



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Sérgio Alexandre da Silva Santos

Os Limites da Lei Penal

Equilíbrio Entre as Normas Penais e os Fins das Penas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciência Jurídico-Forenses.

Orientadora: Inês Fernandes Godinho

Coimbra, 2016

RESUMO

A presente dissertação tem como objectivo a análise da norma penal e a relação que esta tem com as finalidades prosseguidas pelo sistema penal e compreender os vários aspectos das teorias da finalidade das penas. A dissertação inicia-se com uma abordagem às noções elementares das normas jurídicas e jurídico-penais, assim como as suas respectivas características. De seguida, analisar-se-á as teorias que avançaram com respostas para a questão das finalidades das penas, recorrendo-se à doutrina tanto nacional como estrangeira que defenda essas várias teorias. A análise de cada uma destas teorias inicia-se com a sua noção e o seu fundamento base, seguindo-se a distinção entre as diferentes vertentes de cada uma e terminando com as principais críticas apontadas. A partir das críticas apresentadas, conclui-se com a preferência pela teoria mista ou unitária tendo por base a colmatação das deficiências das teorias absolutas e relativas que aquela teoria pretende alcançar.

Palavras-chave: fins, norma penal, pena, prevenção, prevenção especial, prevenção geral, normas, retribuição, teorias positivas, teorias negativas.

ABSTRACT

The present dissertation's purpose is the analysis of the penal norm and its relationship with the aims that the penal system seeks to attain and to understand the various aspects of the theories of the penalty's aims. The dissertation begins by addressing the basic notions of juridical and penal norms, as well as their own individual characteristics. Following that, an analysis will be made to the theories that answered to the issue of the penalty's aims, resorting to both national and foreign doctrine that defend these same theories. Each theory's analysis begins with their definition and their fundamental reasoning, followed by a distinction between their different facets and ends with the main criticism pointed at them. From the criticism presented, the dissertation concludes with the preference for the mixed or unitary theory based on the bridging of both the absolute and relative theories and the attenuation of each one's deficiencies that the former theory aims to achieve.

Keywords: aims, penal norm, penalty, positive theories, prevention, negative theories, norm, retribution

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

p.	– Página
pp.	– Páginas
ss	– Seguintes
CP	– Código Penal
CRP	– Constituição da República Portuguesa
BFDUC	– Boletim da Faculdade de Direito
ADPCP	– Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

Nota: A presente dissertação obedece às regras ditadas pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 8 de Dezembro de 1945 e respectivas alterações.

ÍNDICE

Introdução.....	5
1. As Normas Jurídicas	7
1.1. As Norma Jurídico-Penais.....	11
1.2. Princípios Jurídicos	15
2. Fins das Norma Penais e Fins das Penas	19
2.1. Teorias Absolutas ou Retributivas.....	21
2.2. Teorias Relativas ou Preventivas.....	29
2.2.1. Teorias Relativas: Teorias da Prevenção Geral	30
2.2.2. Teorias Relativas: Teorias da Prevenção Especial	32
2.3. Teorias Mistas ou Unificadoras.....	37
Conclusão	41
Bibliografia	45

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história do direito penal que sempre se questionou para que é que se pune. De facto, houve alguém que, por exemplo, causou lesões físicas ou matou um terceiro e, por isso, deve ser punido, mas qual é a razão inerente a essa punição? Quais as finalidades da aplicação dessa punição? Não se pode punir simplesmente por punir, são necessários fundamentos, uma *ratio* na criação das sanções das normas penais e na sua aplicação.

Ao longo dos tempos, surgiram e evoluíram duas teorias defendendo corolários completamente díspares. A primeira tendo a retribuição como fundamento base e a segunda tendo a prevenção. Ambas partindo de pressupostos diferentes mas sendo possuidoras de virtudes e alvo de críticas, muitas das vezes vindas dos defensores da teoria oposta. São, no entanto, teorias que nada têm de uniforme, existindo grupos ou facções dentro delas que defendem o mesmo fundamento base mas percorrem caminhos diferentes, constroem fundamentos diferentes e até defendem uma aplicação feita de forma diferente. Falo, aqui, da dicotomia entre as teorias positivas e negativas, assim como a subdivisão das teorias da prevenção entre prevenção geral e prevenção especial.

Além destas, um terceiro grupo de teorias propõe construções teóricas que adaptam e combinam elementos de ambas as teorias retribucionistas e prevencionistas ou mesmo apenas elementos dos subgéneros das segundas. São estas as denominadas, com todo o sentido, teorias mistas, unificadoras ou ecléticas.

Estes três grupos constituem as três principais respostas que se têm dado à problemática das finalidades das penas, tendo a aplicação de cada uma sido feita, geralmente, com base em alterações sociais dependentes de uma mudança de paradigma de pensamentos.

Ora, entre as finalidades das penas e a sociedade em si, encontramos as normas penais. São estas que servem como elemento de manifestação das finalidades, prevendo e quantificando as sanções e os casos onde são aplicáveis.

No primeiro capítulo começarei com uma breve caracterização das normas jurídicas em geral e das normas jurídico-penais em especial, assim como algumas especificidades destas, como os princípios inseparáveis da sua aplicação.

No segundo capítulo, abordarei as principais teorias que pretendem dar resposta à finalidade das penas. São elas as *supra* mencionadas teorias absolutas ou retribucionistas, as teorias relativas ou da prevenção, em sentido geral e especial, e as teorias unitárias ou mistas. Farei uma análise das bases de que partem para a criação das respectivas teorias, as suas características, os argumentos a seu favor e as críticas apresentadas contra cada uma delas, assim como a sua influência tanto na criação como na aplicação das normas penais, consoante a finalidade adoptada pelo sistema penal.

1. AS NORMAS JURÍDICAS

O sistema jurídico, como todos os sistemas, é constituído por um conjunto organizado e consistente de elementos interligados entre si com uma ou mais finalidades e funções. No caso do sistema jurídico, estes elementos são as regras jurídicas e os princípios jurídicos. Abstendo de formular comentários de fundo sobre a divergência de posições¹, a expressão "regras jurídicas" equivale a normas jurídicas.

Organizadas em códigos ou em leis avulsas de forma escrita, as normas jurídicas constituem o contacto mais directo da sociedade com o Direito vigente², estabelecendo direitos e deveres, liberdades e obrigações, garantias e consequências, em suma, visam reger as relações que se estabelecem dentro da sociedade regida por elas. Têm, então, um vasto leque de funções. Não se resumem a ordenar e proibir, as leis³ concedem protecções, salvaguardam direitos e orientam a actuação dos cidadãos.

As normas jurídicas não surgem unicamente da capacidade de criação e previsão do legislador, a sua origem radica, muita das vezes, na sociedade que o próprio direito orienta. Mais precisamente, esta origem pode ser encontrada nos factos sociais que surgem na sociedade, os quais vão originar, na consciência social, o surgimento de novos valores ou de uma nova ordenação de valores que, por sua vez, vão influenciar e moldar o sistema de normas⁴. Fala-se, aqui, em comportamentos que se generalizam entre a maioria dos

¹ "A norma jurídica constitui um elemento fundamental do direito (...) Porém, o seu sentido não é unívoco: fala-se de disposição, preceito, lei e regra jurídica", António Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139. José de Oliveira Ascensão usa os dois termos como sinónimos, devido ao uso generalizado do termo norma jurídica, no entanto reconhece que os termos não são completamente equivalentes, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 239. Em sentido oposto, Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 2007 e Hans Kelsen, *A Teoria Pura do Direito*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 82 e ss.

² Tendo como fontes, além da lei, os princípios gerais de direito, os costumes, a jurisprudência e a doutrina. Conforme António Santos Justo, Nota 1, pp. 189-190, João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, pp. 157-158.

³ Falo, aqui, em lei em sentido restrito, ou seja, o correspondente a uma "(...) qualquer norma de carácter geral imposta pelos poderes públicos", Ángel Latorre, *Introdução ao Direito*, Lisboa: Escolar Editora, 2013, pp. 60-61.

⁴ Segue-se, aqui, a teoria da força normativa dos factos como apresentada por João Baptista Machado, Nota 2, pp. 44 e ss.

membros da sociedade e que se reiteram no tempo e no espaço. Não basta, no entanto, que o comportamento se generalize para o transformar em norma, é necessário, também, que se generalize a convicção de que esse comportamento é justo e correcto⁵. A prática de actos, mesmo que generalizados e reiterados pela sociedade, mas que são vazios de qualquer sentido, pouco diferem de condutas aleatórias que casualmente são praticadas pela sociedade. Esta necessidade de ligar a conduta reiterada a um sentido de obrigação, vai aproximar este processo de o da formação dos costumes⁶.

Ora, as normas jurídicas correspondem, assim, a regras sociais, exprimindo comportamentos obrigatórios, permitidos e proibidos, com o objectivo de disciplinar o comportamento social dos cidadãos e servem como fonte imediata do direito⁷.

No entanto, nem todas as normas jurídicas têm um carácter prescritivo. Há normas que apenas descrevem situações e que, sozinhas, não adquirem um alcance suficiente para impor obrigações ou proibições. Como exemplo temos o artigo 19º do CP que estabelece como inimputáveis os menores de 16 anos. Isolada, esta norma não apresenta uma intenção orientadora da sociedade, só em conjugação com outros artigos⁸, como os artigos 91º ou 296º do CP, é que a sua importância se destaca. Ou seja, mesmo que de uma forma indirecta, estas normas jurídicas vão-se traduzir em ordens ou comandos.

Exceptuando as normas descritivas, as normas jurídicas apresentam uma estrutura equivalente às das proposições condicionais, ou seja, a conhecida expressão "*Se A, então B*". Desta forma, são construídas a partir de dois elementos: a previsão e a estatuição⁹. O primeiro elemento corresponde à hipótese, à situação hipotética sobre a qual vai depender a aplicação do segundo elemento, a estatuição¹⁰. Corresponde a uma descrição da

⁵ "(...) apenas se transforma em nova norma de conduta quando se generaliza a convicção deque ela é justa e correcta (...)", João Baptista Machado, Nota 2, p. 45.

⁶ "(...) é de uso definir costume como uma prática social constante, acompanhada do sentimento ou convicção da obrigatoriedade da norma que lhe corresponde", João Baptista Machado, Nota 2, p. 161.

⁷ Juntamente com as normas corporativas, como enuncia o artigo 1º, nº1 do CC.

⁸ "(...) trata-se de disposições que se destinam a integrar as hipóteses globais de outras normas, ou a definir os conceitos normativos por estas utilizados", João Baptista Machado, Nota 2, p. 96.

⁹ Estando presente ambos os elementos, estamos perante normas completas ou autónomas. Caso contrário, serão normas incompletas ou não autónomas. Neste sentido, Mário Reis Marques, *Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 369 e João Baptista Machado, Nota 2, p. 96.

¹⁰ Usando o artigo 131º do CP como exemplo: "Quem matar outra pessoa (previsão) é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos (estatuição)". No entanto, a ordem não é obrigatoriamente esta. A estatuição pode preceder a previsão no texto legal. Por exemplo o nº1 do artigo 20º do CP: "É inimputável (estatuição)

factualidade, correspondente a situações típicas da vida, que vai ter relevância para o direito.

É de salientar que a previsão tem um carácter geral e abstracto. Ora, a norma jurídica vale para qualquer indivíduo, sem distinção de qualquer natureza¹¹, e, ao mesmo tempo, enquanto prevê uma situação específica, nessa previsão cabem um número infinito de ocorrências e não um caso concreto, é feita com a intenção de abranger o maior número possível de casos semelhantes¹².

Por sua vez, a estatuição concretiza duas ideias que distinguem o direito das outras ordens sociais: a coacção e a coercibilidade¹³. Para uma norma jurídica garantir a sua eficácia, será necessária a aplicação de uma sanção caso seja violada, assim como os mecanismos necessários para a efectivar. Aliás, a coercibilidade revela-se como uma necessidade para que todo o sistema legal tenha a capacidade de se impôr¹⁴ e, conseqüentemente, sedimentar o seu papel de dissuasor de crimes.

Como base desta aplicação e execução de sanções, ou melhor, como base da imperatividade e da coercibilidade das normas, temos a existência de um ordenamento jurídico e a autoridade suprema do Estado, entidade com a missão de proteger os interesses e a estabilidade da comunidade e cuja autoridade é legitimada pelo próprio Direito¹⁵. Até porque é este o encargo das normas jurídicas: a sua imposição não é vazia de intenções,

quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação (previsão)". Pode, também, faltar um dos elementos no preceito legal, sendo, então, normas incompletas que "(...) são disposições que não têm estrutura normativa: não estabelecem um dever ser. Tão-só constituem elementos que integram as hipóteses de normas jurídicas ou definem os conceitos normativos aí utilizados.", António Santos Justo, Nota 1, p.164.

¹¹ Reflexo do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no artigo 13º da nossa CRP assim como no artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹² " A regra de direito não visa tanto as pessoas nelas mesmas, quanto as situações jurídicas por elas protagonizadas", Mário Reis Marques, Nota 9, p. 264.

¹³ O facto de a violação das normas jurídicas vigentes acarretar conseqüências para o violador, coloca o direito no ponto extremo oposto à moral, cujos mandamentos "(...) se limitam a mobilizar a (a apelar à) nossa consciência", Fernando José Pinto Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 62.

¹⁴ "(...) a efectivação da sanção é garantida pela existência e actuação de uma instância organizada e integrada no aparelho do Estado", João Baptista Machado, Nota 2, pp. 36-37.

¹⁵ "(...) é o Direito que legitima a Força. O Direito requer uma Força, sim, mas uma Força já legitimada pelo Direito, já por ele regulada no seu exercício – isto é, já conforme à ideia de Direito (ou à Justiça)", João Baptista Machado, Nota 2, p. 39.

visa impor comportamentos aos sujeitos para o seu benefício, para viabilizar a vida em comunidade¹⁶.

¹⁶ O Ser Humano é, inegavelmente, um ser social, pelo que agregar-se em comunidades é um acontecimento natural do seu "ser". Paradoxalmente, é em comunidade que os vários interesses e perspectivas de cada indivíduo entram em conflito causando, conseqüentemente, atrito e tensões. "(...) o direito penal, enquanto conjunto de normas de proibição das mais desvaliosas de todas as condutas, é conatural ao nosso mais profundo modo-de-ser com os outros.", José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 5.

1.1. AS NORMAS JURÍDICO-PENAIAS

É fundamentalmente no ponto das consequências que se pode distinguir a norma penal das outras normas jurídicas.

As normas penais são normas jurídicas que ligam a certos comportamentos penalmente relevantes determinadas consequências jurídicas: as penas ou medidas de segurança¹⁷. Compete, então, às normas penais sancionar, de uma forma notoriamente mais gravosa, condutas que perturbem a ordem jurídica e a paz social.

Ora, são normas que são igualmente compostas por uma previsão e uma estatuição mas, neste caso, a estatuição adquire um carácter mais severo do que nos outros ramos do direito. Enquanto, por exemplo, no direito civil ou no direito do trabalho as consequências baseiam-se em compensações pecuniárias ou na imposição de direitos que assistem à ou às partes, no direito penal a estatuição das normas prevêm (mas não sempre¹⁸) consequências privativas da liberdade. É claro que as normas penais não prevêm unicamente penas de prisão, existem também penas de multa e, com um fundamento diferente, medidas de segurança e medidas de correcção¹⁹.

Sendo a estatuição da norma penal mais severa, a sua aplicação é, logicamente, mais restrita e fixada por princípios específicos.

Em primeiro lugar, a aplicação das normas penais tem como previsão a actuação de alguém e a ofensa ou, pelo menos, o colocar em perigo a integridade de um bem jurídico²⁰.

¹⁷ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 3 e 6 e José de Faria Costa, Nota 16, p. 1.

¹⁸ Inês Godinho, *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 112-114. É o caso das normas penais que prevêm uma permissão na sua estatuição, como é o caso da legítima defesa ou do estado de necessidade justificante, previstos, respectivamente, nos artigos 32º e 34º do CP.

¹⁹ Estas medidas servem como alternativa no caso dos inimputáveis (inimputabilidade em razão da idade e em razão de anomalia psíquica, artigos 19º e 20º do CP, respectivamente) e como forma de colmatar a insuficiência da medida da pena no caso de "(...) uma especial perigosidade resultantes das particulares circunstâncias do facto e (ou) da personalidade do agente.", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 87.

²⁰ "Hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal.", José de Faria Costa, Nota 16, p. 13.

O bem jurídico consiste no objecto do direito penal, o qual pode ser definido²¹ como "(...) a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso"²². Ora, não que o bem não existisse anteriormente, o que se trata é que, através da tutela jurídica atribuída ao bem, este é transformado num bem jurídico. Tutela que é atribuída por a ordem jurídica reconhecer o valor, a essencialidade do bem em questão e a necessidade de este ser tutelado²³.

Do lado oposto temos o crime, que corresponde à ofensa ao bem-jurídico e, conseqüentemente, ao preenchimento da previsão legal que tutela esse bem. De uma forma mais formal, poder-se-á dizer que o crime é um comportamento humano que consiste numa acção penalmente relevante. Acção que é simultaneamente típica, ilícita, culposa e punível²⁴.

Diferente é a teoria preconizada, entre outros, por Karl Binding sobre o que constituem exactamente as normas penais. Partindo da teoria dos imperativos, considera que a norma tem a forma de uma ordem à qual se deve obedecer e que se dirige a todos os cidadãos, distinguindo-se esta da lei penal, a qual se dirige ao Estado. As leis penais corporizam, assim, normas de comportamento que se traduzem em ordens como, por exemplo, "não matarás"²⁵. Desta forma, do ponto de vista desta teoria, o delito em si não constitui uma transgressão da lei penal pois o criminoso efectivamente agiu como a lei previu, sendo, então, uma desobediência à ordem que essa lei penal contém. Por exemplo, a ordem referida ("Não matarás") infere-se do artigo 131º do nosso CP: "Quem matar outra

²¹ Embora não exista uma noção que determine de forma plena o que é o bem jurídico, "há todavia hoje um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 114.

²² Figueiredo Dias, Nota 17, p. 114 e, no mesmo sentido, José de Faria Costa, Nota 16, p. 169.

²³ Excepção das tutelas penais constitucionalmente obrigatórias, casos "(...) onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (...)", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 129.

²⁴ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 237.

²⁵ "La norma, entonces, se concreta en prohibiciones (de hacer algo) o en mandatos (que exigen hacer algo): en otras palabras, órdenes prohibitivas u órdenes imperativas. Por ejemplo: "¡No debes matar!" o bien "¡Debes prestar ayuda al necesitado!".", Enrique Bacigalupo, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº extra 11, 1986, p. 35.

pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos"²⁶. Sendo assim, o delito não é o infringir da lei mas sim o contrário, o agir de acordo com esta, pois, para Binding, a lei penal não tem carácter proibitivo mas sim descritivo, pelo que o delito corresponde ao comportamento descrito²⁷. A verdadeira violação deve-se ao delinquente violar a ordem cristalizada na norma que preencheu com o seu comportamento. Mas não basta a infracção da norma que a lei penal corporiza para dar ao Estado o direito de sancionar ou punir o agente. É necessário que estejam preenchidas as condições de punibilidade, condições especiais que, por vezes, exigem algo mais que a simples infracção da norma. Por outras palavras, mesmo que a norma tenha sido já infringida, pode não haver punição se as condições que a lei penal prever não estiverem todas preenchidas²⁸ ou porque simplesmente existem excepções²⁹. Isto porque a lei penal tem como destinatário o Estado, pelo que a verificação da descrição nela contida provoca a actuação deste³⁰. Além disso, Binding divide, quanto aos destinatários, a norma em primárias e secundárias. As primárias dirigem-se ao cidadão ordenando ou proibindo determinada actuação, enquanto que as secundárias dirigem-se ao julgador ou juiz que o obriga a aplicar a norma caso se verifique a previsão da lei, isto é, a violação da norma.

²⁶ Neste contexto, temos José de Faria Costa que define "texto-norma" como "(...) aquilo que se apresenta ao intérprete como o texto da lei, isto é: a palavra do legislador" e a "norma-texto" como "(...) o significado intrínseco da norma, a revelação do imperativo ou proibição legal que esta traduz, resultado de uma interpretação hermenêutica e metodologicamente fundada e assente nos princípios reitores do ordenamento jurídico-penal.", José de Faria Costa, Nota 16, pp. 137-138.

²⁷ "Pouco conhecido, no entanto, é o fato de que suas raízes são bem mais antigas. Elas ascendem a Thomas Hobbes e Jeremy Bentham. (...) Em realidade, Hobbes deveria ter sido conhecido por Binding. Nesse sentido, anota um dos seus mais tenazes críticos, o civilista Julius Binder, que a abordagem da teoria das normas de Binding já fora, essencialmente, antecipada por Hobbes.", Joachim Renzikowski, "A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 110, 1984, p. 53.

²⁸ "Por ejemplo, la norma que dice: "No debes entregar un cheque sin tener provisión de fondos en el banco" se infringe con la acción de entregar un cheque sin provisión suficiente de fondos; sin embargo, el hecho sólo es punible si el cheque no ha sido pagado dentro de un plazo de cinco días de presentado al cobro (...)", Enrique Bacigalupo, Nota 25, p. 36.

²⁹ "Tanto la norma como el derecho penal del Estado se conciben como una "regla con excepciones" y como un derecho con excepciones, respectivamente. Por lo tanto, la teoría del delito puede distinguir entre la exclusión de la pena por la intervención de una excepción de la norma (fundamento de justificación) o por la incapacidad del autor de comprender el deber surgido de la norma (inculpabilidad), o bien exclusión de la pena por concurrencia de una excepción del derecho penal del Estado (excusa absolutoria(...)).", Enrique Bacigalupo, Nota 25, p. 36.

³⁰ "La ley penal, a diferencia de la norma no tiene por destinatarios a los ciudadanos individualmente, sino al Estado mismo (otros prefieren decir al juez o a las autoridades de ejecución penal, etcétera).", Enrique Bacigalupo, Nota 25, p. 37.

Da mesma forma, Herbert Hart separa o conteúdo da norma da norma em si, afirmando que a previsibilidade de uma sanção não é elemento suficiente para determinar a existência de uma regra³¹. Hart considera que a norma constitui a sanção enquanto que a regra social constitui a obrigação (a ordem ou obrigação), dependendo a criação da primeira da força ou pressão social que se exerce sobre aqueles que ameaçam o desrespeito pela segunda³². Sendo assim, se uma regra social tem força para ser obrigação então será reforçada essa obrigação através da imposição de sanções³³. Sendo a sanção punitiva tanto mais severa quanto seja a pressão social para a observância da regra social³⁴. Além disso, distingue dois tipos de regras: primárias e secundárias. As primárias exigem aos humanos "(...) que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram quer não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados."³⁵

³¹ "É óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou do elemento «ter de» ou «ter o dever de» abrangido nas regras.", Herbert L. A. Hart, *O conceito de Direito*, 6ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 15.

³² "A afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra; todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existam regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação. (...) As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se.", Herbert L. A. Hart, Nota 31, pp. 95-96.

³³ "A função social que a lei criminal cumpre é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos.", Herbert L. A. Hart, Nota 31, p. 34.

³⁴ "(...) el reforzamiento punitivo informal de determinadas reglas sociales opera como un criterio pre-institucional de reconocimiento (mediato), al modo de un criterio de significación: el carácter obligante de la regla es reconocible por la importancia (relativa) de la regla; y la importancia (relativa) de la regla es reconocible, a su vez, por la intensidad de la presión social ejercida para reforzar su observancia o seguimiento.", Juan Pablo Mañalich R., "Reglas primarias de obligación - Las "reglas del derecho penal" en el concepto de derecho de H.L.A. Hart", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, p. 577.

³⁵ Herbert L. A. Hart, Nota 31, p. 91.

1.2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Para além da ocorrência do crime, será também necessário ter em atenção os princípios relativos à aplicação das normas de direito penal, ainda que de forma sumária.

Pode-se definir os princípios, num sentido geral, como "(...) normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica."³⁶ Os princípios afectam a aplicação das leis e a actuação, em geral, de todos os ramos jurídicos³⁷. Ora, tendo em conta as especificidades do ramo jurídico-penal, é de esperar que a actuação deste seja pautada por vários princípios, e mesmo por princípios especificamente criados para este ramo. Definem como a actuação penal deve ser, orientam o processo do início ao fim (tanto na análise dos crimes como na determinação e aplicação das penas).

Especificamente, quanto à aplicação das normas jurídico-penais, releva, em primeiro lugar, o princípio da subsidiariedade do direito penal. Ora, tendo em conta o grau mais severo das sanções deste ramo do direito, limita-se a actuação do direito penal para quando os outros ramos do ordenamento jurídico não forem suficientemente eficazes ou capazes de salvaguardar os bens jurídicos em questão. Sendo assim, o direito penal actua ou intervém como *ultima ratio*^{38 39} no quadro do ordenamento jurídico instrumental para a protecção da

³⁶ José Joaquim Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2015 p. 1255.

³⁷ É de referir, neste contexto, os artigos 25.º e seguintes da CRP. Por outras palavras, é necessário que prevaleçam exigências ético-sociais da plena garantia do respeito dos direitos humanos do indivíduo plasmados na nossa Lei Fundamental.

³⁸ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 128. José de Faria Costa, Nota 16, p. 69 e *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, p. 89. José de Faria Costa, no prólogo de "Dos delitos e das Penas" de Cesare Beccaria, p. 20, afirma a necessidade de "(...) um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*."

³⁹ Paulo Ferreira da Cunha, "Ultima Ratio - Uma (Re)visão Filosófico-Constitucional da Ciência do Direito Penal", *Direito Penal Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais - Homenagem ao prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 164 e ss. Destaca-se, na p. 165: "(...) mesmo que haja um bem jurídico-penal em presença, ele só será tutelado jurídico-penalmente se tal for a única solução possível, se nenhuma outra forma de resolução do problema puder ter êxito. É o que significa o princípio da *ultima ratio*."

paz social⁴⁰. Obviamente, este princípio releva exclusivamente para o ramo do direito penal, por virtude das consequências únicas das normas deste ramo.

O princípio da unidade da ordem jurídica⁴¹, por sua vez, encarrega o direito penal de apenas resolver os conflitos mais graves ao mesmo tempo que deve exceptuar os factos cuja ilicitude for excluída pela ordem jurídica na sua globalidade⁴². Estes conflitos mais graves são aqueles onde, logicamente, a actuação do agente contende com os valores essenciais de uma determinada comunidade.

Quanto ao princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴³), o essencial deste princípio determina que só pode haver crime e pena se existir uma norma estrita, escrita, prévia e certa de carácter geral e abstracto⁴⁴ que proteja o bem jurídico em questão e que fixe a sanção para esse mesmo crime. Ou seja, "por mais socialmente nocivo e reprovável que seja o comportamento(...)"⁴⁵ de um indivíduo, este não poderá ser punido sem que o legislador o tivesse previsto (tanto o comportamento como a respectiva punição) e vertido numa norma penal⁴⁶. O objectivo deste princípio não é mais do que garantir a segurança jurídica e salvaguardar os direitos individuais, através da submissão e da limitação das leis pelas próprias leis⁴⁷. Garantia que é assegurada através da exigência de

⁴⁰ "Justamente porque a função do direito penal radica na protecção das condições indispensáveis da vida comunitária (e, neste sentido, a sua função é em verdade subsidiária, fragmentária e, *hoc sensu*, "accessória"), cumpre-lhe seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva *teleológica*, representam um ilícito geral *digno* de uma sanção de natureza criminal." Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 16.

⁴¹ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, pp. 15, 387 e 388.

⁴² Posição expressamente prevista no artigo 31º do CP, cujo nº1 determina que "o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica na sua totalidade." Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, pp. 387-388, afirma que "(...) se uma acção é considerada lícita (sc., conforme ao "direito") pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude –ou ausência de ilicitude – tem de impor-se a nível do direito penal, pelo menos no sentido de que ela não pode constituir um ilícito penal."

⁴³ "Este princípio (...) oferece uma ideia de segurança, certeza e paz jurídicas, tendo sido Feuerbach que cunhou, no século XVIII, esta proposição em latim." José de Faria Costa, Nota 16, p. 218.

⁴⁴ Como determina o nº3 do artigo 18º da CRP.

⁴⁵ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 180.

⁴⁶ "(...) em um Estado de Direito, o princípio da legalidade (o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*(...)) constitui a fronteira inultrapassável da punibilidade – e, com isto, também a fronteira de todo o fenómeno criminal." Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 22.

⁴⁷ "Este princípio (...) oferece uma ideia de segurança, certeza e paz jurídicas", José de Faria Costa, Nota 16, p. 218. No mesmo sentido, Jorge Figueiredo Dias, parafraseando Roxin, defende que "(...) a protecção dos direitos, liberdades e garantias deve ser levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal.", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 177.

uma lei que esteja expressa, ou seja, escrita⁴⁸, que exista previamente ao facto que pretende punir^{49 50}, que seja certa, não sendo fonte de dúvidas quanto à sua aplicação^{51 52} e que tenha um sentido estrito (proibindo a analogia⁵³)⁵⁴. Estes corolários do princípio da legalidade autonomizam-se em plenos princípios nomeadamente o princípio da proibição da retroactividade da lei penal, da proibição da interpretação extensiva das normas penais incriminadoras e da proibição da analogia. Ora, com um tamanho volume de princípios a reger a parte da interpretação e aplicação das normas penais, subentende-se que o ordenamento jurídico pretende deixar absolutamente claro o alcance destas normas, não deixando margem para qualquer arbitrariedade por parte do sistema e incertezas por parte da comunidade.

Ligados às penas a aplicar pelas normas penais, temos, acima de tudo, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso⁵⁵. Decorrência natural do Estado Democrático de Direito dos dias de hoje, este princípio dita que a sanção a aplicar pelo

⁴⁸ "«Nullum crimen, nulla poena sine *lege scripta*» é o primeiro desses especificantes corolários, e para afirmara exclusividade da lei (a «lei formal» ou a lei em sentido jurídico-constitucional estrito) e assim a correlativa inadmissibilidade de outras «fontes» ou outros normativamente constitutivos (particularmente dos direitos consuetudinário e jurisprudencial) para os fundamentos jurídicos da incriminação e da punição.", António Castanheira Neves, "O princípio da legalidade criminal: O seu problema jurídico e o seu critério dogmático", *BFDUC*, 1984, pp. 314-315.

⁴⁹ "(...) não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta (...)", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 180.

⁵⁰ "«Nullum crimen, nulla poena sine *lege praevia*» (...) com que se enuncia, bem se sabe, uma das mais relevantes especificações do princípio, pois significa a irrenunciável proibição da retroactividade criminal *in malam partem*.", António Castanheira Neves, Nota 48, p. 322.

⁵¹ "«Nullum crimen, nulla poena sine *lege certa*» (...) *Lex certa* será a lei determinada na sua formulação prescritiva e no seu conteúdo normativo, em termos de poder impor-se já como critério autónomo e suficiente da incriminação punitiva." António Castanheira Neves, Nota 48, p. 334.

⁵² "Efectivamente, quanto mais certos, precisos e determinados estiverem previstos os elementos no tipo, mais fácil se torna a sua interpretação, ou seja, existe maior certeza no âmbito de protecção da norma (...)", José de Faria Costa, Nota 16, p. 219.

⁵³ "Assumindo importância fundamental no direito penal, este princípio não se encontra, todavia, inscrito na "natureza" das coisas, sendo, inclusivamente, contestado por alguns autores que defendem não existir diferença entre interpretação extensiva e interpretação analógica.", José de Faria Costa, Nota 16, p. 219.

⁵⁴ "«Nullum crimen, nulla poena sine *lege stricta*» é a formulação do último corolário do princípio, e serve para excluir tanto a incriminação (e a agravação) como a determinação de pena por analogia. (...) Deste modo o corolário da *lex stricta* implicará a não aplicação da norma legal incriminadora e punitiva para além do que haja de considerar-se uma sua aplicação directa ou imediata, possibilitada pela interpretação, e infere-se daí a recusa da sua aplicação indirecta e mediatizada por um autónomo juízo normativo do julgador a casos diferentes, posto que análogos daqueles por ela directamente previstos (...)", António Castanheira Neves, Nota 48, pp. 353-354.

⁵⁵ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 128.

crime cometido não deve ser excessiva, ou seja, deverá ter-se em conta tanto os interesses a proteger com a tutela do bem jurídico como os danos causados pela sanção⁵⁶. Além disso, este princípio vem determinar a proibição da aplicação de penas bárbaras e desnecessárias⁵⁷. Sendo assim, vê-se que o princípio da proporcionalidade vai fundamentar-se, ou melhor, tem como critérios a importância que é atribuída ao bem jurídico a ser tutelado assim como a culpa do agente.

Ora, vistas, de forma sumária, as principais características das normas e os princípios inerentes às normas penais, importa, então, reflectir sobre as finalidades destas e os fins das penas.

⁵⁶ A CRP, no seu artigo 18º nº2, afirma que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos."

⁵⁷ "(...) a proporcionalidade possui uma dupla face: de protecção positiva e de protecção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de protecção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.", Lenio Luiz Streck, "Bem Jurídico e Constituição - Da Proibição de Excesso (*Übermaßverbot*) à Proibição de Protecção Deficiente (*Untermaßverbot*) ou como não há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais", *BFUC*, 2004, p. 315.

2. FINS DA NORMA PENAL E FINS DAS PENAS

A norma jurídico-penal, ou seja, a norma exteriorizada em lei penal que tutela um bem jurídico, define a punição das ofensas dirigidas a este através da aplicação de determinadas consequências jurídicas específicas deste ramo de direito. Por sua vez, o direito penal tem como função a protecção de bens jurídicos⁵⁸. Protecção esta que é feita através da prescrição de penas ou medidas de segurança a condutas ilícitas ou antijurídicas que vão contra a manutenção do bem jurídico tutelado.

No entanto, estas consequências não são definidas arbitrariamente. Define-se a pena ou medida de segurança consoante o valor relativo do bem jurídico tutelado. Vai-se definir, igualmente, as medidas mínimas e máximas da consequências a aplicar, de forma a flexibilizar a sua aplicação, pois nem todas as condutas que lesam um bem jurídico têm a mesma gravidade (culpabilidade do agente), logo, não podem ter a mesma exacta consequência⁵⁹. Esta moldura penal, ou seja, estes mínimos e máximos das sanções são, também, definidos segundo uma lógica, segundo critérios, mormente "(...) a natureza do bem jurídico que se quer proteger, a forma de ataque ou violação àquele bem jurídico, assim como as finalidades de censura e prevenção."⁶⁰

No entanto, embora a norma penal defina penas criminais como consequências, a medida e os fins destas vão estar dependentes dos fins que as penas em si tencionam prosseguir⁶¹.

⁵⁸ "A função do direito penal é a de proteger bens jurídicos (...) defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal." José de Faria Costa, Nota 16, p. 13.

⁵⁹ "É indiscutível que toda e qualquer infracção penal oferece (...) não só uma precisa definição das condutas proibidas, mas também uma não menos precisa definição de pena, se bem que esta, afastada uma concepção legalista da pena fixa, esteja balizada entre um mínimo e um máximo, revelando-se, como tal, capaz de responder à chamada dos princípios da culpa e da igualdade.", José de Faria Costa, *Direito Penal Especial - contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 55-56.

⁶⁰ José de Faria Costa, Nota 59, p. 56.

⁶¹ "(...) una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social – sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil –. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal – que utilizaremos aquí – habitualmente «fines de la pena».», Günther Jakobs, "El Principio de Culpabilidad", *ADPCP*, 1992, p. 1052.

Ora, este problema dos fins das penas toca no cerne do direito penal, sendo que "(...) é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estadual⁶²." Ao abordar-se este tema, é natural a afluência de outras tantas questões: "quando se aplica uma pena que fim imediato se tem em vista, que efeito se pretende obter com ela; porque se há-de impor essa e não uma outra, de estrutura, espécie ou quantidade diferente? Aplicada uma pena pelo tribunal, porque se há-de executar de certo modo e não por forma diversa? Porque se condena um homem a tantos meses ou anos de cadeia ou penitenciária? O que é que se pretende obter com a condenação e depois com a execução da pena?"⁶³

A legitimidade, em si, das penas (assim como das outras sanções jurídicas) é inegável, pois "(...) destinam-se a evitar que sejam lesados ou postos em perigo os interesses individuais ou colectivos (...)", ou seja, "(...) assegurar e defender a ordem jurídica."⁶⁴ Sendo, aliás um meio necessário quando as outras sanções existentes se demonstrarem inaplicáveis ou insuficientes⁶⁵.

Quais são, então, os fins das penas? O que se pretende alcançar e de que maneira?

As respostas dadas ao longo dos séculos a este problema dos fins podem ser divididas em três teorias principais: as teorias absolutas ou retributivas, as teorias relativas ou preventivas e as teorias mistas ou unificadoras.

⁶² Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 44.

⁶³ José Beza dos Santos, "Fins das Penas", *BFDUC*, 1937, p. 25.

⁶⁴ José Beza dos Santos, Nota 63, p. 27.

⁶⁵ José Beza dos Santos, Nota 63, p. 28.

2.1. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS

Para estas teorias "(...) a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime (...)." ⁶⁶ Concebe-se a pena "(...) como um mal que se inflige para compensar o mal do crime, para o retribuir." ⁶⁷

A justificação da pena funda-se, assim, no dano e sofrimento causado pelo agente, o qual terá de sofrer na mesma medida desses danos que causou ^{68 69 70} e da sua culpa na conduta danosa de forma a "(...) manter a ordem jurídica, para afirmar a autoridade do direito de que a justiça é elemento essencial." ⁷¹ É nestas bases que reside a justiça retributiva.

O essencial é existir uma "(...) correspondência entre a pena e o facto." ⁷² No entanto, durante séculos, a dificuldade destas teorias foi fundamentar um critério que possibilite a construção de uma correspondência ou de uma igualação entre a pena a aplicar e o facto ilícito. Por outras palavras, que critério usar para determinar a medida da pena a aplicar.

Inicialmente, as teorias absolutas em muito se equipararam ao princípio de Talião (o clássico "olho por olho, dente por dente" ⁷³), ou seja, o dano causado pelo crime deve ser retribuído ao agente na mesma exacta medida. Quantifica-se a pena com base no facto ilícito cometido pelo agente. A punição em si, no entanto, tem carácter puramente religioso,

⁶⁶ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 45.

⁶⁷ José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 45.

⁶⁸ "(...) a pena é um castigo: a justa paga do crime cometido." "Traduz-se (...) na aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialéticos, estéticos, religiosos ou sociais. Quem procede mal deve pagar esse mal como é justo, e é justo que sofra um mal igual ao crime que praticou (retribuição).", Eduardo Correia, *Direito Criminal Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 55 e 41.

⁶⁹ "Quem proceder criminosamente pagará o que fêz, como fôr justo; é justo que sofra um mal equivalente àquele que praticou.", José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 45.

⁷⁰ "Quem procede mal, deve pagar por esse mal, como é justo; e é justo que sofra um mal igual ao crime que praticou. Este é, na essência, o «subtractum» das doutrinas retributivas, melhor dizendo, ético-retributivas.", António Pais de Sousa, *Polémica sobre os fins das penas: conferência realizada em Rotary Clube de Santo Tirso no dia 23 de Maio de 1973*, p. 6.

⁷¹ José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 45.

⁷² Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 45.

⁷³ "Historicamente, as teorias absolutas têm como raiz a regra taliónica (...)", António Lourenço Martins, *Medida da Pena - Finalidades Escolha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 66.

tendo como base o pecado⁷⁴, revelando-se o direito, desta forma, como um mecanismo da realização da justiça divina e o juiz como o representante de Deus. Fundamentos que vigoraram até à Idade Moderna⁷⁵.

Hegel, adoptando uma vertente retributiva do fins da pena, vem considerar o crime como a negação do direito e a pena como a negação desta negação⁷⁶. Para Hegel, não era suficiente querer o mal a alguém simplesmente por um existir um mal anterior. Devia-se, então, aplicar a lei com o objectivo de se fazer justiça. Desta forma, considera o delito como a manifestação de uma vontade individual que vai contra a vontade geral racional que se manifesta como o direito. Assim, a pena vai negar esta negação da vontade geral racional (isto é, do direito) e, através desta dupla negação, transforma-se numa afirmação, assegurando a eficácia do direito que foi negado pelo crime. Consegue-se, assim, restaurar o Direito^{77 78}.

Também Kant defendeu as teorias absolutas pois encontram-se em sintonia com os pressupostos antropológicos deste filósofo. Kant defende a iminente dignidade do ser humano pelo que cada pessoa deve ser considerada como um fim em si mesmo, rejeitando a sua degradação a objecto, meio ou instrumento⁷⁹. Ora, as teorias absolutas, ao assumirem a punição do criminoso como único fim da pena, rejeitam a sua instrumentalização⁸⁰ para

⁷⁴ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 45. Eduardo Correia afirma que as teorias absolutas consideram "(...) a reacção criminal derivada de uma exigência da própria violação (a punição tem lugar «quia peccatum»)(...)", Nota 66, p. 40.

⁷⁵ "Arrancando do princípio de Talião (...) tendo-se deixado penetrar durante a Idade Antiga de representações mitológicas e durante a Idade Média de racionalizações religiosas (...)", Jorge de Figueiredo Dias, Nota 17, p. 45.

⁷⁶ "(...) Hegel caracterizó el delito como la negación del Derecho, por cierto, también a propósito de la fundamentación (del carácter necesario) de la pena: la negación del Derecho ínsita al hecho delictivo sencillamente no podría quedar sin respuesta; la negación del Derecho debería ser anulada y con ello restablecida la vigencia del ordenamiento jurídico.", Wolfgang Frisch, "Pena, Delito y sistema del delito en transformación", *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julho de 2014, p. 6.

⁷⁷ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 99 e ss.

⁷⁸ Américo Taipa de Carvalho, "Prevenção, Culpa e Pena - Uma Concepção Preventivo-Ética do Direito Penal", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 318-319.

⁷⁹ José Beleza dos Santos, no entanto, expõe que "(...) para Kant a pena é um meio ao serviço de um valor, a justiça, valor que é superior ao da própria existência social, porque sem ele a vida humana deixa de valer. O que Kant condena é a concepção utilitária da pena, que não deve ter por fim um proveito individual ou colectivo, mas a realização da justiça.", Nota 63, p. 26, nota 1.

⁸⁰ "(...) para Kant, ao punir-se o criminoso, para que a generalidade das pessoas não cometa crimes, está a prevenção geral a servir-se dos homens como instrumentos dos seus fins, esquecendo-se o respeito pela dignidade humana.", António Pais de Sousa, Nota 68, p. 8.

alcançar objectivos de interesse da sociedade^{81 82}. Aliás, para Kant, qualquer efeito da pena que não seja a punição do criminoso, ou seja, efeitos preventivos, independentemente do seu tipo, deve ser alheado da mesma⁸³. Célebre é o exemplo da ilha teorizado por este filósofo, que em muito traduz a posição deste autor quanto às finalidades da pena, relativamente ao hipotético desaparecimento do Estado e da Sociedade: "teria o último assassino que se encontrasse na prisão de ser previamente enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus actos e o sangue derramado não caia sobre o povo que se não decidiu pela punição, porque ele poderia então ser considerado como participante nesta violação pública da justiça."⁸⁴

No entanto, a existência de um critério que defina uma igualação entre o "(...) mal do crime e o mal da pena"⁸⁵ continuava a ser necessário. A mensuração da pena a aplicar não poderia simplesmente assentar em factos, mas tinha de ter um apoio normativo que defina as bases da retribuição. A questão essencial, então, é: como estabelecer a medida exacta da retribuição?

Esta questão foi solucionada com a definição dos critérios para a quantificação da retribuição necessária: "(...) a "compensação" de que a retribuição se nutre só pode ser função da ilicitude do facto e da culpa do agente."⁸⁶

⁸¹ "(...) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.", Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 73.

⁸² Quanto à doutrina Kantiana da legitimação das penas, José Beleza dos Santos atribui-lhe escassa relevância, afirmando mesmo que "(...) baseia-se numa ficção." Nota 63, p. 38.

⁸³ "El único fundamento de la pena, para Kant, es la retribución a la culpabilidad del sujeto. La aplicación de la pena es, para él, una necesidad ética, una exigencia de la justicia, u imperativo categórico, por tanto, los posibles efectos preventivos que se pretendan atribuir a la pena son artificiales y ajenos a su esencia.", Mario Durán Migliardi, "Teorías Absolutas De La Pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y Criticas Fundamentales a la Teoria De La Retribucion Moral De Immanuel Kant a Proposito Del Neoretribucionismo y Del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2011, p. 95-96.

⁸⁴ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 46, *apud* Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Zweittes Blatt, Metaphysique Anfangsgründe der Rechtslehre*, §49, E. "Vom Straf - und Begnadigungsrecht", I, 1798 (= Kant. Werke, W. Weischedel (org.), VII, pp. 455 e 457).

⁸⁵ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 46.

⁸⁶ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 46. Igualmente Eduardo Correia, Nota 66, p. 46, afirma que a "Igualdade entre crime e pena significa, assim, proporção entre a gravidade da pena e a gravidade da ilicitude do facto e da culpa do delincente."

Ora, se se procura a justiça⁸⁷, não se poderá tratar todo o criminoso como igual, será necessário ter em conta a sua culpa no crime⁸⁸. Este princípio da culpa vai, igualmente, servir como máxima de todo o direito penal, definindo que "(...) não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa."⁸⁹ Desta forma, consegue-se a reposição da justiça e o sentimento de confiança no ordenamento jurídico assegurando, conseqüentemente, a ordem jurídica e a paz social⁹⁰.

Princípio este que vai ao encontro das ideias de livre-arbítrio da acção humana defendidas por estas teorias^{91 92}. Ora, se se aceita que os indivíduos são livres nas suas acções, significa que o criminoso, ao cometer o crime, optou por essa acção, pelo que deve ser responsabilizado, isto é, punido por ela, na medida da sua gravidade⁹³.

⁸⁷ "(...) su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es sólo, y únicamente, la realización de la justicia como valor ideal. (...) La pena *tiene que ser* porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.", Mario Durán Migliardi, Nota 83, p. 95.

⁸⁸ "Um homicídio intencional é reputado muito mais grave que um homicídio por negligência. Por isso a pena deve proporcionar-se à gravidade objectiva e subjectiva do crime. Não é apenas um talião grosseiro, uma igualação material, aritmética do mal do crime, mas uma equivalência deste mal socialmente determinada pela sua gravidade em si e pela culpa de quem o praticou.", José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 64.

⁸⁹ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 47.

⁹⁰ Cfr. José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 64.

⁹¹ "El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defechosa de una persona (...). (...) la culpabilidad es reprochabilidad; en lenguaje coloquial: tener la culpa. (...) como razón del principio de culpabilidad, se aduce que sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo o caso, cuando merece un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona – a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida – entre los objetos del Derecho de cosas. (...) deriva el principio de culpabilidad (...) de la obligación de respetar la dignidad humana.", Günther Jakobs, Nota 61, pp. 1051-1052.

⁹² "Porque sou livre e autónomo, porque sou pessoa (indivíduo), sou responsável. Respondo por aquilo que faço, por aquilo que fiz. Logo, a pena a aplicada ou a aplicar tem que ser envolvida pelo olhar que quer ver o pretérito. Que o quer ver, não para qualquer comprazimento *voyeur* ou até narcísico, mas que quer ver o facto criminoso na contextualização do seu passado.", José de Faria Costa, Nota 38, pp. 226-227.

⁹³ "En este sentido, resulta claro que la idea del libre albedrío, o el concepto de libertad de voluntad del ser humano – y desde ella, el principio de culpabilidad– resultan claves para la justificación de estas teorías, por cuanto sólo el hombre libre, dotado de discernimiento y libertad para decidir entre el bien y el mal, puede ser castigado por el delito cometido.", Mario Durán Migliardi, Nota 83, p. 95.

O nascimento destas teorias é fruto da cultura da época, inegavelmente ligada à religião^{94 95}, segundo as quais o pecado deve ser castigado, surgindo a pena como esse castigo merecido, como a expiação do mal do crime⁹⁶. Além disso, mesmo aceitando a ideia de que a pena deve ser sempre uma expiação do crime, ou seja, "(...) um remédio para a alma do delinquente, purificá-la pelo sofrimento imposto ou aceito, apagando a mancha moral que o crime nela deixou"⁹⁷, isso só acontecerá em muitos poucos casos⁹⁸.

Soma-se a esta questão da dificuldade ou mesmo impossibilidade de medir, de forma integral e sem suscitar dúvidas, o mal do crime e a culpa do agente⁹⁹ para que se consiga alcançar uma pena equivalente¹⁰⁰.

Para estas teorias, o seu sentido esgota-se nessa função de retribuir ou expiar o mal causado¹⁰¹. Além disso, embora as teorias retributivas tenham conseguido separar-se da

⁹⁴ "Se remontarmos ao Antigo Testamento, veremos que, então, vigorou um retribucionismo objectivo, traduzido pelo aforismo taliónico "olho por olho, dente por dente".", Américo Taipa de Carvalho, Nota 78, p. 317.

⁹⁵ "Como é sabido as nossas sentenças não são pronunciadas em nome de Deus, mas em nome do povo. Numa época que faz derivar todo o poder estatal do povo, já não é admissível a legitimação de medidas estatais com a ajuda de poderes transcendentais.", Claus Roxin, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª Edição, Lisboa: Editora Vega, 1993, p. 19.

⁹⁶ Claus Roxin afirma que "(...) a própria ideia de retribuição compensador só pode ser plausível mediante um acto de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena.", Nota 95, p. 19.

⁹⁷ José Bezeza dos Santos, Nota 63, p. 54.

⁹⁸ "Há de facto delinquentes em que a pena pode produzir este efeito purificador e que a aceitam como expiação; mas são raros, muito raros mesmo. A grande maioria sofre-a com passiva submissão, com indiferença, com impaciência, com constrangimento, ou com revolta." José Bezeza dos Santos, Nota 63, p. 55.

⁹⁹ Tendo em conta os defensores do determinismo, a culpa não existe já que o ser humano encontra-se desprovido de qualquer liberdade de escolha, ou seja, não é responsável pelas suas acções, tal qual uma marioneta manipulada por cordéis. Franz von Liszt argumenta que "Com o conceito de culpa (no sentido tradicional) cai também o conceito de retribuição... A retribuição pressupõe que o agente tivesse possibilidade de actuar de modo diferente. Mas, sem liberdade de escolha, nem culpa nem retribuição. Para o determinismo consequente só resta a pena orientada para os fins... A retribuição de base determinista não só é um pecado do coração como também um desvario da inteligência.", Claus Roxin, Nota 92, p. 68 *apud* A.u.V., II, pp. 43 e 44.

¹⁰⁰ "Como é possível medir esse mal ou melhor esses males para lhes encontrar a respectiva compensação da pena? Depois, o que se quer retribuir não é só o mal causado pelo crime objectivamente considerado, é também a culpa do delinquente nêle contida. Ora como é possível medi-la para o efeito de a retribuir?", José Bezeza dos Santos, Nota 63, p. 72.

¹⁰¹ "(...) se impugna a estas teorias el hecho de que la pena aparezca como un fin en si mismo, como un bien dotado de valor intrínseco tal que se basta a si mismo en su aplicacion al ciudadano. Sobretudo porque no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de derecho democratico, que la pena *solo* consista en un mal, que solo tenga por objeto retribuir.", Mario Durán Migliardi, Nota 83, p. 103.

religião, as suas bases para o fundamento da existência da pena não se revelam como suficientemente válidas para serem tidas em conta. Isto porque as teorias da retribuição pressupõem desde logo a necessidade da pena, ignorando a problemática da sua fundamentação¹⁰². Soma-se a questão de que, para o Direito, nem toda a culpa releva e, conseqüentemente, pressupõe uma retribuição e mesmo para aquela culpa que releva, não raras vezes, a sua retribuição não será a pena¹⁰³.

Assim, como teorias dos fins da pena, estas devem ser rejeitadas¹⁰⁴. Pois consideram a pena como um objecto dissociado de fins¹⁰⁵, algo que entra em colisão com o Estado democrático e laico dos dias de hoje que procura proteger bens jurídicos sem que, para tal, se converta numa entidade unicamente sancionadora.

Ainda tendo em conta um ponto de vista focado na sociedade, as teorias da retribuição, ao centrarem-se na expiação do mal do crime através de penas¹⁰⁶, colocam-se numa posição doutrinal que descarta ou mesmo se opõe a qualquer hipótese de ressocialização do delinquentes¹⁰⁷ e de restauração da paz jurídica da comunidade afectada pelo crime¹⁰⁸.

Outra das críticas que recai sobre as teorias absolutas é a da equiparação da retribuição com uma vingança. Ao apoiarem-se na expiação ou retribuição do mal com outro mal¹⁰⁹, vai causar a impressão que a pena em si não é mais que uma vingança feita com o apoio estatal. No entanto, esta crítica reconduz-se mais a uma percepção errada ou

¹⁰² "(...) a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade(...)", Claus Roxin, Nota 95, p. 19.

¹⁰³ Neste sentido, Claus Roxin, Nota 95, p. 17 e Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 47, onde afirma que "(...) se toda a pena supõe a culpa, nem toda a culpa supõe a pena(...)."

¹⁰⁴ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 47 e, igualmente, Anabela Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 152.

¹⁰⁵ "A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça.", Claus Roxin, Nota 95, p. 16.

¹⁰⁶ "(...) as doutrinas puramente retributivas negam à pena um fim preventivo.", José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 59. O mesmo autor vem afirmar, em seguida, que "a prevenção de crimes futuros pode ser um efeito eventual e secundário da pena, mas não deve considerar-se um fim desta.", p. 68.

¹⁰⁷ "(...) al conceptuar estas teorias a la pena como fin en si mismo, como un bien intrinseco, se renuncia, desde ya y por definicion, a la utilizacion de la pena como un instrumento de politica criminal destinado a la consecucion, por ejemplo, de finalidades de utilidad social.", Mario Durán Migliardi, Nota 83, p. 103.

¹⁰⁸ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 49.

¹⁰⁹ Não é sempre assim. José Faria Costa defende que "a pena (a pena criminal) não pode e não deve, definitivamente, ser percebida e valorada como um mal." Nota 89, p. 219.

reduzida do que o que a retribuição realmente pretende alcançar¹¹⁰. As teorias absolutas em nada defendem que se trata de uma simples vingança pelo crime cometido, pois procuram que a justiça seja feita mas segundo critérios de justiça, segundo a proporção da culpa do delincente¹¹¹.

No entanto, ao centrarem-se na justiça e na pena justa¹¹² (pelo que, conseqüentemente, não deve ser entendida como um mal), as teorias da retribuição têm o "(...) mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa"¹¹³, tornando-se um "(...) dado adquirido do património jurídico-cultural."¹¹⁴ ¹¹⁵ Ainda que, porém, falhem em justificar a punição de inimputáveis, à luz deste princípio, já que "(...) em virtude de uma anomalia mental, da sua pouca idade, etc., não são livres e não podem portanto ser objecto de censura e de culpa."¹¹⁶ Algo que levou algumas das vertentes destas teorias a admitir

¹¹⁰ "Esa interpretación del pensamiento clásico es, repetimos, profundamente distorsionada y reductiva y absolutamente no respecta la idea inspiradora que está en la mente y corazón de aquellos grandes escritores, notoriamente «retribucionistas», como fueron Platón, Dante Alighieri, Tomás de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel, etc., (...). Se yerra totalmente si se piensa que todos estos grandes intelectuales, así determinantes para la historia de la civilización, concibieron la pena simplemente como pública venganza (...)", Elio Morseli, "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *ADPCP*, 1995, p. 271.

¹¹¹ José de Faria Costa, Nota 16, p. 179.

¹¹² "En general, se puede senalar como un aspecto positivo de las teorias absolutas, de la retribucion o teorias retributivas de la pena, que estas teorias tienen una marcada preocupacion por la justicia y, por tanto, por la pena justa. Ello, tanto desde el punto del hecho mismo como respecto del sujeto titular del hecho realizado. De ahí que ellas hayan servido para desarrollar el fundamental principio limitador al *Ius Puniendi* del Estado, el Principio de Culpabilidad, en virtud del cual, solo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable.", Mario Durán Migliardi, Nota 83, p. 102.

¹¹³ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 47. O mesmo autor, que é um acérrimo crítico destas teorias, na p. 82, afirma que "se a retribuição não tem qualquer palavra a dizer em matéria de finalidades da pena, a ela pertence, segundo a história e segundo o seu conteúdo (...) o mérito indeclinável de ter posto em evidência a essencialidade do princípio da culpa e do significado deste para o problema das finalidades da pena."

¹¹⁴ Pedro Vaz Pato, "Os Fins das Penas e a Prática Judiciária", Texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira no dia 1 de Julho de 2011, p. 2.

¹¹⁵ Sobre este princípio, Faria Costa sustenta que "(...) o princípio da culpa é um *prius* perante o poder punitivo do Estado moderno. O direito a ser punido segundo a culpa (...) não é só limite, um limite ao poder punitivo do Estado, mas também fundamento, na medida em que é o próprio poder punitivo do Estado que se encontra matricialmente limitado, na conjugação plural das suas várias intencionalidades, pelo «contra-poder» que o próprio princípio da culpa representa.", *O Perigo Em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 384.

¹¹⁶ Eduardo Correia, Nota 66, p. 55.

sistemas dualísticos, ou seja, sistemas onde se prevêem, ao lado das penas, medidas de segurança que deverão ser aplicadas aos criminosos inimputáveis¹¹⁷.

Estas teorias não deixam de ter apoio doutrinal nos dias de hoje, sob a denominação de neo-retribucionismo, seguindo uma orientação retribucionista que fundamenta a finalidade da pena na culpa sendo, naturalmente, justa e, assim, um bem e não um mal. Dentro da doutrina portuguesa destacam-se José de Faria Costa¹¹⁸, José de Sousa e Brito¹¹⁹ e António Lourenço Martins¹²⁰.

¹¹⁷ É de destacar o artigo 40º do nosso Código Penal actual, o qual prevê a aplicação de penas e de medidas de segurança no seu nº 1 e a expressa previsão do princípio da culpa aquando da aplicação das penas no seu nº2.

¹¹⁸ José de Faria Costa, Nota 89, pp. 69 e ss e pp. 205 e ss. Este autor que o mal da pena não é verdadeiramente um mal mas sim um bem. Especificamente na página 83, o autor escreve que "(...) os pressupostos filosóficos que nos vão permitir continuar o desenvolvimento das nossas preocupações aceitam que o mal da pena tem uma justificação (...) e que, por conseguinte, se opera uma metanóia que, na construção do nosso viver comunitário, faz com que a o mal da pena se valora, ao fim e ao cabo, como um bem." Mais à frente, na p. 224, o autor, fazendo eco da sua posição, afirma "A pena, se quisermos, assume, assim, o papel da reposição, da reprimenda e, por conseguinte, da eficácia do bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um *bem*." Posição, aliás, já antes tomada em *O Perigo em Direito Penal*, nas pp. 373 e ss.

¹¹⁹ José de Sousa e Brito, "Os fins das penas no Código Penal", *Problemas fundamentais de Direito Penal Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp. 163 e ss.

¹²⁰ António Lourenço Martins, Nota 71, pp. 66 e ss e pp. 140 e ss.

2.2. AS TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS

As teorias relativas vêm sustentar uma posição em tudo diferente da das teorias absolutas¹²¹. Sendo o Direito Penal chamado a intervir para dar resposta a um crime, ele não o deve fazer com uma ideia de retribuição mas sim com uma ideia de prevenção¹²². A pena não se deve traduzir simplesmente num mal para o criminoso, mas sim depender de uma necessidade de evitar a prática de crimes, ou seja, ser dotada de uma utilidade¹²³.

Nesse sentido, estas teorias procuraram fundamentar a atribuição de um sentido preventivo às penas de prisão¹²⁴. Sentido este que pode ser considerado de duas maneiras, defendidas por duas ramificações destas teorias preventivas: teorias de prevenção geral e teorias de prevenção especial. Será por esta ordem que serão abordadas.

¹²¹ "A diferença decisiva entre a retribuição e a prevenção está em que a retribuição serve apenas a Ideia de Justiça e abstrai de todos os fins sociais, enquanto que as doutrinas preventivas, pelo contrário, prosseguem exclusivamente fins sociais, quer se vejam estes na integração social do agente, na intimidação dele, na segurança da sociedade perante ele ou na actuação sobre a generalidade das pessoas.", Claus Roxin, "Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa", *BFDUC*, 1983, p. 7.

¹²² "Mais vale prevenir os delitos que puni-los. Este é o principal objectivo de qualquer boa legislação (...)", Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 154.

¹²³ "Em vez de olhar o mal do crime praticado, de se modelar sobre ele, a pena pode ter em vista evitar crimes futuros." José Bezeza dos Santos, Nota 63, p. 46.

¹²⁴ "(...) a ameaça ou a execução da pena serve de exemplo para a generalidade das pessoas, intimidando-as e desviando-as da prática do crime, ou na medida em que actua sobre o infractor, afastando-o ou eliminando-o da sociedade, para o adaptar à vida social, dando-lhe consciência da seriedade da ameaça penal.", António Pais de Sousa, Nota 68, p. 6.

2.2.1. AS TEORIAS RELATIVAS: TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL

As teorias relativas de cariz geral focam-se nos efeitos dissuasores que o sistema penal tem sobre a comunidade em geral. Estas teorias encaram a pena como um instrumento político-criminal que actua não unicamente sobre o criminoso mas também sobre a comunidade onde este se insere. Sendo assim, para estas teorias, as penas actuam como uma força preventiva geral. Ora, o facto ilícito é pressuposto da punição, tal como nas doutrinas retributivas, no entanto o objectivo não é compensar o mal causado, mas prevenir a prática de crimes futuros¹²⁵. "Pune-se um, para se evitarem os crimes de muitos."¹²⁶

Esta prevenção geral pode ser considerada de acordo com duas posições antagónicas: negativa e positiva.

A prevenção geral será negativa ou de intimidação quando a pena é usada para intimidar a sociedade em geral. Usa-se o mal infligido ao criminoso como exemplo do que acontece aos que transgridem a lei¹²⁷, levando outros indivíduos a recear que sejam aplicadas penas a eles e, conseqüentemente, a desistir ou evitar o cometimento de crimes¹²⁸.

Representante desta óptica de prevenção, Feuerbach dizia que "(...) o fim essencial da pena se realiza com a ameaça que dela se faz na lei, para desviar do crime os que forem inclinados a cometê-lo. A execução da pena, não é o essencial do sistema, mas um meio de mostrar que a ameaça de punir é séria."¹²⁹

¹²⁵ Eduardo Correia, Nota 66, p. 47.

¹²⁶ José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 48.

¹²⁷ "A pena pode ser concebida (...) como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delincente e cujo receio as conduzirá a não cometerem factos puníveis (...)", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 50.

¹²⁸ "(...) dans le cas de la théorie de l'intimidation générale, la défense de la société se réalisant en produisant, par le menace de la peine et/ou le spectacle de son application, un frein chez les infracteurs potentiels, c'est-à-dire chez tous ces suets dont on peut supposer qu'ils n'adoptent pas un comportement «spontané» de respect des règles, bien qu'ils ne soient pas auteurs d'infraction. La création d'u tel frien constitue, dans de cas, la fonction immédiate.", Alessandro Baratta, "Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal", *Déviance et Société*, 1991, p. 15.

¹²⁹ José Beleza dos Santos, Nota 63, p. 49.

Em sentido reverso, o Estado pode procurar usar as penas como forma de "(...) manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal."¹³⁰ Ora, ao aplicar-se a pena ao criminoso, está-se a responder às expectativas que a sociedade tem ao ver a sua paz abalada, reafirmando-se a presença da ordem jurídica na protecção dos bens jurídicos. Neste caso, estaremos perante uma prevenção geral positiva ou de integração¹³¹.

Entre as duas subdivisões das teorias de prevenção geral temos, em comum, a "(...) concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efectividade da sua execução."¹³²

¹³⁰ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 51.

¹³¹ "(...) la pena desarrolla función de prevención general no solamente cuando opera, negativamente, como amenaza coactiva, o sea, como intimidación, sino también cuando, por el simple hecho de ser irrogada, después de la primera fase de la así llamada conminación, va positivamente a reforzar, a consolidar en el sentimiento colectivo la confianza en la autoridad del Estado e en la eficacia del ordenamiento jurídico.", Elio Morselli, "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *ADPCP*, 1995, p. 270.

¹³² Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 50.

2.2.2. AS TEORIAS RELATIVAS: TEORIAS DA PREVENÇÃO ESPECIAL

Por sua vez, as teorias da prevenção especial destacam as finalidades preventivas que a pena pode ter sobre o delinquentes de forma a este se afastar das suas actividades criminosas^{133 134}. Estas teorias "(...) têm por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do delinquentes com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes."¹³⁵

Como nas teorias de prevenção geral, as teorias de prevenção especial podem ser distinguidas entre negativas e positivas.

As teorias de prevenção especial de carácter negativo focam-se no temor que se cria no delinquentes ao aplicar-se-lhe uma pena. O objectivo é aterrorizar o criminoso de forma a que não volte, no futuro, a cometer crimes. Nega-se, aqui, qualquer livre-arbítrio do agente, adoptando-se, então, pressupostos deterministas que se traduzirão na percepção de que o criminoso vai, definitivamente, voltar a cometer crimes, se não for devidamente punido. Outra vertente mais extremista entende que a correcção do criminoso não é possível pelo que, atendendo à necessidades de defesa social, dever-se-ia separar ou segregar o criminoso da sociedade, neutralizando-se, conseqüentemente, a sua perigosidade para a comunidade que já sofreu os males do(s) seu(s) crime(s). Devido às soluções apresentadas, estas teorias de prevenção têm sido também apelidadas de teorias da neutralização¹³⁶.

¹³³ "Dans le cas de la théorie de la resocialisation, ce but serait atteint en agissant sur le condamné de manière à ce qu'il soit «capable de mener une vie en liberté, exempte d'infractions». La fonction immédiate est cette transformation de l'infacteur.", Alessandro Baratta, Nota 128, p. 15.

¹³⁴ Insere-se, nestas teorias, a posição de Franz Von Liszt cuja influência levou o Projecto Alternativo (projecto apresentado por um conjunto de professores alemães e suíços, em 1966) a colocar a reintegração do agente expressamente antes da protecção de bens jurídicos. Claus Roxin, Nota 95, p. 56.

¹³⁵ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 54.

¹³⁶ "Dans le cas de la théorie de la prévention spéciale négative enfin, le but se réaliserait en redant l'auteur d'une infraction définitivement ou temporairement incapable de commettre ultérieurement des infractions (neutralisation), soit par la destruction physique ou psychique, soit par une détention de haute sécurité, soit par des interventions chirurgicales ou par des formes, actuellement expérimentées, de contrôle électronique non carcérales ou en déterminant chez l'auteur, par le biais d'un traitement spécial sévère, un frein à ultérieures infractions (intimidation spécifique).", Alessandro Baratta, Nota 128, p. 15.

Por sua vez, as teorias de prevenção especial positivas centram-se na função das penas de afastar os perigos ou elementos perturbadores da sociedade¹³⁷, isto é, os criminosos. Ora, sendo assim, estas teorias rejeitam a ideia que a prevenção especial deve afastar em definitivo o delinquente da sociedade mas sim "(...) criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes."¹³⁸ O Estado deve, assim, assegurar ao delinquente as condições necessárias que vão permitir a sua recuperação e deixar de ser um elemento perigoso dentro da comunidade¹³⁹.

Estas teorias defendem, assim, uma reinserção social do delinquente, ou mesmo a inserção social, nos casos em que este nunca esteve verdadeiramente inserido na sociedade¹⁴⁰, após cumprir a sua pena.

No entanto, as teorias de prevenção especial positivas assumiram outras posições notoriamente mais extremistas. Uma delas é a concepção da prevenção especial com o objectivo de corrigir ou emendar moralmente o delinquente, ou seja, forçar ou impôr a adopção dos valores da ordem jurídica. Uma outra acepção destas teorias vem equiparar a finalidade da prevenção especial a um "(...) tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime, exactamente no mesmo plano em que se trata um doente e, por isso, segundo um modelo estritamente médico ou clínico."¹⁴¹ Duas vertentes que, hoje em dia, são, inegavelmente, recusáveis quer por faltar a legitimidade ao Estado para transgredir a

¹³⁷ "A pena é defesa social (...)", Eduardo Correia, Nota 66, p. 51.

¹³⁸ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 55.

¹³⁹ Américo Taipa de Carvalho encara ambas as prevenções especiais como factores interligados que vão orientar o criminoso no caminho para uma vida ressocializada. "(...) a dissuasão ("intimidação") do condenado é conatural à pena, e constitui também uma função da pena, que em nada é incompatível com a referida função positiva de ressocialização. É que não se trata de intimidar por intimidar, mas sim de uma dissuasão (através do sofrimento que a pena naturalmente contém) humanamente necessária para reforçar no delinquente o sentimento da necessidade de se auto-ressocializar, ou seja, de não reincidir.", Américo Taipa de Carvalho, Nota 78, p. 325.

¹⁴⁰ "Todas estas teorias se irmanam, todavia, no propósito de lograr a reinserção social, a ressocialização (ou talvez melhor: a inserção social, a socialização, porque pode tratar-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado) do delinquente (...)", Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 55.

¹⁴¹ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 54.

liberdade de autodeterminação do criminoso, por um lado, quer por violar princípios constitucionalmente consagrados¹⁴², por outro lado¹⁴³.

A principal crítica às teorias relativas reside na violação da eminente dignidade da pessoa humana¹⁴⁴, através da instrumentalização do delincente, o que acontece ao aplicarem-se "(...) penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social (...)." ¹⁴⁵ Ora, na visão dos defensores das teorias absolutas, é precisamente isto que acontece em todas as vertentes das teorias relativas, quer as de carácter geral quer especial¹⁴⁶.

Conforme Jorge Figueiredo Dias, "um tal criticismo é destituído de fundamento. Houvesse razão na crítica e teria então de concluir-se pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a actuar no campo social e a realizar finalidades socialmente úteis (...)." ¹⁴⁷ Argumenta que é necessário que cada pessoa prescindia, na medida do indispensável, de direitos que lhe assistem e que lhe são conferidos em nome da sua eminente dignidade. Finaliza com o argumento de que não se trata de uma questão relativa aos fins da pena mas sim relativa aos limites da aplicação da sua aplicação. No entanto, admite que as teorias de prevenção geral na sua vertente negativa podem acabar por se tornar violadoras da eminente dignidade da pessoa. Isto porque não é possível estabelecer o *quantum* da pena necessário para exercer o pretendido efeito intimidador sobre toda a comunidade para conseguir a erradicação da criminalidade, algo que vai levar à necessidade de recorrer a penas sucessivamente mais severas e desumanas^{148 149}.

¹⁴² Como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do direito à integridade pessoal, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, 13º e 25º da CRP.

¹⁴³ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 57.

¹⁴⁴ De acordo com a filosofia moral de Kant.

¹⁴⁵ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 49.

¹⁴⁶ "Se reconoce en verdade siempre válida la objeción de Kant según la cual, si la razón de la pena viene reconocida en la intención de impedir, a través de la intimidación, que otros miembros de la sociedad caigan en el delito, se termina entonces con la instrumentalización, e función de esa intimidación, del sujeto sobre el cual recae la ejemplaridad del castigo. Francamente, como dice Hegel, la teoría de la revención general por medio de la amenaza considera el hombre «como quando se alza un bastón contra un perro», y, por eso, «la ersona humana viene tratada, antes que con debido respeto, exactamente como se trata a un can». Del momento que el hombre es fin en sí mismo, él no puede convertirse ni en objeto ni en medio o instrumento para la realización de otra finalidad, a él extraña.", Elio Morselli, Nota 131, p. 269.

¹⁴⁷ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 50.

¹⁴⁸ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 53.

Diferente será o caso das teorias de prevenção geral positiva que, ao centrarem-se na protecção dos bens jurídicos e na restauração da paz jurídica através do reforço da confiança no sistema, têm em atenção a aplicação de "(...) uma pena justa e adequada à culpa do delincente."¹⁵⁰

Tal como as teorias absolutas, as teorias da prevenção geral enfrentam a questão dos inimputáveis. Ora, a prevenção geral centra-se unicamente na ideia de afastar a generalidade das pessoas dos crimes, quer através do medo quer através da confiança no sistema, no entanto, estes dois conceitos não podem ser compreendidos pelos inimputáveis¹⁵¹.

Além disso, estas teorias falham¹⁵² em dissuadir os criminosos mais aventureiros ou os que não nada têm a perder com o crime, além de que "(...) o criminoso é em regra imprevidente: quando pratica um crime supõe que não virá a ser punido"¹⁵³, revelando-se imune a este tipo de prevenção.

De qualquer forma, não é o aumento das molduras penais que vai produzir um efeito dissuasor eficiente, mas sim o facto de os criminosos virem a ser definitivamente punidos. Por outras palavras, não é uma incrementação do *quantum* da pena mas sim um sistema eficaz, que consiga descobrir e punir os criminosos, que vai, de facto, conseguir prevenir a prática de futuros crimes¹⁵⁴. Ainda assim, será impossível prevenir crimes fruto de impulsos momentâneos, onde o criminoso absteve-se de qualquer racionalização das

¹⁴⁹ "(...) o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.", Claus Roxin, Nota 95, p. 23.

¹⁵⁰ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 53.

¹⁵¹ "Supondo a prevenção geral (...) um quantum de pena destinado a intimidar a generalidade das pessoas, pressupõe também que elas podem ouvir este comando e deixar-se intimidar por ele. O que não é seguramente o caso dos inimputáveis (...)", Eduardo Correia, Nota 66, p. 58.

¹⁵² Tem-se defendido, aliás, que a teoria preventiva da pena, que é a dominante actualmente, encontra-se numa crise gerada pela sua falta de eficiência. "(...) la dominante teoría preventiva de la pena, teniendo en cuenta la crisis en que se encuentra el pensamiento preventivo en la actualidad(...)" Bernd Schünemann, Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, Revista para el Análisis del Derecho, 2008, p. 4. Embora, no entanto, defenda-se que as próprias teorias da retribuição encontram-se elas mesmo também mortas. "El círculo de las teorías "muertas" se inicia con la teoría de la retribución (...)", Wolfgang Frish, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", Revista para el Análisis del Derecho, 2014, p. 8.

¹⁵³ Eduardo Correia, Nota 66, p. 48.

¹⁵⁴ "Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples, e que toda a força da nação se concentre em defendê-las, e nenhuma parte dela seja usada para as destruir.", Cesare Beccaria, Nota 122, p. 155.

suas acções e respectivas consequências, e crimes onde o resultado a alcançar, como no caso de vingança ou de terrorismo, se demonstre, na mente do criminoso, como superior a qualquer punição que lhe venha a ser aplicada posteriormente¹⁵⁵.

Quanto às teorias relativas de prevenção especial, soma-se, além das críticas apontadas às doutrinas da prevenção geral, nas palavras de Roxin: "(...) a teoria da prevenção especial não é idónea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações."¹⁵⁶

Por fim, acrescenta-se a questão da dificuldade em provar empiricamente os resultados destas teorias. Ora, a prevenção, ao focar-se no impedimento dos crimes que ocorreriam no futuro, baseia-se em previsões, pelo que os resultados concretos são de difícil apuramento e análise¹⁵⁷.

¹⁵⁵ "(...) em muitos grupos de crimes e delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinquentes profissionais, nem tão pouco com delinquentes impulsivos ocasionais.", Claus Roxin, Nota 95, p. 24.

¹⁵⁶ Claus Roxin, Nota 95, p. 22.

¹⁵⁷ "L'absence de certitude empirique quant à la réalisation, dans une mesure statistiquement importante, de ces fonctions a fait surgir le doute à propos de la possibilité d'atteindre la finalité médiante: la protection des biens juridiques et la défense de la société.", Alessandro Baratta, Nota 128, p. 15.

2.3. TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Estas teorias correspondem a uma conciliação entre as teorias absolutas e as teorias relativas. Procuram adaptar os pontos positivos de cada uma das teorias antagónicas e criar uma terceira via, ou seja, uma posição moderada¹⁵⁸.

No entanto, como nas teorias absolutas e relativas, existe uma multiplicidade de posições moderadas, havendo umas que acabam por favorecer as ideias de retribuição e outras as ideias de prevenção, embora ainda defendendo uma relação equilibrada entre todos os fins das penas¹⁵⁹.

Quanto às teorias que tentam conciliar a tese fundamental da retribuição com as do pensamento preventivo, Figueiredo Dias¹⁶⁰ reduz uma multiplicidade de posições a um corpo doutrinal que defende uma pena retributiva no seio da qual procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção, geral e especial. Dito de outra forma, são teorias absolutas que esbatem, mas não apagam por completo, a função retributiva da pena com finalidades de prevenção, as quais são vistas como subsidiárias à retribuição em si.

Contra este conjunto de concepções, Figueiredo Dias remete para as críticas apresentadas às teorias absolutas, principalmente o argumento de que a "(...) a retribuição ou compensação da culpa não é, nem pode constituir uma finalidade da pena."¹⁶¹ Ora, desta forma, qualquer doutrina que se baseie nessa linha de pensamento, para legitimar os fins das penas, deveria, na sua opinião, ser rejeitada.

Por outro lado, há as teorias mistas que dão prevalência às finalidades preventivas, ou seja, unificam ambas as finalidades preventivas geral e especial, sempre, é claro, num sentido positivo, como fundamento para a legitimação da pena. Deste modo, a finalidade

¹⁵⁸ "En el período sucesivo a la segunda guerra mundial la opinion de la mayoría de la doctrina pareía haberse estabilizado en torno a una respuesta de tipo ecléctico. Se admitió, esto es, en la pna una naturaleza o característica constitutiva, de índole retributiva, peor, al mismo tiempo, se superaba la estrecha visión se las así llamadas teorías absolutas (Kant, Hegel, etc.), atribuyendo a la pena una función independiente d su naturaleza intrínseca, vale decir una finalidad preventiva. La pena, se decía en suma, tiene naturaleza retributiva, pero función preventiva.", Elio Morselli, Nota 131, pp. 265-266.

¹⁵⁹ António Lourenço Martins, Nota 71, p. 82.

¹⁶⁰ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, pp. 60 e ss.

¹⁶¹ Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 61.

da pena é unicamente prevenir a ocorrência de crimes, quer pela mão do criminoso actual quer pela sociedade em geral.

Ora, estas teorias pouco diferem das teorias relativas sendo, como foi dito, uma simples aglutinação das vertentes geral e especial daquelas. Pelo que Figueiredo Dias declara que "(...) esta concepção unificadora deve ser globalmente recusada"¹⁶², argumentando que estas doutrinas acabam sempre por rejeitar o princípio da culpa como pressuposto e limite da pena e por encarar o criminoso como um meio para atingir um fim, instrumentalizando-o e desrespeitando a sua eminente dignidade como pessoa.

A posição de Cesare Beccaria insere-se nestas teorias, ou seja, adopta uma posição que tem em conta tanto a prevenção geral e especial. Beccaria foi um grande humanizador do direito penal¹⁶³, rejeitando uma posição de prevenção negativa ao afirmar que uma pena cruel¹⁶⁴ não é eficaz para alcançar essa finalidade. Tal finalidade será melhor alcançada, segundo o autor, com a efectiva e certa aplicação de uma pena mais suave dentre as aptas para alcançar o fim proposto. Fim este que "(...) não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu."¹⁶⁵

Numa posição semelhante encontramos Claus Roxin, penalista alemão contemporâneo. Partindo das teorias mistas da prevenção, ele vem defender que a pena serve exclusivamente finalidades de prevenção geral e especial, afirmando, no entanto, que o princípio da culpa deve ser tido em conta^{166 167}, ou seja, a culpa deve ser pressuposto e

¹⁶² Jorge Figueiredo Dias, Nota 17, p. 62.

¹⁶³ Beccaria centrava-se nos valores sociais que o direito penal devia proteger, algo que se nota ao longo de toda a sua obra *Delitos e Penas*, especialmente nas pp. 64 a 66 e 72 a 77. Além disso, foi dos primeiros a tomar uma posição abolicionista quanto à pena de morte, como se pode extrair do capítulo intitulado "Sobre a Pena de Morte", Nota 122, pp. 118 e ss.

¹⁶⁴ "(...) por justiça eu não entendo outra coisa senão o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que sem isso voltariam ao antigo estado de insociabilidade; todas as penas que ultrapassam a necessidade de conservar este vínculo são injustas por natureza.", Cesare Beccaria, Nota 122, pp. 65 -66.

¹⁶⁵ Cesare Beccaria, Nota 122, p. 85.

¹⁶⁶ "A pena, quanto ao seu fundamento e à sua gravidade, pressupõe a culpa do agente mas, além disso, também a sua própria necessidade, por razões de prevenção especial e prevenção geral. Sem essa necessidade ela não deve ser aplicada, mesmo que exista culpa.", Claus Roxin, Nota 121, p. 20.

limite da pena^{168 169}. E acrescenta que a medida da pena pode ser aplicada em medida inferior ao limite máximo desde que responda às exigências mínimas da prevenção geral, isto é, a manutenção do ordenamento jurídico e da paz social¹⁷⁰.

Quanto ao problema dos inimputáveis, Roxin afirma que "o direito penal não considera todos os homens igualmente capazes de tomar decisões livres, antes trata determinados grupos de pessoas como não livres e não responsáveis (inimputáveis em razão de anomalias psíquicas, crianças e, em parte, também jovens)."¹⁷¹ Argumenta que as leis só podem ser eficazes na manutenção da ordem, através do estabelecimento de linhas de condutas e consequentes cominações penais da sua violação, se forem compreendidas pelos cidadãos, se estes forem aptos a apreender a dimensão das leis. Algo que não se verifica no caso dos inimputáveis. "Não se espera, em geral, que essas pessoas observem as normas. Quando elas violam a lei não destroem nenhuma expectativa social; e a consciência jurídica da generalidade dos cidadãos não é abalada (...) porque aos olhos da população em geral a validade das normas não é posta em causa por factos como esses. Todos vêem e aceitam que o agente não poderia ser levado, através da punição, a assumir um comportamento conforme aos imperativos legais, porque ele não é sensível às exigências da norma."¹⁷²

Com isto, Roxin afasta-se definitivamente das teorias absolutas e relativas, denominando a sua posição de Teoria Unificadora Dialéctica¹⁷³ e resumindo a missão do direito penal como a "(...) protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações estatais,

¹⁶⁷ "Certamente que se deve impor a ideia de que estão absolutamente proibidas as penas inadequadas à culpa. (...) o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana.", Claus Roxin, Nota 95, p. 37.

¹⁶⁸ "Desproporcionado é, pois, no fundo, só aquilo que já do ponto de vista preventivo não se apresenta como adequado; enquanto que o princípio da culpa está em condições de ir muito mais além, na defesa do interesse individual na preservação da liberdade contra o interesse do Estado em aplicar a medida de intervenção.", Claus Roxin, Nota 121, pp. 9-10.

¹⁶⁹ "(...) a culpa do agente põe um limite a todos os objectivos de prevenção, geral e especial. "Culpa" não é aqui interpretada como um dado susceptível de fundamentação religiosa, ética ou outra de cariz filosófico: é entendida, em sentido puramente jurídico, como "agir ilícito, apesar de haver sensibilidade aos apelos normativos.", Claus Roxin, "Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à Guerra", *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, p. 243.

¹⁷⁰ Figueiredo Dias, Nota 17, p. 63 e António Lourenço Martins, Nota 71, pp. 85 e ss.

¹⁷¹ Claus Roxin, Nota 121, p. 17.

¹⁷² Claus Roxin, Nota 121, p. 18.

¹⁷³ Claus Roxin, Nota 92, p. 43.

mediante prevenção feral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual."¹⁷⁴

¹⁷⁴ Claus Roxin, Nota 92, p. 43.

CONCLUSÃO

Analisadas as normas jurídico-penais e as principais teorias que dão resposta às finalidades da pena, será agora altura de desenhar linhas conclusivas sobre o tema em apreço.

Primeiramente, sendo as normas penais a forma directa com que se entra em contacto com o sistema penal, é através delas que se manifestam as finalidades adoptadas por este. Desta forma, a adopção de uma finalidade preventiva ou retributiva ou mesmo unitária das pena vai-se reflectir no texto das normas e na mensuração e aplicação das sanções nelas previstas.

O crime, o delito ou o facto típico correspondem, verdadeiramente, a um preenchimento da lei e não numa violação desta, pois viola-se, na verdade, a norma de origem ético-social a que a norma penal atribui força sancionatória. Esta força (sancionatória) serve para tutelar os bens jurídicos que levaram ao surgimento dessas normas e aos quais foram reconhecidos uma relevância penal.

Esta tutela dos bens jurídicos será feita consoante as finalidades que o sistema penal pretende prosseguir. Sendo assim, tendo o sistema penal finalidades de carácter retributivo, serão as penas orientadas para retribuir de forma justa o mal provocado pelo crime enquanto que, tendo finalidades preventivas, ter-se-á em conta a forma como se pode alcançar a prevenção de futuros crimes da mesma natureza.

Tais finalidades (tanto retributivas como preventivas) serão, também, dependentes do carácter positivo ou negativo que possuem. Ora, logicamente, se se pretende neutralizar o delinquentes ou intimidar tanto ele como a sociedade em geral, as penas terão uma quantificação bastante superior ao que seria se o sistema penal adoptar um carácter positivo. Afinal, quanto mais severa a pena, mais eficientemente se dissuadem os criminosos de cometerem mais crimes ou de cometerem crimes em geral. Porém, as finalidades de carácter negativo não são viáveis pois colidem com o Estado de Direito em que vivemos actualmente. Soma-se a questão de que as finalidades com carácter negativo dificilmente podem ser comedidas, pelo que estarão associadas a uma arbitrariedade na

definição de penas. Vejamos, dissuade-se com eficiência se aplicar a pena máxima possível. Mas qual é a pena máxima possível? Tanto podem ser 50, 100 ou 200 anos de pena de prisão, ou então a aplicação de uma pena de prisão perpétua. Aliás, porquê parar na pena de prisão? Ainda mais eficiente será a dissuasão se se preverem a aplicação de penas corporais como a tortura ou a pena de morte. Tudo isto manifestamente violador dos princípios norteadores de um Estado de Direito.

Postas de lado as finalidades (quer retributivas, quer preventivas) de carácter negativo, restam as de carácter positivo. Ora, assumindo uma vertente positiva, as penas têm a finalidade de reforçar e manter a confiança e credibilidade da sociedade no sistema, pelo que as sanções previstas nas normas penais terão uma faceta mais moderada, sendo a pena medida relativamente ao bem jurídico que pretende tutelar. Assim se alcançará um sistema que se apoie no respeito da sociedade e não no seu medo.

Quanto às teorias retributivas, preventivas e unitárias, todas têm argumentos sólidos que defendem a sua aplicabilidade. O nosso CP, em específico, demonstra uma notória inclinação para uma finalidade preventiva positiva, tanto geral como especial, embora também adopte o princípio da culpa¹⁷⁵, princípio este de origem retribucionista e que constitui uma essencialidade em qualquer sistema penal de um Estado de Direito.

A meu ver, porém, este sistema (de prevenção) revela-se demasiado redutor da complexidade dos seres humanos. É difícil chegar a uma sanção que, inequivocamente, consiga influenciar toda a sociedade. Visto de outra forma: para se conseguir uma prevenção (geral) positiva tem de se fixar uma sanção que satisfaça as necessidades de justiça e que, ao mesmo tempo, consiga dissuadir os criminosos da prática de futuros crimes. No entanto, para aqueles que praticam a criminalidade organizada e crimes mais severos, a pena fixada para esses crimes não os consegue, geralmente, influenciar pois o resultado do crime (quer sejam ganhos patrimoniais, quer sejam de carácter mais pessoal, como a vingança ou imposição de ideologias) vai-se exhibir como superior, compensando, então, o risco que correm de serem penalmente sancionados.

¹⁷⁵ No nº1 do artigo 71º desse diploma legal podemos ler: "A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção."

Por outro lado, é difícil admitir um sistema penal com finalidades puramente retributivas, pois as penas em si, desde que sejam eficazes na sua aplicação, terão sempre um carácter preventivo. Sempre que há lugar à punição de um criminoso, através da qual se reforça tanto a confiança da sociedade no sistema penal como se cria um receio nos outros delinquentes de serem eles os próximos a serem punidos. Da mesma forma se terá que recusar finalidades puramente preventivas das penas. A pena sempre terá uma dimensão retributiva, onde se pretende que o delinquente seja punido pelo mal causado caso contrário, ao ser simplesmente preventiva, não têm uma eficácia imediata diante do delinquente, uma correlação entre o crime em concreto e a pena centrada na prevenção.

Tendo isto tudo em consideração, considero que um sistema unitário, onde se admitem finalidades retributivas e preventivas das penas, será o mais completo. Trata-se, aqui, de complementar as carências de ambas as teorias com os pontos fortes de cada uma. Esta será uma posição moderada mas, efectivamente, considerando as críticas e apoios de cada uma das teorias, a solução mais funcional será a implementação e coordenação de finalidades retributivas e preventivas. Isto tudo, é claro, sempre com carácter positivo.

Deverá, então, o processo criativo da lei ter em conta ambas as finalidades, considerando qual a severidade da punição que consiga retribuir o crime cometido e que, ao mesmo tempo, consiga transmitir a ideia de eficácia e de credibilidade perante a sociedade, de forma a prevenir o cometimento de futuros crimes. Tudo isto dentro de uma perspectiva positiva destas teorias, conforme as exigências de um Estado de Direito.

Em suma, não se trata de rejeitar ambas as teorias retributivas e preventivas. A questão é que ambas as teorias defendem corolários e métodos opostos uma à outra, mas, no entanto, não são completamente inconciliáveis. E é este papel que as teorias unitárias têm: unir, claro está, as finalidades dessas teorias.

BIBLIOGRAFIA

AA, VV, *Direito Penal - Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;

AA, VV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Coimbra: Almedina, Reimp., 2011;

BACIGALUPO, Enrique, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º. Extra 11, 1986, (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asua), pp. 61-74;

BARATTA, Alessandro, "Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal", *Déviance et Société*, Ano 1991, Volume 15, nº1 pp. 1-25;

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e Das Penas* (tradução por José de Faria Costa), 4ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

BRANDÃO, Cláudio, *Tipicidade Penal - Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2014;

BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, Reimp., 2010;

CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, Reimp., 2015;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I, Coimbra: Almedina, Reimp., 2015;

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial - Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, Reimp., 2007;

COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005;

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal - Fragmenta iuris poenalis*, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, Reimp., 2000;

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Repensar o Direito - Um Manual de Filosofia Jurídica*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2013;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, Reimp., 2011;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;

FRISCH, Wolfgang, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 161, Nº. 3, Barcelona, Julho de 2014;

GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito* (tradução por Armindo Ribeiro Mendes), 6ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011;

JAKOBS, Günther, "El Principio De Culpabilidad", *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV Fascículo III, pp. 1051 - 1083, 1992;

JUSTO, António Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (tradução por Paulo Quintela), Lisboa: Edições 70, Reimp., 2014;

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito* (tradução por João Baptista Machado), 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008;

LATORRE, Ángel, *Introdução ao Direito* (tradução por Manuel Poirier Braz), Lisboa: Escolar Editora, 2013;

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, Reimpressão, 2014;

MAÑALICH, Juan Pablo, "Reglas primarias de obligación - Las "reglas del derecho penal" en el concepto de derecho de H.L.A. Hart", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012;

MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao Direito*, Volume I, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2007;

MARTINS, António Lourenço, *Medida da Pena - Finalidades Escolha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;

MIGLIARDI, Mario Durán, "Teorias Absolutas De La Pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y Criticas Fundamentales a la Teoria De La Retribucion Moral De Immanuel Kant a Proposito Del Neoretribucionismo y Del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº 16, Chile: Universidad San Sebastian, 2011;

MORSELLI, Elio, "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48 Fascículo 1, 1995;

NEVES, António Castanheira, "O princípio da legalidade criminal : O seu problema jurídico e o seu critério dogmático", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Volume I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, Número especial, pp. 307-469, 1984;

PATTO, Pedro Vaz, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária*, Texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, acção de formação do Conselho Superior da Magistratura realizada em Albufeira no dia 1 de Julho de 2011;

RENZIKOWSI, Joachim, "A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Nº. 110, Ano 2014, pp. 51-73;

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, Reimp., 2014;

ROXIN, Claus, "Acerca da Problemática da Culpa" (tradução por Manuel Cortes Rosa), *Boletim da Faculdade de Direito*, ano LIX, 1983, pp. 1-29;

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (tradução por Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma), 3ª Edição, Lisboa: Editora Vega, 2006;

SANTOS, José Beleza dos, "Fins das Penas", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, ano XIV, 1937-1938, Coimbra, pp. 21-75;

SCHÜNEMANN, Bernd, "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía", *Revista Para el Análisis del Derecho*, N°2, 2008;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2013;

STRECK, Lenio Luiz, "Bem Jurídico e Constituição - Da Proibição de Excesso (Übermaßverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermaßverbot) ou como não há Blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Universidade de Coimbra, Ano LXXX, 2004, pp. 303-345;

VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana (coord), *Problemas fundamentais de direito penal Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.