias contradições de JAKOBS que, segundo cremos, não tem sido devidamente sublinhada. Se se deseja que a norma contenha em si mesma uma *função de motivação*, como se pode esperar que ela cumpra tal missão quando se acha cada vez mais afastada da realidade, quando se «espiritualiza» em demasia e tudo se parece passar através de complexos processos cognitivos? Como se pretende, por outro lado, controlar se a outra função de reafirmação da norma através da pena é ou não cumprida se essa evanescência não permite instituir formas claras e precisas de saber se os objectivos foram ou não atingidos? Se, p. ex., num dado crime de burla simples se aplica uma pena de dois anos de prisão efectiva, como se sabe se a reafirmação contrafáctica da norma do art. 217.º, n.º 1, foi conseguida? Dir-se-á: mas também se não sabe através de uma teoria que conceba a protecção do bem jurídico «património» como fim do Direito Penal. Assim não é, ao que cremos.

Na verdade, se afivelamos à matéria proibida um interesse que tem reflexo constitucional e que está identificado, poderemos saber, em maior ou

⁵⁶ Crítico deste ponto, BERND SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2008), p. 10, disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77884/101739>, acedido em 12/9/2013.

⁵⁷ CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 9 e, do mesmo autor, «60 Jahre Grundgesetz...», pp. 65-67.

⁵⁸ *Apud* CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 14.

⁵⁹ BERND SCHÜNEMANN, «El propio sistema...», p. 10.

menor medida, até que ponto aquela espécie e medida de pena cumprem ou não a manutenção do bem jurídico, em dupla perspectiva: mostrando à comunidade que, mau grado a violação, o mesmo continua a ser socialmente importante e, ao agente concreto, que tal vulneração o afastará do convívio social, de preferência operando-se sobre ele uma interiorização do valor em causa, evitando a reincidência. Se a tónica se coloca na própria norma, qual é a «escala» para medir a maior ou menor confirmação contrafáctica, principalmente quando se diz que o essencial é que as capacidades cognitivas dos indivíduos tenham interiorizado a importância dessa mesma norma?

Repare-se que a questão crucial é, quanto a nós, a circunstância de também JAKOBS se dizer um defensor da prevenção geral integradora, como o é, p. ex., ROXIN. Todavia, o modo como o fazem é distinto. Para o primeiro, a integração da norma é um *fin em si mesmo*, é o fim do Direito Penal como um todo. Para o segundo, o essencial é a protecção do bem jurídico, o que se alcança, instrumentalmente, por intermédio da aplicação de uma pena que satisfaça o respeito pela medida da culpa e pelas exigências preventivas. Donde, autores que se situam no quadrante de ROXIN partem *do concreto para o abstracto*, ou seja, se *A mata B*, é a vida que se protege e não a norma que estabelece que é proibido matar. Dizemos nós agora: e só pode ser deste modo, porquanto a vida é uma realidade empírica que a população entende, ao passo que a norma em causa é já uma construção jurídica. Para um maior sucesso do Direito Penal, a comunidade tem, na medida do possível, de o perceber e de entender a sua aplicação. Muito mais depressa se consegue essa adesão quando se passa a mensagem de que se aplica a pena de prisão de 25 anos por um homicídio qualificado para proteger a vida do ofendido e o valor «vida» considerado como uma realidade em si, sem com isto se defender qualquer perspectiva ontológica que de todo patrocina-mos⁶⁰.

Se a mensagem for: «a pena aplica-se para que se perceba que a norma é importante e para se estabilizar a mesma, por ter sido afectada pela respectiva violação», é seguro que a generalidade das pessoas sentirá grandes dificuldades em compreendê-la e, acima de tudo, em experienciar aquela punição como sua. Ora, exactamente o invés do pretendido por JAKOBS. Se este penalista deseja estabilizar a norma, tal só se consegue quando há um movimento de repulsa social em direcção ao comportamento violador e àqueles a quem o mesmo se imputa. Se esses concretos indivíduos, fruto da

⁶⁰ Em sentido próximo, entre tantos, para citar apenas a doutrina portuguesa, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 16. Negando esse ontologismo, já WELZEL, também rejeitando o apriorismo kantiano e defendendo que é o método que determina o objecto de análise e não o contrário, para além do conhecido conceito finalista de acção, de acordo com o qual não existem acções ou omissões axiologicamente neutras, mas sempre prenes de sentido e de intencionalidade, não somente em Direito Penal, mas em geral em todas as condutas humanas — cf. HANS WELZEL, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Imprenta de M. Tello, 1868, pp. 147-156.

abstracção em que o autor se enleia, se mostram, em regra, incapazes de entender a mensagem subjacente à punição, *falha a estabilização*. Só se apoia o que se compreende e conhece. A não ser que JAKOBS, como já defendeu com o seu *Feindstrafrecht*⁶¹, entenda que todos quantos não se

⁶¹ O tema tem merecido um tratamento abundante. Aqui só pode, assim, ser recolhido em breves traços e no que nos interessa para o modo como o autor encara a pena. Com respaldo jusfilosófico muito forte, desde KANT, HEGEL e FICHTE, entende o penalista que existem seres que não são pessoas, na medida em que, por um acto livre de vontade (o que em si mesmo é profundamente questionável), se afastam do Direito, pela pertença a organizações criminais e/ou terroristas ou pela comissão de outros ilícitos também de elevado potencial ofensivo, pelo que deixam de merecer do Estado o reconhecimento como «cidadãos», passando a *hostes*, a inimigos. Tal significa também que JAKOBS, como se sabe, entende que a participação na vida pública, em qualquer das suas dimensões, importa que os indivíduos sejam dotados de uma «capacidade cognitiva mínima» e que estes seres, por regra, a não têm (o que, igualmente, não tem adesão à realidade). Detecta-se uma influência das modernas teorias da linguagem de HABERMAS e de outros autores. Ora, do prisma da estabilização contrafáctica da norma, se esses seres são uma ameaça à manutenção da sociedade (o autor é assumidamente sistémico-funcionalista), o Direito Penal está legitimado para a eles reagir de uma outra forma: antecipando a tutela penal, sobretudo com delitos de perigo abstracto, aplicando penas mais severas e com incidentes executivos menos favoráveis, com menos garantias processuais. É um Direito Penal do terror como luta ao terror. Entre uma multiplicidade de obras que podíamos aqui referenciar, seria ocioso e despropositado fazê-lo para os nossos bem mais modestos desideratos. Veja-se a síntese em GÜNTHER JAKOBS, «La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, cit., pp. 56-64. As críticas a esta construção, a qual se acha bem fundada filosoficamente, podem — e têm sido — vistas em múltiplas perspectivas, desde uma de tipo filosófico-humanista, político-criminal, dogmática ou de simples pragmatismo. Sem prejuízo de se compreender que em crimes contra a Humanidade e em hipóteses de terrorismo, criminalidade altamente organizada ou violenta, os instrumentos estatais possam implicar um tratamento diferenciado desse segmento de tipos legais de crime, no que, na verdade, é a admissão de um Direito Penal, pelo menos, a «duas velocidades» (o que já SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, 2001, pp. 159, ss., de entre outros, vem defendendo e, muito antes dele, em 1901, ALFRED BOZI, *Die natürlichen Grundlagen des Strafrechts*, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1901, p. 85, ao lembrar que «[t]endo do sistema de justiça criminal a perspectiva de uma forma de gestão da selecção natural, poder-se-á eventualmente concordar que ele aplica diferentes meios contra os delinquentes, em função das circunstâncias do caso»; *Mit der Auffassung der Strafrechtspflege als einer Vollzugsform der natürlichen Auslese lässt es sich daher wohl vereinbaren, dass sie je nach der Lage des Falles verschiedene Mittel gegen den Verbrecher anwendet*. — veja-se o *sabor darwiniano* e influenciado pela Escola liztiana da passagem transcrita), nunca por nunca, sob pena de deixarmos de poder dizer que vivemos em Estados de Direito, o mais vil dos criminosos pode ser tratado como «inimigo». Não o dizemos somente — nem sobretudo — de um prisma nominalista, que de pouco ou nada adianta, mas do uso de instrumentos de Direito Penal e Processual Penal que vulnerarem o núcleo essencial do que seja uma ciência penal conforma aos ditames do *Rechtsstaat*. Assim, para nós, como para tantos outros, princípios como os da legalidade (em todos os seus componentes), da culpa, da intransmissibilidade de responsabilidade penal e da proporcionalidade, terão *sempre*, em qualquer processo-crime, de ser aplicados. Do prisma adjectivo, a inversão do ónus da prova, o uso das mais gravosas medidas de coacção processual sem passarem pelo crivo do entre nós art. 18.º, n.º 2, da CRP, a violação do *nemo tenetur...*, um uso indiscriminado de escutas telefónicas, incluindo as ambientais e meios análogos, são também, em qualquer processo, esteios inegociáveis. Se há antinomias entre segurança e liberdade? Claro que sim. Mas bastará olhar para a História para ver o que sucedeu quando, a coberto de supostas «boas intenções», se negociaram esses princípios. A chamada «Escola de Kiel» é disso exemplo. Entre uma literatura torrencial que se vem manifestando, um pouco por todo o

revêem na sua concepção são «inimigos» e como tal devem ser tratados. A ser assim, tal é o nível de exigência que a maioria das pessoas concretas a quem se dirige o comando penal seria proscrita das garantias criminais e processuais, de tal modo que esses destinatários já não seriam fundamentalmente os terroristas e os agentes de criminalidade grave e/ou altamente organizada ou violenta, mas o autor de um furto, de um abuso de confiança, de uma desobediência ou de uma violação, p. ex.. Não pode ser este, estamos seguros, o resultado que o próprio JAKOBS preconiza, nem tal seria autorizado pelos textos constitucionais.

Um outro aspecto que cumpre assinalar, e que para nós é decisivo para adoptarmos uma construção mais próxima da de ROXIN, diz respeito ao facto de, ao manter a culpa como uma categoria autónoma — apesar de a designar por «responsabilidade», porquanto àquilo que tradicionalmente vinha sendo entendido pelo termo se juntam considerações preventivas⁶² —, tal importar uma garantia acrescida para os cidadãos, dado saber-se que não haverá nunca pena sem culpa, mas também que a medida da sanção não pode ultrapassar a medida da culpa, o que é um esteio garantístico ínsito ao conceito de Estado de Direito democrático. Ao não distinguir ilicitude de culpa, JAKOBS esbate estas garantias essenciais⁶³.

Outro dos paradoxos contende com o seguinte: sendo a culpa independente da «constituição psíquica do agente, mas [determinada] por necessidades sociais de prevenção geral»⁶⁴, isso importa, por um lado, na pureza dos princípios, uma responsabilidade objectiva do Direito Penal, porquanto desligada das características intrínsecas do agente e motivada por questões que lhe são externas. Donde, estariam abertas as portas a um *versari in re illicita*. Por outro lado, se a ilicitude (que em JAKOBS também abrange a culpa) continua a integrar o conceito material de delito, ao lado da tipicidade, isso implica que a pena, como consequência do crime, se justifique por finalidades preventivas. Ora, se de base se afirma que a função do Direito Penal é garantir a estabilização da própria norma, tal pode significar que, inexistindo tal necessidade, porque, p. ex., a população em geral se revê no crime cometido e até o apoia, o agente não deveria ser punido, pela límpida razão de não existir expectativa a reintegrar. E isto, note-se, apesar de poder suceder que, do prisma da censura pessoal ao concreto agente, a mesma seja bastante elevada. Já se vê que as margens de impunidade poderiam subir a cotas insustentáveis, com não poucas desvantagens político-criminais.

— mundo, contrária ao *Feindstrafrecht* como conceito e, sobretudo, contra as suas aplicações práticas, veja-se a defesa de um Direito Penal respeitador destes direitos fundamentais em KARL HEINZ GÖSSEL, «Réplica del Derecho Penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho», in: *Revista Penal*, 20 (2007), pp. 89-100.

⁶² Muito resumidamente, CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 11. Sobre o tema da punibilidade, hoje, entre nós, por todos, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, t. I e II, Coimbra: Almedina, 2013.

⁶³ Com razão, CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 10.

⁶⁴ CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 15.

Concordando com ROXIN⁶⁵, se JAKOBS defende que a pena legítima é aquela «que equilibra os danos que o agente responsável pela infracção da norma especificamente causou e nada mais», então é uma *visão retributiva* que se patrocina, ao invés da anunciada prevenção geral positiva. Na verdade, o último penalista estima que «a intimidação, o exercício da fidelidade ao Direito»⁶⁶, não são essenciais para a pena, podendo ou não existir como uma espécie de «externalidades», diríamos nós. Ora, a «fidelidade ao Direito» não tem sido, muito propriamente, uma das formas plásticas usadas para resumir a prevenção geral de integração? Donde, mais uma vez, JAKOBS entra em contradição ao confessar-se adepto de uma teoria relativa dos fins das penas e, a final, ao subscrever afirmações típicas de autores ético-retributivos. E assim se retoma algo que fomos enunciando: garantir a «segurança cognitiva» para diminuir os perigos da vida quotidiana importa uma capitulação à concepção segundo a qual a função primeva do Direito Penal é a protecção de bens jurídicos⁶⁷. Exactamente aquilo contra que JAKOBS se bate.

⁶⁵ CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 17.

⁶⁶ CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 17.

⁶⁷ CLAUD ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática...», p. 18.