



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Margarida da Conceição Gil

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO
ELEMENTO INTEGRANTE DO REGIME DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
O CASO DA PENA DE PRISÃO

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 Ciências Jurídico Forenses, sob orientação da Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz.

Janeiro de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Margarida da Conceição Gil

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ELEMENTO
INTEGRANTE DO REGIME DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**
**THE PRINCIPLE OF PROPORCIONALITY AS AN INTEGRANT ELEMENT OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS' REGIME**
O CASO DA PENA DE PRISÃO
THE PRISON SENTENCE'S CASE

*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
Ciências Jurídico Forenses, sob orientação da Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz.*

Coimbra, 2020

AGRADECIMENTOS

À minha família. No meu coração, contarão sempre onze.

Em especial, à minha mãe.

Ao Rodrigo, onde quer que o futuro nos leve.

*Um grande obrigado à minha orientadora, por toda a ajuda, e sobretudo por ter
acreditado no meu tema, sem reservas, desde o início.*

*Ficam no meu coração e na minha mente as palavras do Dr. Luís António Menezes do
Vale, que, com mais ou menos ajustes à minha falível memória, me disse: “Prossigamos,
acreditando que podemos mudar o que acreditamos estar mal, com a certeza de que temos
razão”*

RESUMO

A presente dissertação propõe uma reflexão orientada pela dignidade da pessoa humana e, em particular, por um dos princípios que decorrem deste valor absoluto, o princípio da proporcionalidade, num caso específico de restrição de direitos fundamentais: a pena de prisão.

Assim, numa primeira fase, importa lembrar o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico último dos direitos fundamentais, proceder a uma breve exposição dos limites que daí decorrem e que se encontram explanados no regime de restrição destes direitos, e recordar o direito penal e, em particular, dentro dele, a pena de prisão, como caso especialmente gravoso de interferência, lembrando, ademais, os limites que, a ela, especificamente se impõem. Assim se ocupará o espaço dedicado à Parte I.

Dentro destes limites, o princípio da proporcionalidade surge sistematicamente reiterado. Aparece, desde logo, enquanto limite imposto pela dignidade da pessoa humana nas restrições aos direitos fundamentais, como *limite dos limites*, sendo, nessa qualidade, referido pela CRP, a propósito das restrições aos direitos, liberdades e garantias, no art. 18º, nº2; adquire também particular relevância no Direito Penal, que, enquanto ramo do direito que comporta a intervenção estadual mais gravosa para os direitos fundamentais dos cidadãos, como direito de *ultima ratio*; e, pela mesma ordem de razões, enfatizado ainda na pena privativa da liberdade: por força dele que se estabelece o princípio da necessidade das penas e a natureza de *ultima ratio* daquela.

Assim, numa segunda fase, que ocupará a Parte II, propõe-se uma reflexão especificamente orientada para a análise do princípio da proporcionalidade, neste caso específico de restrição de direitos fundamentais: a pena de prisão.

A análise não será direccionada, porém, para todos os momentos de aplicação do princípio. O que se irá questionar neste trabalho será a constitucionalidade da pena de prisão no quadro do princípio da proporcionalidade, direccionando a análise para a **tarefa de controlo da constitucionalidade pelo TC, no contexto português, e na atualidade**. O que se analisará será, portanto, um possível *iter* - não exaustivo nem ao limite aprofundado - do juízo sobre constitucionalidade da norma, a percorrer pelo *juiz constitucional português*, como se a constitucionalidade da pena à luz do princípio da proporcionalidade lhe tivesse sido *hoje* submetida a apreciação.

De facto, a crescente ânsia e frustração sociais derivadas de tempos de crise¹, a elevada consciência social do crime, em que tem resultado a alta mediatização e dramatização da violência, têm conduzido a uma progressiva pressão sobre o direito penal e garantia de segurança que deve representar para os seus cidadãos. Esta instrumentalização vem-no afastando progressivamente dos princípios que tradicionalmente já vinham enriquecendo o seu património².

Este afastamento é tão mais flagrante no que, em especial, toca à pena de prisão. À luz destes valores, que se veem florescer sobretudo no pós-segunda grande guerra, e que vêm atribuir a essa (e a todas as penas) finalidades sociais prospetivas, inúmeros problemas vêm sendo apontados à sua eficácia, necessidade e justificação. Sendo esses problemas já há muito conhecidos e fortemente debatidos, o que aqui se propõe é uma análise especificamente direcionada à forma como estes se podem repercutir na constitucionalidade da medida quando apreciada à luz do princípio da proporcionalidade, em cada uma das três dimensões em que se desdobra: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *e.s.e.*.

Dada a natureza e limites impostos a este trabalho, na impossibilidade de daí retirar uma conclusão concreta, fica a esperança de se permitir trazer à luz algumas questões atinentes a problemas relacionados com a sua (in)constitucionalidade.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade, Direitos Fundamentais, Restrição, Pena de Prisão, Dignidade da Pessoa Humana, Controlo da Constitucionalidade, Juiz Constitucional.

¹Crise política, económica e social. *Vide Moniz*, 2019

²*Rodrigues*, 2014:308; *Rodrigues*, 2012:41; *Antunes*, 2019:33ss

ABSTRACT

This dissertation proposes a reflexion oriented by the human dignity and, in particular, by one of the principles that emerge from this absolute value, the principle of proporcionality, in an especific case of fundamental rights' restriction: the prison's setence.

Therefore, in a primary stage, the value of human dignity shall be reminded as the fundamental rights' ultimate axiological basement, making a brief presentation of the limits that it imposes and that can be found in those rights' restriction's regime, a reminding criminal law, and, in particular, the prison sentence, as a particular oppressive measure, and, in addition, recalling the limits that are specifically imposed to it. That is, thus, what the space dedicated to Part I will be occupied with.

Amongst those limits, the principle of proporcionality appears systematically reiterated. It appears, right away, as a limit imposed by human dignity to the fundamental rights' restriction, as a *limit to the limits*, and is, in that quality, referred by the portuguese constitution, concerning rights, freedoms and guarentees, in the article 18º, no.2; it also acquires particular relevance in criminal law, which, as a branch of law that includes the most serious state intervention for citizens's fundamental rights, appears as an *ultima ratio* branch of intervention; and, for the same reasons, appears emphasised in the prison sentence's case: because of it, the criminal penalties' principle of the necessity and their own *ultima ratio* nature are established.

Therefore, in a second stage, that will occupy all Part II, a reflection specifically oriented to the principle of proporcionality is suggested, in this specific case of fundamental right's restriction: the prison's setence.

Nevertheless, the analysis won't be directed to all the moments of this principle's application. What is to be questioned in this paper is the constitutionality of the prison's sentence in the light of the principle of proportionality, directing the analysis to the **task of control of constitutionality by the constitutional court**, in the **portuguese context**, and in the **present day**. What will be analyzed, will be a possible *iter* – not exhaustive nor to the deep limit – of the judgement on the constitutionality of the measure covered by the *portuguese constitutional judge*, as if the constitutionality of this penalty under the principle of proportionality had been submitted *today* the appreciation.

It's a fact that, the growing social anxiety and frustration resulting from times of crisis¹, the high social awareness of crime, which has resulted in high media coverage and

dramatization of violence, have led to progressive pressure on criminal law and the guarantee of security that it must represent for its citizens. This instrumentalization has been gradually moving it away from the principles that traditionally had already enriched its heritage².

This withdrawal is particularly striking when it comes to the prison's sentence. In the light of these values, which flourished mainly in the post-Second World War, and that attribute this (and all penalties) prospective social purposes, numerous problems have been pointed out to their effectiveness, necessity and justification. Since these problems have long been known and strongly debated, what is proposed here is an analysis specifically aimed at how they can have an impact on the constitutionality of the measure when assessed in the light of the principle of proportionality, in each of the three dimensions in which it unfolds: adequacy, necessity and proportionality in its narrow sense.

Given the nature and limits imposed on this work, in the impossibility of drawing a concrete conclusion, there is the hope of allowing to bring to light some issues related to its (in) constitutionality.

Keywords: Principle of Proportionality, Fundamental Rights, Restriction, Prison's Sentence, Human Dignity, Constitutionality Control, Constitutional Judge.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac	Acórdão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CEPMPL	Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGPJ	Direcção-Geral da Política de Justiça
DGRSP	Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
<i>E.s.e</i>	Em sentido estrito
Nº	Número
Nºs	Números
P.	Princípio
Ss	Seguintes
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
<i>V.g.</i>	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volume

ÍNDICE

Introdução: A dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico último dos direitos fundamentais e os reflexos na sua restrição	8
Parte I: A pena de prisão como medida restritiva de direitos fundamentais e limites a essa restrição	12
1. O Direito Penal na sua relação com os direitos fundamentais: os direitos fundamentais como legitimação e os direitos fundamentais como limite.....	12
2. A pena de prisão, em especial, como sanção criminal restritiva de direitos, liberdades e garantias.....	14
2.1. Os limites impostos pelo regime dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos, liberdades e garantias	15
Parte II: O princípio da proporcionalidade como limite à restrição à liberdade operada pela pena de prisão	18
1. O princípio da proporcionalidade e as suas dimensões.....	18
2. A pena de prisão à luz das três dimensões do princípio da proporcionalidade.....	20
2.1. A dimensão da adequação	26
2.1.1 A finalidade da pena.....	28
2.1.2. Os efeitos da pena.....	29
2.1.3. Prevenção geral	33
2.1.4. Prevenção Especial.....	38
2.1.5. Considerações sobre o juízo da adequação	41
2.2. A dimensão da necessidade.....	43
2.2.1. Algumas alternativas elegíveis	47
2.2.1.1. Alternativas já existentes no quadro do sistema penal português vigente?.....	47
2.2.1.2. Alternativas elegíveis dentro da pena de prisão?	51
2.2.1.3. Alternativas fora do direito penal?.....	54
2.2.2. Considerações sobre o juízo da necessidade	55
2.3. A Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	57
Conclusão.....	61
Bibliografia	65

Introdução: A dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico último dos direitos fundamentais e os reflexos na sua restrição

Consagrada no artigo 1º da CRP, à dignidade da pessoa humana é reconhecida uma indiscutível dimensão jurídico-constitucional³, vinculando o Estado e demais poderes públicos à sua observância, respeito, proteção e promoção. Mais do que isso, enquanto princípio que constitui base da República, a dignidade da pessoa humana torna-se *princípio constitucional supremo*⁴, adquirindo, assim, um valor diferente daquele que é atribuído aos restantes princípios constitucionais⁵: ela é *princípio axiológico fundamental, fundamento axiológico de todos os direitos*⁶.

Não sendo possível a determinação do seu exato conteúdo normativo⁷, a doutrina tem convergido na identificação de um núcleo essencial caracterizador da dignidade da pessoa humana juridicamente considerada. Este núcleo essencial repousa num conjunto de elementos ou princípios, de entre os quais, *a ideia de um valor próprio, supremo e inalienável atribuído à pessoa só pelo facto de o ser, por simples facto da sua humanidade, a ideia de respeito, de igual consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar, da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de outros, a ideia de que é a pessoa individualmente considerada, e não qualquer realidade transpersonalista, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade*⁸.

A dignidade da pessoa humana, enquanto *princípio supra-constitucional e suprapositivo*⁹, é, desde logo, *limite transcendente ao próprio poder constituinte*¹⁰. Mas do seu reconhecimento jurídico-constitucional e consequente acatamento constitucional de todos estes valores que representa, decorrem outras importantes consequências¹¹, destacando-se, em particular, as que se projetam no regime dos direitos fundamentais, enquanto concretizações específicas daquela dignidade. Constituindo, pois, aqueles

³Novais, 2015:18; Gouveia, 2018:789; Amaral, 2012:164; Ac. TC 349/91

⁴Ac. TC 349/91

⁵Novais, 2015:19-20

⁶Miranda, 2018:223; Barak, 2015:104

⁷Novais, 2015:23-29; Amaral, 2012:163-164

⁸Novais, 2015:31-34

⁹Bronze, 2010:632-633

¹⁰Miranda, 2015:223

¹¹Sobre elas, Otero, 2010:24

elementos e princípios também fundamento da existência de um catálogo típico de direitos fundamentais¹², a dignidade da pessoa humana é geralmente reconhecida pela doutrina¹³ como *fundamento* destes direitos. Como explicam Jorge Reis Novais e Bacelar Gouveia¹⁴, a consagração constitucional de direitos fundamentais vem assegurar juridicamente os valores inerentes a essa dignidade, *a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos*¹⁵. Daí que se entenda que, mesmo quando a dignidade da pessoa humana não aparece expressamente consagrada no texto constitucional, *a simples presença dos direitos fundamentais ou de uma declaração de direitos na Constituição lhe confere um reconhecimento implícito*. Da mesma forma, Jorge Miranda e Vieira de Andrade falam de uma *concordância prática e unidade de sentido*¹⁶ que a Consituição confere ao sistema de direitos fundamentais, que repousa na dignidade da pessoa humana.

Fundamento axiológico último de todos os direitos, e, em particular, dos direitos fundamentais¹⁷, a dignidade humana torna-se também *limite da ação do Estado*¹⁸.

Assim, embora fundando-se na dignidade da pessoa humana, ao contrário do que ocorre com este princípio, que é absoluto¹⁹, os direitos fundamentais conhecem limites e admitem restrições. De facto, seria impraticável que, por se fundarem na dignidade da pessoa humana, e enquanto manifestações da mesma, não fosse de admitir a limitação ou restrição de direitos fundamentais – até porque, possuindo com ela uma relação de fundamento, e não de identidade²⁰, tal irá traduzir diferentes graus de proximidade²¹, que irão possibilitar a ponderação *entre* direitos fundamentais, bem como a sua cedência perante a necessidade de garantia de outros valores igualmente dignos de proteção²².

¹²Novais, 2015:58-59

¹³ *Ibidem*:69: “*e de forma relativamente pacífica*”, salvaguardando o autor algumas posições contrárias; a esta ligação é também favorável Gomes Canotilho, *vide* **Canotilho**, 2003:248-249 e 407

¹⁴Gouveia, 2018:789

¹⁵Novais, 2015:69

¹⁶Andrade, 2004:97ss; **Miranda**, 2016:473; **Barak**, 2015:104

¹⁷Gouveia, 2018:789

¹⁸Medeiros e **Miranda**, 2010:77

¹⁹Novais, 2015:54 e 84, onde diz: “*A partir do momento em que admitimos que a dignidade da pessoa humana posso e deva ceder perante outros valores, então isso corresponde a uma delibitação objectiva da força normativa que, à partida, tenderíamos a atribuir ao princípio supremo do Estado de Direito*”.

²⁰*Ibidem*:68

²¹*Ibidem*:73

²²*Ibidem*:61 e 99 (com excepção, como explica ao autor mais à frente, (*ibidem*:172) de certos direitos e garantias fundamentais com natureza de vinculatividade absoluta – justificada pela estrita aproximação à dignidade da pessoa humana – como é o caso do direito à vida, art. 24º, nº1, que, nas palavras do legislador, “*é inviolável*”, reforçando-lhe ainda a garantia, no nº2, de que “*Em caso algum haverá pena de morte*”, e o direito à integridade física e psíquica, no art. 25º), ficando, assim, lado a lado com a teoria de Robert Alexy. *Vide* **Alexy**, 2002:48, 178-181 e 192; e **Miranda**, 2018:379 e 380

Apesar da problemática que envolve a possibilidade e o fundamento das restrições dos direitos fundamentais ser suscetível de levantar complexas questões doutrinárias, o que para este trabalho importa ter como ponto assente é a suscetibilidade de restrição destes direitos, que, de resto, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos refere, e limita, no seu art. 29º, n2, (norma entre nós acolhida por força do art. 16º, nº2 da CRP)²³, tal como a nossa CRP, no art. 18º.

Não obstante, as restrições de direitos fundamentais não se admitem sem limites, algo a que, como se viu, a própria dignidade da pessoa humana obstará, enquanto valor absoluto, constituindo limite inultrapassável a qualquer restrição.

A este plano, surge, então, como duplo limite. Num primeiro nível, encontrando-se já os poderes infraconstitucionais autorizados a restringir direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana surge como *parâmetro ou critério material autónomo de controlo da constitucionalidade da restrição*²⁴. Adotando a expressão usada pela doutrina, a dignidade surge, neste plano, como *limite (último) aos limites*²⁵. Significa então, por um lado, que, sob pena de inconstitucionalidade, a intervenção restritiva nunca poderia ir tão longe que violasse a dignidade da pessoa humana do seu titular²⁶. Wilhem Canaris fala a este propósito das chamadas *proibições de intervenção*²⁷, também designados como os limites impostos pela dimensão *subjéctiva dos direitos fundamentais*, isto é, a dimensão que os direitos fundamentais adquirem, a partir da sua consagração constitucional, enquanto direitos *subjéctivos, direitos de defesa do cidadão*, contra o Estado²⁸. Por outro lado, num sentido positivo, vem impôr que *o Estado garanta um nível mínimo de concretização e de possibilidades de exercício do direito fundamental que corresponda às exigências da dignidade da pessoa humana*²⁹ - aquilo que Claus-Wilhem Canaris designa agora por *imperativo de tutela*³⁰, e a que se liga a *dimensão objectiva* dos direitos fundamentais³¹.

²³Miranda, 2018:211-212.

²⁴Novais, 2015:168

²⁵ *Ibidem*; Canotilho, 2003:451ss; Barak, 2015:112

²⁶Novais, 2015:168; problemática que se relaciona com a *lei injusta*, vide Bronze, 2010:643

²⁷Canaris, 2003:56-57, (fazendo o autor referência, como mecanismo de controlo deste limite, ao P. da Proporcionalidade)

²⁸Brandão, 2017:244

²⁹Novais, 2015:169

³⁰Canaris, 2003:58ss

³¹Brandão, 2017:246. E, se é certo que aquela primeira dimensão se relaciona com o P. da Proporcionalidade, esta segunda dimensão vem relacionar-se com o princípio da proibição da insuficiência – vide Canaris, 2003:60

Num segundo nível, a dignidade da pessoa humana surge como fonte de dedução de outros *limites aos limites*³². São eles princípios como o da igualdade, da proibição do excesso, da segurança jurídica e proteção da confiança legítima e da proibição do déficit, que, derivados do próprio princípio de dignidade da pessoa humana, funcionarão também como instrumentos de controlo das restrições de direitos fundamentais, por parte do poder judicial independente, e que permitirão determinar se a medida restritiva, previamente autorizada, é ainda, *pela sua medida e alcance, forma e modalidade, constitucionalmente admissível*³³. No fundo, estes princípios vêm garantir que o relacionamento entre o Estado e os particulares surja efetivamente conformado pela dignidade da pessoa humana, já que sem eles, a afirmação da primazia da pessoa como fim último justificador seria *uma mera casca formal, vazia de conteúdo*^{34 35}.

³²Barak, 2015:112; Novais, 2015:168 e 179-181

³³*Ibidem*

³⁴*Ibidem*:180. Também Aharon Barak salienta o papel importante desempenhado pela dignidade da pessoa humana, em especial, na proporcionalidade como condição da limitação de um direito fundamental. Entende o autor a dignidade da pessoa humana como limite e como fonte de dedução de limites às restrições de direitos fundamentais. No campo da proporcionalidade, indica a dignidade da pessoa humana, embora não diretamente como fonte do princípio, mas como elemento de valoração obrigatório nos juízos que ele implica, porque ser limite a essas restrições (Barak, 2015:112)

³⁵(Novais, 2015:181-182)

Parte I: A pena de prisão como medida restritiva de direitos fundamentais e limites a essa restrição

1. O Direito Penal na sua relação com os direitos fundamentais: os direitos fundamentais como legitimação e os direitos fundamentais como limite

O direito penal, enquanto “conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito”³⁶, é um ramo que se encontra numa *relação paradoxal* com os bens jurídicos, uma vez que, surgindo como *direito de proteção dos mesmos*³⁷, neles encontrando o seu fundamento e legitimação³⁸, vem simultaneamente assegurar a sua proteção através de instrumentos sancionatórios que representam limitações fortíssimas de direitos fundamentais³⁹(igualmente bens jurídicos), e, como tal, neles encontrando também o seu limite⁴⁰.

É, pois, daquela *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*⁴¹ ou do *imperativo de tutela*⁴², que surge um dever de proteção, onde o Estado encontrará toda a sua *legitimação material positiva* de intervenção nos direitos fundamentais dos cidadãos⁴³. É *maxime* onde o direito penal encontra a sua legitimação, enquanto direito de proteção de *bens jurídicos dignos de tutela penal*⁴⁴. Estes não serão todos e quaisquer bens jurídicos, mas tão só os *valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres*

³⁶Negrito do autor. **Dias**, 2004:3

³⁷Conceção especialmente desenvolvida e defendida por Jorge Figueiredo Dias, *ibidem*:109, e que Faria Costa designa como sua *função primacial*, à qual junta, depois, outras funções complementares, como a *garantia, a segurança e a coesão* (**Costa**, 2017:22)

³⁸**Brandão**, 2017:246

³⁹**Dias**, 2004:13; Ac. TC 463/2016

⁴⁰**Dias**, 2004:13. Daqui decorre a antinomia que caracteriza o direito penal que, nas palavras de Winfried Hassemer, “é um instrumento de liberdade por meio de repressão” *apud Santos*, 2014:18

⁴¹**Brandão**, 2017:246

⁴²**Canaris**, 2003:58ss; Ac. TC 75/2010

⁴³**Brandão**, 2017:245-246; Ac. TC 75/2010

⁴⁴Também assim **Costa**, 2017:22

*fundamentais*⁴⁵, pela *estrita analogia que tem de observar-se entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais*⁴⁶.

É, depois, daquela *dimensão subjetiva dos direitos fundamentais* ou das *proibições de intervenção*⁴⁷, que surgem os *limites* à intervenção operada por esta proteção, que têm de se cumprir para que a intervenção estadual se possa dizer legitimada – designadamente, os que se impõem por força da dignidade da pessoa humana, que tem de conservar-se a todo o custo perante a restrição do direito fundamental que nela se funda. Ora, se da criminalização de comportamentos resulta a aplicação de sanções criminais amplamente restritivas de direitos fundamentais, então estes limites aplicam-se também à intervenção estadual penal.

Aliás, porque se torna, através destas sanções, o ramo do direito onde porventura a relação de supra-infra-ordenação entre o Estado e o indivíduo é mais evidente⁴⁸, esses limites e princípios adquirem, no plano do direito penal, um estatuto particular, que se irá projetar nas ideias já tão conhecidas e estabilizadas que constituem base de todas as discussões doutrinárias em matéria penal.

Dentro, ainda, desses, o P. da Proporcionalidade adquire um papel particularmente importante. Consagrado como limite à restrição de quaisquer direitos fundamentais (art. 18º, nºs 2 e 3 da CRP)⁴⁹, dele vêm decorrer, no plano do direito penal, dois dos mais importantes princípios que regem este ramo: além do já referido *princípio da dignidade e da subsidiariedade ou fragmentariedade penal*⁵⁰, o *princípio da necessidade e da subsidiariedade das penas*⁵¹, segundo o qual, consistindo em privações ou sacrifícios de determinados direitos, só serão, elas próprias, constitucionalmente admissíveis, quando também se afigurem necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção do direito ou interesse constitucionalmente protegido pela incriminação⁵². No fundo, exige-se a

⁴⁵Dias, 2004:14, 109 e 114; Ac. TC 426/91, reiterado no Ac. 463/2016. Criticamente, porém, M.J. Antunes alerta, tendo em conta o conteúdo do art. 18º, nº2, que refere “*outros direitos*”, mas também outros “*interesses constitucionalmente protegidos*”, que ainda que o direito penal *também* encontre nos direitos fundamentais o seu fundamento, ele não conceda *somente a eles* proteção. O disposto pode não contrariar totalmente esta posição, ao falar-se em (1) *valores constitucionais*, (2) *expressa ou implicitamente* ligados aos direitos fundamentais. Antunes, 2019:61

⁴⁶Dias, 2004:14, 109 e 114, falando também da “*relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao direito penal cabe tutelar*”; Ac. do TC 377/2015

⁴⁷Canaris, 2003:56; Ac. TC 75/2010

⁴⁸Dias, 2004:13

⁴⁹Brandão, 2017:245

⁵⁰Dias, 2004:13; Costa, 2017:15 e 22; e o TC no Ac. 426/91, que também dele o faz decorrer.

⁵¹Brandão, 2017:260 e o TC no acórdão *supra* mencionado.

⁵²*Ibidem*:262; Ac. TC n.º 85/85

adequação, necessidade e proporcionalidade não só da tipificação de crimes, como também da tipificação das penas (e respetiva execução) – sendo neste último plano de aplicação do P. da Proporcionalidade que se centrará o trabalho.

Os direitos fundamentais aparacem, assim, no início e no fim do Direito Penal: a sua proteção surge, simultaneamente, como fundamento e como limite deste ramo direito.

2. A pena de prisão, em especial, como sanção criminal restritiva de direitos, liberdades e garantias

Não existindo uma hieraquização entre direitos fundamentais⁵³ é inegável que, mesmo que não pela *qualidade* do direito fundamental restringido, mas pela *intensidade* da restrição, estas consequências sejam particularmente gravosas no caso da pena privativa da liberdade⁵⁴.

Podendo, de certa forma, afirmar-se que em todas as sanções penais há uma compressão à liberdade do destinatário da sanção – nem que seja porque, em todos os casos, uma vez verificados os requisitos necessários, o cumprimento da sanção se lhe impõe *inelutavelmente*, condicionando a liberdade de *decidir, agir ou não agir*⁵⁵ – no caso das sanções privativas da liberdade, o nível de intensidade da compressão há de reconhecer-se como consideravelmente mais elevado: é que, nestas penas, a sanção não só se lhe impõe inelutavelmente, como há uma verdadeira restrição da liberdade do condenado à *liberdade física, à liberdade de movimentos*, especialmente tutelada pelo direito fundamental à liberdade, consagrado no art. 27º, nº1 da CRP⁵⁶.

Tanto assim é que, mesmo dentro do direito penal, também nesta medida o P. da Proporcionalidade passa a desempenhar um papel fundamental, tornando-se ela mesma regida pelo princípio da *ultima ratio* da política criminal⁵⁷.

⁵³ **Andrade**, 2004:106

⁵⁴ Assim reconhece o TC, no Ac. 75/2010, onde diz “*Dentro desse espectro, a incriminação representa, em regra, o grau máximo de proteção. Mas também, simultaneamente, a lesão, na maior medida, de direitos encabeçados pelo sujeito penalizado, mormente quando, como neste caso, a verificação do tipo acarreta privação da liberdade*”.

⁵⁵ **Miranda**, Jorge, 2018:111; também assim se pode ler na Introdução ao CP, no sétimo parágrafo: “*Medidas que, embora não determinem a perda da liberdade física, importam sempre uma intromissão mais ou menos profunda na condução da vida dos delinquentes*”

⁵⁶ **Canotilho** e **Moreira**, 1993:184; Acs. TC 85/85, 99/2002 e 463/2016; **Brandão**, 2017:249

⁵⁷ **Dias**, 2013:53

2.1. Os limites impostos pelo regime dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos, liberdades e garantias

Apesar de a pena privativa da liberdade constituir uma medida restritiva expressamente autorizada pela CRP no art. 27º, nº2, tal não basta para concluir pela sua constitucionalidade, como se vem reforçando. Legitimada e autorizada constitucionalmente que esteja esta ingerência, torna-se agora necessário averiguar a constitucionalidade do meio pelo qual é levada a cabo – pois, como se viu, também a *modalidade, forma, extensão ou alcance da restrição, da intervenção restritiva ou da afetação negativa do direito carecem de um controlo de constitucionalidade*⁵⁸. Ficando, assim, o destinatário da pena, pela prática de um crime, colocado numa especial posição que legitima a intervenção estadual nos seus direitos fundamentais, expressamente autorizada pela CRP, a intervenção penal não será admitida sem mais: a prática do crime justifica a aplicação da pena, mas não elimina a igual dignidade do condenado⁵⁹, e não o priva das garantias destinadas a assegurá-la, nas quais se encontram, como se viu, *maxime*, os direitos fundamentais – salvas, como determina a CRP, “*as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências da respetiva execução*”⁶⁰.

Tudo isso levou a que o legislador constituinte consagrasse expressamente um regime aos direitos fundamentais, direccionado à limitação destas restrições. Muitos dos princípios neste regime expressamente consagrados são aqueles que assentam na dignidade da pessoa humana, que os funda, considerados eles mesmos como princípios *axiológico-fundamentais*⁶¹. São eles os já conhecidos princípio da igualdade (art.13º), da proporcionalidade (arts. 2º, 18, nº2, 19º, nº4 e nº8, 30º, nº5, 50º, nº3, 65º, nº4, 266º, nº2, 270º e 272º, nº2 da CRP), da proibição do défice, e da segurança jurídica (art. 2º), que surgem como princípios regentes de todos os direitos fundamentais (quer DLG, quer direitos sociais)⁶².

⁵⁸**Novais**, 2015:179, e continua dizendo “*que, no fundo, é ainda, direta ou indiretamente, orientado e conformado pela dignidade da pessoa humana*” – como também já foi referido.

⁵⁹Também assim, **Daly e Aharon**, 2013:66 e 67

⁶⁰Art. 30º, nº5, da CRP, referindo-se a limitações de direitos fundamentais, e não, pois, da dignidade da pessoa humana.

⁶¹**Miranda**, 2018:266

⁶²Sob a forma de *princípios comuns, ibidem*

Estes são princípios que, reforce-se, constituem *parâmetro de constitucionalidade*, sendo inconstitucionais as normas que os infringem, tal como resulta, aliás, dos arts. 204º e 277º, nº1, da CRP⁶³.

No que respeita ao DLG, a CRP foi especialmente cuidadosa na delimitação dos limites a que as medidas restritivas destes direitos ficam sujeitas. Ora, porque a pena de prisão comporta uma restrição, expressamente prevista, e portanto, autorizada, pela CRP, no art. 27º, nº2, ao direito à liberdade, consagrado no nº1 do mesmo artigo, enquadrando-o, assim, no catálogo dos DLG, estes limites, para o que a este trabalho concerne, interessam especialmente. Porém, não se irá proceder a uma análise de todos eles, mas tão somente dos limites impostos por um dos princípios desse regime: o P. da proporcionalidade.

A particular relevância que este princípio adquire no domínio dos DLG⁶⁴, vem ser evidenciada pelo disposto no art. 18º, nº 2 da CRP⁶⁵, que determina expressamente que toda e qualquer restrição aos mesmos se deverá apenas “*limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”⁶⁶.

É um princípio cuja importância já vem sendo reiterada em diversos estratos: surge logo nas restrições aos direitos fundamentais, como *limite dos limites*, no art. 18º, nº2 da CRP; adquire também particular relevância no Direito Penal, que, “*conformado como subsidiário pelo iluminismo*” o elevou “*a princípio matriz*”⁶⁷, enquanto ramo do direito que comporta a intervenção estadual mais gravosa para os direitos fundamentais dos cidadãos, como direito de *ultima ratio*; e, pela mesma ordem de razões, enfatizado ainda na pena privativa da liberdade: por força dele que se estabelece o princípio da necessidade das penas⁶⁸ e a *ultima ratio* da mesma. A este plano, resultam consequências, que o legislador deve levar tão longe quanto possível, a dois níveis: reconformando a pena de prisão, limitando ao máximo o seu efeito negativo e criminógeno, e oferecendo-lhe um *sentido positivo, prospetivo e socializador*; e limitando a sua aplicação concreta, dando *preferência sempre que possível às penas não institucionais*⁶⁹. O TC afirma mesmo que nenhum Estado

⁶³*Ibidem*:267

⁶⁴*Ibidem*:265 e 328.

⁶⁵V.g. Acs. TC 187/01 e 463/2016

⁶⁶Art. 18º, nº2, CRP

⁶⁷**Miranda**, 2018:324

⁶⁸Art. 18.º da CRP; **Brandão**, 2017:262; Ac. do TC n.º 85/85.

⁶⁹**Dias**, 2013:53

de Direito nem nenhuma *política criminal se legitima, qualquer que seja o escopo, se através dela se não observarem as exigências* decorrentes deste princípio⁷⁰.

⁷⁰Ac. TC 377/2015

Parte II: O princípio da proporcionalidade como limite à restrição à liberdade operada pela pena de prisão

1. O princípio da proporcionalidade e as suas dimensões

O P. da proporcionalidade assenta na ideia de geral de que, perante a restrição de um direito, as “*normas não devem exceder, ir além, do que é adequado e necessário para atingir um fim, nem ser desproporcionadas aos efeitos que se pretende atingir*”⁷¹.

Encontra previsão expressa e afloramentos frequentes na CRP em diversos artigos, como seja, além do já mencionado art.18º, nº2, os arts. 19º, nºs 4 e 8, 28, nº2, 30º, nº5, 65º, nº4, 168, nºs 2 e 3, 189º, nº5, 266º, nº2, 267º, nº3, 270º, 272º, nº2 e 282º, nº4⁷².

Da repartição que se deve, sobretudo, ao trabalho desenvolvido pela jurisprudência e doutrina alemãs⁷³, o P. da Proporcionalidade é atualmente compreendido através de três dimensões, subprincípios, segmentos ou vertentes⁷⁴: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *e.s.e.* ou princípio da justa medida⁷⁵.

Eis, agora, em síntese, o conteúdo de cada uma delas.

Uma vez atribuído um fim à norma, e pressuposta a legitimidade do mesmo⁷⁶, a adequação traduz-se na *aptidão*⁷⁷, *idoneidade*⁷⁸ ou *capacidade intrínseca do meio – a norma com os respetivos efeitos jurídicos – a aproximar o fim visado pelo legislador: a produção ou desencadeamento de efeitos materiais positivos de satisfação de certos bens, interesses ou valores*⁷⁹. O juízo de adequação implica, assim, uma análise *empírica* sobre os efeitos produzidos pela norma, para depois contrapor esses efeitos aos fins por ela visados⁸⁰.

⁷¹Canas, 2016:39. Também assim o TC, Acs. 634/93, 187/2001, e 632/2008

⁷²Canas, 1997:345

⁷³Miranda, 2018:325; Canas, 1997:325, 328 e 331; Moraes, 2014:475

⁷⁴V.g. Ac. TC 103/87.

⁷⁵Quanto à mobilização destes três segmentos pelo TC, v.g. Acs. 103/87, 285/92 e 187/01

⁷⁶Vem sendo, não obstante, proposta por alguns autores a realização um quarto teste ao P. da Proporcionalidade, prévio aos demais, que se prende precisamente com a apreciação da legitimidade do fim. A questão, aqui, prender-se-ia com a legitimidade dos fins das penas, e requereria um aprofundamento cuja extensão tornaria impossível a análise das demais dimensões. Assim, limitar-se-á a presumir a legitimidade dos fins. Vide Silva, 2012, po. 646ss; Canas, 2016:45ss, 297ss e 421ss

⁷⁷Novais, 2004: 167ss

⁷⁸Gouveia, 2018:825, expressão também mobilizada pelo TC no Ac. 632/2008

⁷⁹Canas, 2016:613

⁸⁰Canas, 2016:616-617

Verificada a adequação do meio, segue-se – do ponto de vista lógico – a verificação da *necessidade* do mesmo⁸¹. A necessidade do meio implica que de entre os meios que poderiam ser escolhidos *em abstrato*, seja selecionado o meio que melhor satisfaz *em concreto*, porque com menos custos e/ou mais benefícios, a realização do fim⁸². De forma sumária, “o meio necessário é o menos interferente entre os meios disponíveis que tenham intensidade de satisfação pelo menos igual”⁸³. O meio necessário, será, assim, o meio *indispensável*⁸⁴.

Se o juízo de adequação requer uma análise empírica, a dimensão da necessidade requer uma apreciação *em termos relativos*⁸⁵, isto é, por *comparação* com outros meios alternativos adequados a atingir o mesmo fim⁸⁶. Assim, em primeiro lugar, impõe saber-se se existem outros meios adequados a prosseguir a finalidade elegida pelo legislador, com a mesma intensidade por ele pretendida⁸⁷; se sim, então, em segundo lugar, há-de seleccionar-se, de entre esses meios alternativos, o menos interferente⁸⁸.

A proporcionalidade *e.s.e.* equivale, por fim, a uma *ponderação*, da qual há-de resultar uma *proporcionalidade ou uma não desproporcionalidade*⁸⁹. É uma dimensão que suscita grande controvérsia doutrinal⁹⁰, e requer, por isso, algum aprofundamento, a que se dedicará mais à frente. Pode, porém, ficar dito que, na perspectiva adotada, a medida se diz proporcional, *strictu sensu*, se os seus *efeitos positivos tiverem importância superior aos negativos*⁹¹.

Finalizando, nas palavras de Jorge Miranda, *se não se respeitar o primeiro dos subprincípios haverá arbítrio; se não se verificarem os outros dois, haverá excesso*⁹². Como se verá, não obstante, para efeitos de controlo jurisdicional, o TC faz depender de uma *desproporcionalidade manifesta* a declaração da inconstitucionalidade⁹³.

⁸¹*Ibidem*:647

⁸²**Miranda**, 2004:308; Acs. TC 632/2008 e 155/2004

⁸³**Canas**, 2016:648

⁸⁴**Gouveia**, 2018:825

⁸⁵Embora requeira, em certo ponto, também uma análise empírica. **Canas**, 2016:656

⁸⁶*Ibidem*:649; Ac. TC 107/2001

⁸⁷**Canas**, 2016:648

⁸⁸*Ibidem*

⁸⁹*Ibidem*:881ss; Ac. TC 632/2008

⁹⁰**Canas**, 2016:862ss.

⁹¹*Ibidem*:883

⁹²**Miranda**, 2004:308

⁹³V.g. Acs. TC 484/2000, 187/2001 e 638/2008

2. A pena de prisão à luz das três dimensões do princípio da proporcionalidade

Disse-se já anteriormente que a restrição de um direito fundamental resulta de uma ponderação, perante uma colisão entre este e outros bens, valores ou princípios, contanto que estes se tratem, no nosso ordenamento jurídico, e tal como resulta do nº2 do art. 18º da CRP, “de outros direitos ou interesses *constitucionalmente protegidos*”. É precisamente, como também se concluiu, o que opera no direito penal: este direito procede, através dos seus instrumentos sancionatórios, ao sacrifício de certos bens jurídicos – direitos fundamentais - em prol da proteção de outros.

Nesta ponderação, adquire importância central o *P. da Proporcionalidade*⁹⁴, pelo qual tem de se conformar por isso, e nos termos do art. 18º, nº2 da CRP, toda a intervenção penal⁹⁵.

Nessa linha, entra-se agora no âmago de todo este trabalho, o estudo do princípio da proporcionalidade aplicado a um meio específico por via do qual é levada a cabo essa intervenção: a pena de prisão.

A perspetiva adotada será a do juiz constitucional, como se a questão lhe tivesse sido, hoje, submetida a apreciação.

A metódica a que se recorrerá será a designada *cumulativa*⁹⁶, mobilizada pelo TC nos processos de fiscalização da constitucionalidade que tomam como parâmetro o P. da Proporcionalidade, procedendo a uma análise separada de cada uma das dimensões, numa ordem lógica de precedência *da mais abstrata para a mais concreta*. Assim, partir-se-á da análise da adequação, passando, segundo lugar, para a dimensão da necessidade, e, por último, uma análise da proporcionalidade *e.s.e.*⁹⁷.

Sendo o princípio composto por estas três dimensões, a conclusão por parte do juiz constitucional de que a medida colide com alguma delas basta para concluir pela violação do princípio como um todo⁹⁸. Sendo a metódica mobilizada *cumulativa*, tal implica, por isso,

⁹⁴Relevância reiterada pelo TC, *v.g.* Ac. n.º 286/11; demonstrada também por Alexy, que o faz derivar da natureza dos princípios, e, portanto, também da natureza dos direitos fundamentais, enquanto princípios. **Alexy**, 2002:66

⁹⁵**Brandão**, 2017:245

⁹⁶**Canas**, 2016:895

⁹⁷Acs. TC 632/2008 e 187/2001

⁹⁸**Morais**, 2014:475

que a conclusão pela desadequação da norma prejudica a necessidade de realização dos demais testes, e assim sucessivamente⁹⁹.

Há que ter em conta que, podendo o juiz constitucional proceder à mobilização deste princípio no exercício da sua função de controlo relativamente a diversos atos, em causa está especificamente uma norma legal. A emissão de normas jurídicas é atividade de competência legislativa, no respeito pelo Princípio Democrático, sendo, nesta emissão, e no que em especial toca aos juízos sobre a respetiva proporcionalidade, conferido ao legislador uma relativa liberdade de conformação. Esta liberdade existe particularmente no segmento da adequação e da proporcionalidade e.s.e.. Quanto à adequação, não se exige, por exemplo, que o legislador adote a medida que com certeza absoluta satisfaça as finalidades que lhe são cometidas, admitindo-se-lhe algum *risco epistémico*; tem liberdade para seleccionar os dados de facto que considere relevantes para o seu juízo de prognose;¹⁰⁰ e não lhe é exigido, que entre as várias medidas à sua disposição, selecione *a mais adequada*¹⁰¹. Esta liberdade tem de ser tida em conta e respeitada pelo juiz constitucional em sede de controlo, sob pena de se imiscuir em juízos que já não são competência jurisdicional, mas legislativa¹⁰².

Nesse sentido, admitindo e reiterando a possibilidade e o dever de controlo da constitucionalidade de normas à luz deste princípio¹⁰³, o TC vem estabelecendo alguns limites a esta fiscalização, em especial, em matéria de sanções criminais, entendendo que o juízo de inconstitucionalidade dependerá da detecção de uma *clara ou manifesta excessividade ou arbitrariedade na opção legislativa*; indo além disso, diz o TC, “*estaria a*

⁹⁹Ac. do TC 632/2008

¹⁰⁰Canas, 2016:630

¹⁰¹Também assim o TC, Ac. 76/85

¹⁰²O que se rejeita, porém, é que o princípio da separação de poderes possa obstar à fiscalização da constitucionalidade das normas no seu todo. Como se sabe, a fiscalização que o princípio da constitucionalidade impõe não coloca necessariamente em causa o princípio democrático, conflito que é, de resto, atenuado através de diversos mecanismos legais próprios de cada processo de fiscalização.

¹⁰³Diz o TC, no Ac. 187/2001, “*Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da atividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da atividade do legislador um dos seus significados mais importantes*”. São exemplos de decisões nas quais o TC tomou como parâmetro este princípio os Acs. 484/2000, 187/2001, 25/84, 85/85, 103/87, 455/87, 64/88, 69/88, 223/88, 392/89, 221/90, 285/92, 634/93, 1182/96, 159/2007, 632/2008, 173/2009, 166/2010, 401/2011, 461/2011, 353/2012, 187/2012, 340/2013, 474/2013 e 602/2013, e de decisões em que, tendo tomado esse princípio como parâmetro, o objeto do controlo fora especificamente uma norma penal os Acs. 99/2002, 494/2003, 525/2008, 634/93, 83/95, 527/95, 274/98, 99/2002, 605/2007, 577/2011 e 319/2012, bem como especificamente sanções penais os Acs. 574/95, 958/96, 329/97, 108/99, 370/94, 201/98, 334/98, 70/2002, 22/2003, 124/2004 e 163/2004.

julgar o mérito da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que aí há de gozar de uma razoável liberdade de conformação”¹⁰⁴.

Significa isto que a conclusão pela desadequação da norma só passa a prejudicar a apreciação dos demais segmentos se essa desadequação for evidente ou manifesta, e assim sucessivamente¹⁰⁵.

De resto, não pode negar-se o controlo da constitucionalidade de uma norma, como seja a norma penal¹⁰⁶ pelo juiz constitucional, com base nesse princípio. Além dos inúmeros casos em que procede a este controlo, o TC deixa clara essa posição, ao determinar a *inelutável limitação da liberdade de conformação do legislador quando a proporcionalidade das sanções não esteja assegurada*¹⁰⁷. Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, salvaguardando a *margem de apreciação* garantida aos Estados no *balanceamento entre interesses colidentes* que possam levar à adoção de medidas interferentes em direitos fundamentais, determina e comumente mobiliza o controlo judicial da constitucionalidade destas medidas, normalmente sob a questão “*Was the interference necessary in a democratic society?*”¹⁰⁸.

Não pode, pois, esquecer-se que em causa está a adoção de uma medida que largamente se imiscui nos direitos fundamentais dos cidadãos, carecida por isso, de justificação estadual. O esforço por parte do legislador deve ser, neste sentido, acrescido, mas, como relembra Xavier Philippe, não basta confiar-lhe esse controlo: o *antagonismo* e a tensão entre o interesse público e o direito fundamental como proteção individual na esfera do legislador é constante, levando as mais das vezes a um *equilíbrio precário e a uma tentação constante em tomar decisões “que ultrapassam a necessidade que a situação*

¹⁰⁴ Acs. TC 634/93, 83/95, 527/95, 574/95, 201/98, 334/98, 99/2002 e 605/2007; **Machete e Violante**, 2013:47; e **Antunes**, 2011.

¹⁰⁵ **Canas**, 2017:300ss

¹⁰⁶ Desde logo, porque se trata aqui de uma norma jurídico-pública, e, portanto, necessariamente abrangida pelo sistema de controlo. Vide arts. 3º, nº3, 277º, nº1, 280º e 281º da CRP; **Morais**, 2002:434-438

¹⁰⁷ Ac. TC 527/95, também lembrada no Ac. TC 377/2015, onde se diz, “*Nenhum poder (...) é [isento de vínculos constitucionais]; e muito menos o será o poder de definir novos crimes e de prever novas penas*”. Vide ainda **Antunes**, 2019:45

¹⁰⁸ É a expressão que os diversos artigos que contemplam os direitos fundamentais na Convenção Europeia dos Direitos do Homem adotam quanto à admissibilidade de restrições a esses direitos. São exemplos de decisões em que o Tribunal procede a igual controlo as seguintes: *Case A, B and C v. Ireland, application no.25579/05; Case of Open Doo rand Dublin Well Woman V. Ireland, application no.14234/88*, ponto 70; *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, 51/1990/242/313, Council of Europe: European Court of Human Rights, 24 October 1991; *Case Odièvre v. France, application no. 42326/98*, ponto 40; *Case of S.H. and Others v. Austria, application no. 57813/00*, ponto 89; e *Case Evans v. The United Kingdom, application no. 6339/05*, ponto 75. Vide ainda **Scaccia**, 2019:15-19

*exige*¹⁰⁹”. O juiz constitucional, “*observateur privilégié*”, garante da Constituição¹¹⁰, não pode deixar de desempenhar um papel da maior importância no sentido de garantir que essa justificação existe – que deverá, em primeiro lugar, partir do legislador¹¹¹ - e de que é válida, tendo como um dos instrumentos mais relevantes a verificação da proporcionalidade da restrição¹¹². Entende-se, aliás, *que quanto mais intensa for a afetação das posições subjetivas, maior será a extensão do poder judicial neste domínio*¹¹³. A importância dessa garantia não pode deixar de ser ainda maior no caso paradigmático de intensidade de afetação que é o direito penal, e, dentro dele, a pena de prisão¹¹⁴.

Nesta apreciação, o juiz terá de apurar os dados relevantes a cada uma das dimensões, podendo para tal mobilizar os seus poderes de investigação processuais, elaborar juízos de valoração sobre elas, e, por fim, apreciar a avaliação (os juízos de diagnóstico e prognose) e escolha feitas pelo legislador¹¹⁵.

Este trabalho propõe, além disso, que a apreciação submeta ao crivo da proporcionalidade a pena de prisão *na atualidade*.

Ora, o juiz constitucional sempre é chamado a apreciar a norma num momento posterior àquele em que o legislador a concebeu. Esse facto abre a possibilidade de o juiz considerar elementos da realidade fáctica que o legislador, ao conceber na norma, não poderia ter acesso. É que, pelo menos, já é possível determinar que efeitos a norma produziu, e portanto, se esses efeitos correspondem, ou não, à expectativa do legislador, no momento da criação da medida.

Assim, ao juiz constitucional podem caber dois papéis: aferir a constitucionalidade da norma com base nos dados de que o legislador dispunha e através dos quais elaborou juízos de prognose ao tempo da criação da norma; nesse caso, a inconstitucionalidade poderá resultar da *prova de que o legislador agiu numa situação de incerteza epistémica empírica total ou radical ou de incerteza epistémica empírica parcial negativa, da prova de que a*

¹⁰⁹Philippe, 1990:342

¹¹⁰Correia, 2019:27

¹¹¹V.g. Canas, 2016:911

¹¹²Philippe, 1990:342

¹¹³Ac. TC n.º 846/14; Canas, 2016:316; Medeiros e Miranda, 2010:373

¹¹⁴Desta importância nos fala também Antunes, 2019:94, abordando a autocontenção ainda tão patente na jurisprudência portuguesa no controlo da constitucionalidade da lei penal, e a posição segundo a qual este controlo deveria ser exclusivamente político no respeito pela margem de liberdade do poder legislativo na matéria, concluindo que tal posição não poderia deixar de enfraquecer, “*irremediavelmente, o entendimento da Constituição também como fundamento do direito penal, no que seria um retorno ao seu papel de mero limite*”.

¹¹⁵Canas, 2016:911ss e 935ss

*situação de facto passada em que alicerçou a medida legislativa foi deficientemente interpretada, da prova de que o legislador não teve em conta dados – já disponíveis no momento da prática do ato – que deveria ter considerado; ou da prova de que o juízo de prognose formulado pelo legislador, tendo em conta tudo o que ele considerou, é infundado à luz de um padrão médio de diligência e de racionalidade ou de regras científicas e técnicas por ele próprio conhecidas e aceites*¹¹⁶.

Ou pode também caber-lhe, além desse, o papel que aqui se propõe, de determinar a constitucionalidade da medida numa *perspetiva atual*, podendo aqui mobilizar os seus poderes instrutórios para aferir, *não só os elementos em que o legislador assentou ou deveria ter assentado a sua avaliação*, mas também *novos elementos*, de que ele não poderia, na altura, dispor, *aferindo a eficiência e a lesividade reais da medida ou calcular mais aperfeiçoadamente a eficiência e lesividade previsíveis*¹¹⁷.

Entende Vitalino Canas, cuja posição aqui se recupera, que *quanto mais se prolongar a vigência e a produção dos efeitos da norma, mais se acumula a prova da intensidade e interferência da medida, e, portanto, mais se justifica a substituição da visão histórica do legislador por uma visão atual*¹¹⁸.

É certo que o TC, sob a égide do respeito pela separação de poderes e, portanto, da livre conformação do legislador, demonstra as mais das vezes uma certa contenção¹¹⁹ na apreciação da proporcionalidade da medida. Além do que ficou dito, fica-se também ao lado de Suzana Tavares da Silva quando diz que tal contenção, particularmente quando em causa esteja a restrição de direitos fundamentais, se não justifica. O *grau de deferência*, como explica a autora, devido ao legislador, há de ser *marcadamente mais limitado* neste domínio, sob pena de insuficiência na garantia destes direitos que o P. da Proporcionalidade visa assegurar. Para a autora, tal justifica mesmo uma atualização da metódica associada ao P. da

¹¹⁶ *Ibidem*:952

¹¹⁷ *Ibidem*:950-956.

¹¹⁸ *Ibidem*:953 e 954. Também assim Aharon Barak, “*Proportionality (...) emphasizes the need to rationally justify a limitation of a constitutionally protected right. It also requires a constant examination of its justification’s existence*”, (Barak, 2012:458). Dizem Jorge Miranda e Rui Medeiros: “*Não pode excluir-se que uma lei, elaborada com um certo propósito, venha a produzir efeitos perversos. (...) Considerando a complexidade dos fenómenos sociais e económicos, ao legislador haverá de ser concedido um período de experimentação das suas soluções e de avaliação dos respectivos resultados. Por sua vez, se os erros quanto à idoneidade de uma providência legal apenas forem reconhecíveis ex-post, então, do que se tratará provavelmente é de um fenómeno de inconstitucionalidade deslizante*”, (Medeiros e Miranda, 2010:374)

¹¹⁹ Verificada por diversos autores, como Medeiros e Miranda, 2010:379

Proporcionalidade¹²⁰. Crê-se que, na mesma linha de pensamento, se propõe menos do que isso.

Apesar da contenção demonstrada, no Ac. 353/2012, o TC demonstra não se opor a esta possibilidade. Diz o TC: *“Diga-se ainda que um futuro juízo de proporcionalidade, que não poderá ignorar que para medidas de exceção restritivas de direitos e expectativas dos cidadãos existe um ônus de fundamentação do legislador que só poderá ser cumprido perante específicas circunstâncias económicas e financeiras, forçosamente evolutivas, terá de estar dependente da consideração da intensidade relativa em termos de justiça distributiva e dos efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo do tempo. Isto implica certamente o cumprimento por parte do legislador de um específico dever de criação das condições de possibilidade de alternativas que evitem que, com o decurso do tempo, as medidas tomadas se tornem excessivas, tendo em conta a intensidade relativa dos sacrifícios impostos em termos de igualdade na repartição dos encargos públicos”*.

Certo é que uma intervenção desta natureza só pode situar-se no limiar do equilíbrio entre o princípio democrático e o controlo jurisdicional da constitucionalidade, e, portanto, só será de admitir em casos extremos, em que a intervenção do juiz constitucional surge *quase forçada*, como último garante da Constituição¹²¹. Salvaguardando ao máximo o respeito pela livre conformação do legislador e princípio democrático, o TC tem reconhecido alguma complexidade aos casos em que a apreciação é orientada por princípios como é o P. da Proporcionalidade, deparando-se, por um lado, com os limites impostos por princípios como o da separação de poderes, e, por outro lado, a necessidade gritante de assegurar a primazia à constituição. Tal situação tem dado aso ao surgimento de métodos decisórios originais, de modo a contornar ao máximo a *desautorização do legislador*, para que só tenha lugar quando não possa, de todo, ser evitada. Assim, concluindo pela manifesta desproporcionalidade da medida, o TC parece apresentar como solução à tensão que possa criar-se entre estas duas funções estaduais, a restrição dos efeitos da sua decisão, através do proferimento de uma decisão *de mera declaração de inconstitucionalidade*, de que é exemplo a decisão acima citada. No fundo, o Tribunal declara a inconstitucionalidade sem lhe atribuir quaisquer efeitos, dando oportunidade ao legislador de atuar em conformidade,

¹²⁰Silva, 2012:639-678

¹²¹Correia, 2019:109ss

mas não o forçando a agir - sem prejuízo de, não agindo, a inconstitucionalidade não seja mais aceitável e venha, no futuro, a ser declarada¹²².

2.1. A dimensão da adequação

Porque o juízo da necessidade implica que a medida em estudo se afirme como adequada, para depois, em comparação com as restantes medidas adequadas, determinar se ela é também necessária, a primeira dimensão do P. da Proporcionalidade que há-de testar-se, do ponto de vista lógico, é a dimensão da adequação.

A dimensão da adequação aplicada à pena de prisão vem impôr o seguinte: a pena de prisão só será constitucionalmente adequada se produzir os efeitos queridos pela sua finalidade¹²³. Determina, pois, uma análise empírica dos resultados obtidos com esta sanção criminal, ou seja, dos efeitos da pena de prisão, para os depois os contrapor ao fim visado com a imposição da sanção. A medida será, por fim, adequada, se houver correspondência entre as duas realidades, nos termos já referidos.

Na delimitação do âmbito do trabalho, referiu-se que a proporcionalidade da pena seria analisada do ponto de vista do juiz constitucional. Significa isto que a adequação será mobilizada não como norma de ação, mas como norma de controlo¹²⁴. A questão que se coloca, é, portanto, a seguinte: *tem ou não a pena de prisão capacidade intrínseca para atingir ou fomentar as finalidades de prevenção, tendo em conta os efeitos que vem produzindo? Estes efeitos vêm ou não suportar o juízo de prognose feito pelo legislador?*

Esta análise será orientada, no processo, uma vez posta em causa a escolha do legislador, pelo teste não da adequação, mas da *inadequação da medida*¹²⁵.

De notar é que não se exige que a medida seja *concretamente* adequada à satisfação da finalidade que lhe é proposta. Assim, a impossibilidade de chegar a resultados concretos que confirmem a sua adequação não implica um juízo de desadequação. De facto, a medida tem apenas de demonstrar-se *abstratamente adequada*¹²⁶.

¹²²*Ibidem*:126ss, 331ss 347-353

¹²³Prende-se, assim, com a *eficácia* de medida (Medeiros e Miranda, 2010:373)

¹²⁴Canas, 2016:614ss

¹²⁵*Ibidem*:944; Acs. TC 632/2008, 313/2013, 200/2001 e 782/2019

¹²⁶V.g. Ac. TC 632/2008

Tal não significa, porém, como já se referiu, que a adequação não careça de comprovação¹²⁷. Aliás, o facto de se tratar de uma medida já executada, com efeitos empíricos observáveis, facilita a determinação (des)adequação da medida, podendo até conduzir a conclusões concretas.

Recuperando, assim, a posição assumida pelo TC¹²⁸, que exige a concreta comprovação da adequação da medida, de Vitalino Canas¹²⁹, que propõe uma perspetiva atual na apreciação, que tanto mais se impõe quanto mais os efeitos que se hajam produzido desde a criação da medida, caberá ao juiz constitucional, apreciar esta (des)adequação a partir de dados de facto, obtidos quer através da eventual produção de prova pelo legislador ou por quem tenha invocado a inconstitucionalidade, quer através do exercício dos seus poderes de investigação processuais, e da realização de diagnósticos e prognósticos¹³⁰ com base nos mesmos¹³¹. Nas palavras de M. J. Antunes, *só, pois, a partir da verificação de estudos prévios sobre a realidade social sobre a qual a lei irá incidir, comprovados os objetivos a perseguir, os meios ao dispor e as possíveis consequências da medida legislativa, fica assegurado o respeito, pela lei, de um grau aceitável de racionalidade*, algo que vem, aliás, ser corroborado pelo TC no Ac. 144/2004¹³².

Assim, o juiz constitucional não terá de se restringir aos dados invocados ou invocáveis pelo legislador na altura da criação da pena, podendo ter em consideração dados posteriores. Tentar-se-á, assim, mencionar e mobilizar aqueles que para cada uma das dimensões poderão relevar.

¹²⁷Também assim o TC, Ac. 632/2008, onde diz: “*a demonstração de que certa medida legislativa é, pelo seu conteúdo típico e abstratamente considerado, um instrumento inidóneo ou inapto para a realização do fim que com ela se pretende alcançar exige uma prova: em última instância, necessário é que se comprove que o meio usado se revela em si mesmo como algo de inócuo, indiferente ou até negativo por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos*”

¹²⁸*Ibidem*

¹²⁹Canas, 2016:950-956

¹³⁰Canas, 2016:934

¹³¹A sustentar a admissibilidade de recurso a estes dados, agora, de facto/empíricos, juntam-se os mesmos argumentos *supra* mencionados a propósito da admissibilidade do controlo da proporcionalidade pelo juiz constitucional, e acrescenta-se Antunes, 2019:88ss; e, além do Ac. TC 632/2008 citado acima, o Ac. 144/2004, no qual o TC recorre a dados empíricos para formular a sua decisão, precisamente no âmbito da lei penal (embora não quanto a uma pena, mas quanto a um tipo-de-ilícito).

¹³²Antunes, 2019:88ss; Ac. TC 632/2008 citado acima; Ac. 144/2004, no qual o TC recorre a dados empíricos para formular a sua decisão, precisamente no âmbito da lei penal (embora não quanto a uma pena, mas quanto a um tipo-de-ilícito).

2.1.1 A finalidade da pena

O juízo sobre a adequação da pena de prisão obriga a que se olhe, em primeiro lugar, para as finalidades das penas, previstas, entre nós, no art. 40º, nº1, do CP. Neste artigo, o legislador nomeia como finalidades primordiais proteção de bens jurídicos, e a ressocialização do agente na sociedade: as designadas prevenção geral e prevenção especial positivas¹³³.

A pena como instrumento de prevenção geral - que pretende agir sobre a comunidade em geral – positiva ou de integração, significa que ela constitui um instrumento do Estado de prevenção criminal, prevenção que se obtém de modo *pedagógico, mantendo e reforçando 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*¹³⁴, *apesar de todas as violações que tenham tido lugar, reforçando, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas*¹³⁵. A pena como instrumento de prevenção especial – que pretende agir, agora, sobre a própria pessoa do delinquente - positiva, significa que a pena visa – *com respeito pelo seu modo de ser, concepções de vida e o mundo e posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico - fornecer as condições necessárias para que este possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes*. Visa, em suma, a prevenção de *reincidência*, através da reinserção social, ressocialização, - ou inserção social ou socialização, *tratando-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado*¹³⁶.

A pena prossegue, desta forma, em ambos os casos, a finalidade prevenção da prática de novos crimes¹³⁷, dentro das limitações temporais que enfrenta¹³⁸.

Pode começar por dizer-se que a inadequação da pena de prisão a responder, pelo menos, à exigência de prevenção especial, é já há muito reconhecida quer pela doutrina, quer pelo próprio legislador, que, logo na Introdução ao CP refere que “*a concretização daquele*

¹³³Dias, 2004:43-82

¹³⁴*Ibidem*

¹³⁵*Ibidem*:49

¹³⁶Dias, 2004:52-53 e 55

¹³⁷A importância da prossecução destas finalidades não deve ser ignorada. É que, além da obrigatoriedade do seu cumprimento do ponto de vista legal (princípio da legalidade) sabe-se hoje que a lei criminal desempenha um papel fundamental, como instância formal de controlo do fenómeno do crime. *Vide Dias e Andrade* 2013:366

¹³⁸Já que a pena conhece, entre nós, duração limitada, não só pelo princípio da humanidade, que obsta à existência de penas de carácter perpétuo, mas também pela culpa, que é “*limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas*”, e que corresponde, como ensina Figueiredo Dias, ao “*máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa*” (Dias, 2009:51-52 e 80); Ac. TC 463/2016

objetivo parece comprometida pela existência da própria prisão”¹³⁹. Daí que, tal como também aí se pode ler, esta pena seja (e agora não apenas pela forte restrição de liberdade que representa, mas também pela sua reconhecida inadequação) guardada para as penas mais graves, e só se considerar o recurso a ela legitimado quando outras medidas não detentivas se não afigurarem mais adequadas a prosseguir, em concreto, aquelas finalidades. Mesmo quando aplicada, deverá, como já se viu, reconduzir-se ao mínimo necessário, e harmonizar-se “*o mais possível a sua estrutura e regime com a recuperação dos delinquentes a quem venha ser aplicada*”¹⁴⁰.

Tendo presente esta consciência generalizada sobre a sua inadequação, não se pouparão, ainda assim, os esforços de demonstração do caminho que poderia percorrer-se na submissão ao crivo da proporcionalidade.

2.1.2. Os efeitos da pena

Que efeitos produzidos pela pena de prisão terão de ter-se em conta para a satisfação destas finalidades?

Ora, em todo o juízo presente no P. da Proporcionalidade, começando pela adequação, há que ter em conta que apenas importarão os designados *efeitos marginais*¹⁴¹ na norma – ou seja, os efeitos *que a norma seja, sozinha, suscetível de gerar*¹⁴².

A adequação excluirá todos os meios contraproducentes, mas também os neutros, para a obtenção do resultado querido¹⁴³. A norma poderá dizer-se, então, adequada, se for suscetível de *gerar efeitos marginais positivos*, ou seja, se, uma vez aplicada, for suscetível de *melhorar a satisfação do fim*¹⁴⁴.

Quanto, agora, à questão de saber *o que exigir* ou *quanto exigir* dos meios producentes a alcançar esse resultado, há que ter em conta que o juízo de adequação, é um juízo meramente *qualitativo* e não *quantitativo*, e por isso, *não interessa o grau de eficiência*¹⁴⁵. De facto, como explica Vitalino Canas, a função central do P. da

¹³⁹Introdução ao CP, sétimo parágrafo.

¹⁴⁰*Ibidem*, nono parágrafo.

¹⁴¹Expressão de Vitalino Canas (*Vide Canas*, 2016:615ss), também adotada por Barak (*Vide Barak*, 2015:112)

¹⁴²Novais, 2004:167; Morais, 2014:476; Canas, 2016:615

¹⁴³Canas, 2016:619

¹⁴⁴*Ibidem*:615

¹⁴⁵*Ibidem*:622ss; Medeiros e Miranda, 2010:373. Autores existem, porém, para os quais o grau de eficiência não é irrelevante logo no plano da adequação, nomeadamente quando em causa esteja a compressão, através

Proporcionalidade não é assegurar a realização plena dos bens protegidos, mas antes a *limitação de compressões inúteis, desnecessárias ou desproporcionadas*¹⁴⁶, não obrigando sequer o legislador, na hipótese de existência de vários meios adequados, a optar pelo *mais* adequado, pelo *mais* eficiente. Assim, hipotizando a transposição de graus de eficiência, que derivariam de uma análise quantitativa, para a análise qualitativa da adequação, pode dizer-se que, para a medida se dizer adequada basta que seja suscetível de atingir um grau de *eficiência mínima*, ou seja, que produza efeitos positivos pelo menos mínimos ou residuais para a realização do fim¹⁴⁷. É claro que este grau de eficiência não será irrelevante em todo o domínio do P. da Proporcionalidade. Se é certo que uma medida minimamente eficiente facilmente passa o teste da adequação, mais dificilmente o fará uma vez submetida ao teste da necessidade ou da dimensão da proporcionalidade *e.s.e.*, já que quanto menos eficiente for, mais fácil de torna encontrar outras medidas tanto ou mais eficientes, e mais difícil se torna a sua justificação¹⁴⁸.

Ora, se a finalidade é a prevenção de crimes, então a pena de prisão tem de demonstrar produzir um qualquer efeito de *inibição da prática de crimes*. Deverá ser, este, o *efeito marginal positivo* produzido pela medida.

Esse efeito é facilmente demonstrado por recurso a um simples indicador: os níveis registados de criminalidade no território português. Para a prevenção geral, os níveis de criminalidade geral, e para a prevenção especial, os níveis de reincidência.

E porque apenas importa o *efeito marginal*, ou seja, imputável à existência da medida, existem, quanto a este indicador, dois pontos a esclarecer:

da medida, de bens, interesses ou valores de especial dignidade e importância – como o caso precisamente dos DLG. Nesses casos, não se exigindo uma eficiência plena, deverá a medida alcançar um grau de eficiência pelo menos alta. Em causa parece, porém, estar já não a dimensão da adequação do P. da Proporcionalidade, mas um outro princípio que dele decorre: o *princípio da proibição da insuficiência*. Além disso, esse problema, como acima se referiu, acaba por ser tratado nas outras duas dimensões do P. proporcionalidade. (Canas, 2016:627-628). Quanto às penas, em concreto, parece ser também a posição de Figueiredo Dias, que ao tratar da finalidade de prevenção geral, elevando-a ao estatuto de finalidade primordial da pena, afirma que esse estatuto traduz a “*convicção de que existe uma medida ótima de tutela de bens jurídicos*” (*negrito do autor*), que determina o máximo da ingerência estadual que a pena representa, ou seja, até onde a ingerência ainda se pode dizer *necessária*, e um “*um limiar mínimo – chamado de defesa do ordenamento jurídico(...)*” que determina, no fundo, o limite mínimo de prevenção geral da pena para que se possa dizer que ela ainda prossegue esta finalidade – ou seja, determina o grau mínimo de eficiência para que a pena ainda se possa dizer *adequada* a prosseguir esta finalidade (Dias, 2004:77-78)

¹⁴⁶Canas, 2016:624

¹⁴⁷*Ibidem*:622. Para uma melhor compreensão, por comparação, ao lado da eficiência mínima podem identificar-se outros dois graus de eficiência: a eficiência alta “*se o meio previsivelmente concorre decisivamente para a aproximação do fim pretendido, embora este não seja atingido na sua plenitude*”, e a eficiência plena, “*se o meio foi previsivelmente capaz de atingir plenamente o fim*” (*Ibidem*).

¹⁴⁸*Ibidem*:629; Morais, 2014:476

a) Quanto à finalidade de prevenção geral, relevará a criminalidade reportada apenas aos *crimes cominados com pena de prisão*, e não a todos os crimes. Ao determinar que as penas visam a proteção de bens jurídicos, o legislador reporta-se ao efeito *abstrato* que as penas hão de conseguir alcançar; isto é, àquilo que as penas devem conseguir *representar* para a comunidade em geral, quando *aplicáveis*, e através dessa representação produzir um efeito de prevenção sobre ela. Para tal o legislador tem a oportunidade de selecionar uma determinada pena principal para cada tipo de crime (ainda que a preveja não como pena autónoma, mas como pena alternativa). Cada pena acaba por ser instrumento de prevenção geral de *certas tipologias de crime* – não de todas – que hão de adquirir certas especificidades que justificam essa opção. Sabendo que o direito penal surge como instrumento de proteção dos bens jurídicos que atingem *dignidade penal* (e não todos), cada a pena surge como meio concreto de proteção geral de *certos* bens jurídicos (e não todos), dentro desses.

A pena, uma vez aplicada como sanção do comportamento que ofendeu um certo bem jurídico, reforça a validade de todo o sistema penal, das normas que o compõem, e a importância dos bens que tutela. E nesse sentido, pode dizer-se que ela tem por objetivo a prevenção de toda a criminalidade. Mas num plano de análise *isolada*, somente a ela direcionada, da sua *adequação* para reforçar a validade das normas jurídico-penais, tendo em conta o que ela representa, não parece razoável atribuir-lhe todo esse *mérito* ou *desmérito*. Então, a criminalidade que para aqui deve relevar, não pode deixar de reportar-se apenas aos crimes sancionáveis com a pena em apreciação¹⁴⁹.

Quanto à prevenção especial, a resposta será diferente. Se aqui a pena visa a reintegração do agente em termos que ele possa viver uma vida futura sem praticar crimes, não pode deixar de considerar-se que pretenderá abranger a prática de *todos* os crimes. À ideia de ressocialização, de reintegração, está patente o pressuposto de que alguém corretamente integrado na sociedade não terá tendência para cometer crimes – seja de que natureza forem, porque todos eles representam uma especial desvaliosidade, que justifica a sua elevação a comportamento ilícito penal, que o agente, ao praticar o crime, não tomou a

¹⁴⁹O que se crê não representar, para aqui, problema, é o facto de a pena de prisão se afigurar como medida de *ultima ratio*, sendo prevista em grande parte dos casos com pena de multa alternativa, e, determinação da pena pelo juiz, preterida, substituída por outra, ou sejam desencadeados mecanismos de diversão processual dos quais resulte a não aplicação de qualquer pena. Mais uma vez, o que em causa está na prevenção geral é aquilo que a pena de prisão *representa*, o facto de os crimes que se decide ou não praticar serem *sancionáveis*, ainda que não concretamente *sancionados*, com pena de prisão.

sério (porque é *imputável* – estamos no plano da pena de prisão e não da medida de segurança - e portanto, conhecia ou deveria conhecer daquela ilicitude, mas não a tomou a sério). A reintegração do agente que todas as penas visam, não pode deixar de se dirigir, independentemente dos crimes para que cada uma delas que esteja prevista, à prevenção da prática de todos os comportamentos que constituem ilícito penal, ao respeito pela ilicitude, à compreensão da especial censurabilidade que reveste o crime.

Assim, no que à prevenção especial concerne, parece importar a reincidência em face de todos os crimes.

b) Uma segunda questão prévia, prende-se com a de saber que estatísticas criminais se deverão ter em conta. Como explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade, estas podem versar sobre a atividade de diversas entidades: da polícia, do Ministério Público, dos tribunais ou da administração penitenciária¹⁵⁰. Relevarão os crimes denunciados, os crimes relativamente aos quais foi aberto inquérito, os crimes relativamente aos quais houve acusação, os crimes relativamente aos quais houve condenação, ou ainda ao número de sujeitos que executaram a pena?

Ora, a prevenção da criminalidade tem em vista a defesa de bens jurídicos, a defesa social ou segurança jurídica¹⁵¹. Estas não se obtêm com a inibição de condenações ou execuções de crimes, mas com a inibição da sua *prática*.

Assim, quanto à prevenção geral, o que relevará serão os crimes efetivamente *cometidos*. Só sabendo em que quantidade são efetivamente praticados os crimes se pode obter uma resposta clara e adequada às questões da prevenção¹⁵². Quanto à prevenção especial, porque aqui a pena de prisão visa a inibição da reincidência, a resposta será diferente. A questão que aqui se coloca é a de saber quem é considerado *reincidente*. Ora, reincidente será aquele que, desde logo, já tenha praticado um crime. Ora, porque prevenção

¹⁵⁰Dias e Andrade, 2013:130

¹⁵¹Introdução ao CP

¹⁵²A essa solução se opõe, porém, a impossibilidade de se conhecer a percentagem da criminalidade *real*. É que a estatística apenas pode socorrer-se de elementos que se encontrem registados. Fora da criminalidade estatística ficam, pois, por um lado, elementos que se revelariam importantes, mas que não ficam registados, crimes *efetivamente* praticados, mas que permanecem *ocultos*, muitos autores defendendo mesmo que os crimes registados correspondem apenas a uma pequena parte da criminalidade real; quer os crimes conhecidos, mas que não chegam a sobreviver como tal, pela “*mortalidade*” do crime denunciado ao longo do processo (por razões imputáveis a um sistema imperfeito ou ineficiente, ou de circunstâncias ou impossibilidades fácticas que mesmo um sistema perfeito não poderia superar) que não implica necessariamente que ele não tenha ocorrido; por outro lado ainda, ela inclui casos em que o crime pode até nem ter ocorrido, mas foi denunciado (a designada *simulação de crime*). A solução passará por investigar os dados estatísticos passíveis de melhor se aproximar à criminalidade real. (Dias e Andrade, 2013:132ss e 136-140; Gomes, 2001:70; Dias, 2009:134; art. 366º, nº1, do CP)

especial é uma prevenção positiva, que visa, assim, a inibição da prática de novos crimes através da *ressocialização do agente*, não parece razoável exigir que a pena, pelo simples facto da sua *possibilidade de aplicação*, consiga satisfazer esta finalidade. Como se viu, aqui já não está em causa aquilo que a pena deve em abstrato conseguir representar, mas em concreto, através de um qualquer método concretamente orientado para a reintegração do agente na sociedade. Assim, o que se há de exigir, é, não só, que o agente tenha sido *condenado* nessa pena, pelo crime que cometera, mas ainda que ele a tenha efetivamente *executado*. Só assim ele *poderá* ter conseguido experienciar quaisquer efeitos a que a pena se propõe. Por fim, vale aquilo que já anteriormente se disse: não terá sido intenção do legislador, ao atribuir essa finalidade, prevenir a prática de crimes que resultem numa nova *condenação* ou numa nova *execução*; o legislador, com a prevenção de crimes, no fundo, também há de pretender a *segurança*¹⁵³. Essa segurança não é garantida pela inexistência de condenações ou execuções, mas pela inibição dos crimes *reais*.

Posto isto, reúnem-se as condições necessárias à seguinte conclusão: no que à prevenção especial diz respeito, importarão os resultados que a estatística formula quanto ao número de *reclusos ou ex-reclusos* que voltam a *praticar crimes*¹⁵⁴.

2.1.3. Prevenção geral

Parecendo clarificadas as questões necessárias, prosseguir-se-á, então, para a análise propriamente dita da adequação da pena de prisão à luz das finalidades de prevenção geral.

Relembrando o que atrás foi dito sobre a análise da adequação, e transpondo-o para o caso da pena de prisão, pode concluir-se que, para determinar a adequação desta medida,

¹⁵³De tal modo, que mesmo nos casos em que a *ressocialização se revele “inalcançável ou desnecessária”*, pode ainda haver lugar à aplicação da pena, em prol “*dos interesses de segurança da generalidade*”, quando “*prevaleçam notoriamente sobre o mal com que a pena se faz sofrer ao delinquente*”, **Dias**, 2004:54; tal é ainda reforçado pelo legislador que, na introdução ao CP, elege como forma de *defesa social* “*a prevenção e a repressão do crime e a recuperação do delinquente*”.

¹⁵⁴Reconhece-se, não obstante, ser um dado difícil de obter, quer a partir de instâncias formais de controlo, quer a partir de instâncias informais. É improvável que um recluso ou ex-recluso, ainda que a uma instância informal, se dirija a qualquer entidade a confessar a prática de um crime. Ainda que o fizesse, dificilmente se conseguiria apurar a veracidade dessa confissão, tal como é, no geral, determinar quem foi o agente de um qualquer crime, sem um processo formal de investigação levado a cabo pelo sistema, que, chegando a uma conclusão nessa matéria, termine, pelo menos, numa condenação. Apesar de não conduzir a resultados ideais, solução poderia passar por recorrer, por isso, aos números relativos a *reclusos ou ex-reclusos* que voltam a ser *condenados* pela prática de novos crimes.

se torna necessário determinar se esta produz ou não *efeitos marginais positivos*¹⁵⁵ para a finalidade de prevenção. Assim, há que determinar se existem efeitos positivos; e se esses efeitos positivos se podem imputar à pena de prisão.

Quanto ao primeiro ponto, é preciso determinar o que será um efeito positivo para a prevenção geral. Ora, no que ao P. da Proporcionalidade concerne, o que importa é que a medida demonstre uma capacidade intrínseca de satisfação da sua finalidade, que se afirma quando ela produza efeitos positivos de prevenção geral da criminalidade, não interessando o grau de satisfação, desde que ela exista.

Ora, a capacidade de prevenção da criminalidade traduz-se na capacidade de *impedir a prática de crimes*. Se ficam excluídas todas as medidas que se afigurem *irrelevantes* à obtenção do resultado pretendido, então não pode afigurar-se adequada a medida que mantenha o nível de *criminalidade já existente*. E, se também ficam excluídas as medidas que se afigurem *contraproducentes* para a obtenção do fim, então também não é adequada a medida que vem *aumentar, promover* a criminalidade. Será, então, razoável concluir que a pena de prisão se afigurará adequada se vem aumentar – em qualquer grau, ainda que mínimo¹⁵⁶ - os níveis de prevenção, produzindo um efeito de *diminuição* da criminalidade.

Uma vez determinado qual o efeito positivo que tem de demonstrar-se, é agora necessário isolar os *efeitos marginais* que a medida produz, excluindo todos os efeitos que não lhe podem ser imputados. É necessário isolar os efeitos da *existência* da medida.

Se assim é, a análise da adequação da pena em face desta finalidade torna-se possível apenas através da comparação entre a realidades criminológicas existentes *antes* e *depois* de um determinado referencial temporal, que será o momento em que esta pena surge no sistema penal.

O juízo da adequação sobre a prevenção geral encontrará aqui algumas dificuldades. É que esta pena é já instrumento antiquíssimo de reação ao crime¹⁵⁷, dela havendo registos, em Portugal, pelo menos desde a época da Reconquista (Alta Idade Média)¹⁵⁸, não sendo sequer possível precisar a sua data de criação como tal. Ainda assim, mesmo que tal fosse possível, essa data continuaria a não ser viável, visto só no século XIX

¹⁵⁵Mais uma vez, expressão de Vitalino Canas (Canas, 2016:615)

¹⁵⁶*Ibidem*:622ss; Medeiros e Miranda, 2010:373

¹⁵⁷E, com certeza, não o crime na aceção que hoje adquire.

¹⁵⁸Correia, 1977:59

as penas passam a assumir finalidades preventivas¹⁵⁹ e a pena de prisão adquire preponderância no sistema penal, elevada ao estatuto de *pena maior*¹⁶⁰, já com, ainda que não exclusivamente, finalidades de prevenção, com o primeiro CP de 1852¹⁶¹. É ainda depois, muito mais tarde, com a Reforma do CP de 1995, que as penas adquirem finalidades somente preventivas, e onde o legislador opta definitivamente pela prevenção exclusivamente *positiva*¹⁶².

Embora para efeitos de legitimação da pena seja manifesta a diferença entre a prevenção positiva e a prevenção negativa, o *efeito* prático que a pena tem de cumprir, num e noutro caso, é o mesmo: a prevenção criminal. Se essa prevenção é conseguida através de uma psicologia de intimidação ou de pedagogia, isso só poderá constituir uma diferença prática no *grau de eficácia* da pena para a prevenção, e assim, relevar para uma possível avaliação daquilo a que deve imputar-se a sua eficácia ou ineficácia, ou maior ou menor eficácia. Assim, o que pode ter ocorrido, é a pena ter-se tornado *mais* ou *menos* eficaz com a alteração da filosofia de prevenção.

Posto isto, parece que a solução mais adequada será recorrer à data na qual a pena adquire uma finalidade de prevenção e se torna suscetível de influir nos efeitos do sistema, com a criação do CP de 1852, sem ignorar as possíveis oscilações que possam ter ocorrido com a reforma de 1995. Essa possibilidade parece, porém, negada pela inexistência de operações estatísticas sobre a criminalidade registada pelas polícias, anteriores ao ano de 1993¹⁶³, porventura obrigando a que a melhor solução seja a de considerar as oscilações da criminalidade que se verificarem a partir da reforma penal de 1995. E porque o objetivo do trabalho é determinar a adequação da pena de prisão *na atualidade*, poder-se-á concluir que, tendo-se afirmado a sua adequação a partir desse momento, com a diminuição da criminalidade que anteriormente existia, pode dizer-se que a pena é ainda atualmente

¹⁵⁹Dias, 2004:65. A necessidade de prevenção como justificação das penas é ideia que apenas começa a ser implementada na legislação portuguesa no *Código Criminal* em 1823, e mesmo aí, ainda não com finalidade *exclusivamente* preventiva, e mesmo quanto a esta, era ainda uma prevenção *negativa*, através da intimidação. (*Ibidem*:109 e 110)

¹⁶⁰Em substituição das penas corporais. Até aí, a pena de prisão servia essencialmente funções preventivas (não no sentido de prevenção criminal, mas no sentido de evitar a fuga do criminoso até à sentença) e coercitivas, no sentido de forçar o pagamento de penas pecuniárias, quase nunca como pena autónoma ou principal. Assumiam-se como *penas principais* essencialmente a pena de morte, as penas pecuniárias e as penas corporais, de carácter exclusivamente retributivo (*ibidem*:119, 81 e 51ss)

¹⁶¹Data também em que estes ideais de prevenção encontram manifestação legal definitiva, e com a pena de prisão, numa das suas modalidades, a assumir já finalidades de prevenção especial *positiva*, com a *pena de prisão maior com trabalho*, (*ibidem*:116ss)

¹⁶²Dias, 2004:81

¹⁶³Informação disponibilizada pela DGPI

adequada se se tiver mantido adequada, ou seja, se, tendo provocado uma diminuição da criminalidade nesse momento, os níveis de criminalidade não tiverem, até hoje, atingido ainda os níveis que atingia antes dessa data.

Qualquer outro efeito de diminuição ou aumento da criminalidade que ocorra depois disso, dificilmente poderá ter-se em conta na determinação da sua eficácia, porque quanto mais a análise se afastar daquela primeira data, mais difícil será isolar os efeitos que só a ela podem ser imputados.

Esta solução poderá parecer criticável no sentido de que muito dificilmente esses resultados poderão dizer algo sobre a adequação desta medida *na atualidade*. E esse argumento é plenamente válido. O contexto social, cultural, económico e mesmo legal, não se manteve, com toda a certeza, estagnado nos últimos cento e setenta anos. Com a evolução natural do estado das coisas, cada vez mais rápida nos tempos que correm, não é possível afirmar que as razões pelas quais se cometem crimes são as mesmas, que as pessoas que cometem crimes são as mesmas, ou sequer que os crimes são os mesmos, a somar os inúmeros fenómenos de criminalização e descriminalização. De tal modo, que é possível que, algures ao longo desse período, a realidade de então e a realidade atual, se tenham tornado *referentes incomparáveis*.

É, pois, certo, que não será possível determinar com exatidão que uma medida que há cento e setenta anos atrás se afigurou adequada ou inadequada a fazer face às causas que conduzem a que a generalidade das pessoas a cometa crimes, e que nunca foi abolida, é ainda adequada ou inadequada a fazer face aos fatores que influenciam hoje, cento e setenta anos depois, o fenómeno do crime. Porém, também é certo que se os níveis de criminalidade, desde o momento de “criação” da pena de prisão, diminuíram e ainda não voltaram a alcançar os níveis que antes atingiam, pelo menos em termos abstratos, é possível afirmar que esta medida ainda é *mínima e abstratamente* adequada a prevenir o crime (embora, o que se possa negar, é que seja *a mais adequada*). O máximo que se poderá fazer é ter em conta as eventuais oscilações na criminalidade sempre que se tenha procedido a uma reforma legal importante no que à pena de prisão diz respeito, de tal maneira que se possa dizer suscetível de influir nos resultados.

De todo o modo, esta análise apenas se permite com a consciência de que apenas abstrata ou hipoteticamente é possível formular uma conclusão. É que, à parte os autores que negam por completo a possibilidade de determinação das causas do crime, mesmo os autores

menos extremistas, que defendem esta possibilidade, alertam para a impossibilidade de *determinação* ou de *previsibilidade* das causas do fenómeno, existindo tão só a possibilidade de as apontar com *probabilidade*¹⁶⁴. Além disso, e à parte de todas as dificuldades fácticas que se demonstrarão nesta análise, parece ainda cientificamente impossível imputar todo o fenómeno de crescimento ou diminuição dos níveis de criminalidade, ainda que apenas em termos de probabilidade, à eficácia ou ineficácia da pena de prisão, ou mesmo de qualquer outra pena. É que o crime não é um fenómeno *unicausal*. São inúmeros os fatores teorizados como suscetíveis de influir sobre este fenómeno, uns imputáveis à própria pessoa do delinquente¹⁶⁵, outros, à *sociedade criminógena* (de fatores sociais, da ordem social)¹⁶⁶, muitos deles porventura mais influentes que a reação penal. Quando o legislador cria uma pena e determina que ela tem de prosseguir finalidades de prevenção geral positiva, ele cria uma variável que pretende agir como fator de revalidação do sistema penal aos olhos da comunidade em geral, que será apenas *um dos diversos fatores* que influirão na decisão da generalidade das pessoas em não cometer crimes¹⁶⁷. E, criando não uma, mas diversas penas, a pena de prisão torna-se ainda apenas uma variável dentro das várias que compõem a política criminal.

Os autores tendem ainda a alertar para a impossibilidade de consideração *isolada* das diversas variáveis, porque o fenómeno criminológico, tal como todos os fenómenos sociais, é resultado de uma *interação recíproca* entre os vários fatores¹⁶⁸.

Daqui resulta, reforce-se, que a análise da adequação através do método jurídico proposto pelo P. da Proporcionalidade, só permitiria responder à questão de saber se a pena de prisão é ou não hipotética ou *abstratamente* adequada a prevenir a prática de futuros crimes. De sorte, a adequação imposta pelo P. da Proporcionalidade não exige mais do que isso.

Do facto de neste trabalho se adotar a perspetiva segundo a qual se aprecia a constitucionalidade da pena *na atualidade*, decorre que a partir da análise proposta, seja possível formular um juízo de inconstitucionalidade da pena no *momento em que fora*

¹⁶⁴Dias e Andrade, 2013:154 e 156

¹⁶⁵Como as suas características congénitas – *teorias biontropológicas*; os seus prévios (isto é, prévios à intervenção penal) processos de aprendizagem e socialização – teorias psicodinâmicas; elementos sociais e situacionais, (*ibidem*)

¹⁶⁶*Ibidem*

¹⁶⁷*Ibidem*:162ss

¹⁶⁸*Ibidem*:153

criada, por não ser possível, de acordo com a realidade fáctica da altura, um juízo de prognose no sentido da sua adequação por parte do legislador (ou seja, a inconstitucionalidade pela incerteza absoluta ou relativa negativa com que o legislador adotou a medida), mas de constitucionalidade no momento atual; ou, inversamente, de um juízo de constitucionalidade da pena nesse primeiro momento, por, tendo em conta os dados de que dispunha, ser possível ao legislador aí formular um juízo de prognose sobre a adequação da medida, e, no momento atual, mas concluir-se pela inconstitucionalidade da medida no momento atual porque, tendo em conta os efeitos que comprovadamente produzira e tem vindo a produzir (ou, melhor dizer, que nunca produziu ou deixou de produzir), este juízo de prognose, hoje, já não seja possível – fenómeno a que Rui Medeiros e Jorge Miranda se referem como *inconstitucionalidade deslizante*¹⁶⁹.

Questão que se pode colocar, porém, é se, concluindo pela inconstitucionalidade da pena desde o momento em que fora criada, o juiz constitucional estará ou não obrigado a declarar a inconstitucionalidade, sem mais. Vitalino Canas aqui entende que a norma apenas não poderá ser invalidada se tiver, entretanto, produzido efeitos positivos e estes suplantarem os seus efeitos negativos¹⁷⁰.

2.1.4. Prevenção Especial

Será também com recurso a dados estatísticos sobre a criminalidade que se procederá a esta análise, embora, agora, como se viu, tomando por referência, não os níveis criminalidade em geral, mas antes os níveis de reincidência, isto é, o número de reclusos ou ex-reclusos que voltam a praticar de novos crimes.

Também este poderá afigurar-se, porém, um dado difícil de obter, pois dificilmente se conseguirá determinar quem foi o autor de um crime sem a intervenção de uma instância formal de controlo que termine numa condenação, ou, pelo menos numa acusação. Assim, apesar de não conduzir a resultados ideais – a que, de toda a maneira, não conduziria – a solução poderá passar por recorrer a dados de reincidência apurados através das diversas fases do crime nas instâncias formais de controlo (isto é, acusação, condenação, execução, etc.).

¹⁶⁹Medeiros e Miranda, 2010:374; Canas, 2016:954-956

¹⁷⁰Canas, 2016, nota 2765; Barak, 2012:300, 312 e 331

De todo o modo, será possível concluir que a pena de prisão é adequada à satisfação de finalidades preventivas especiais se pelo menos uma parte dos reclusos ou ex-reclusos tiverem prosseguido a sua vida *sem praticar novos crimes*. Mais uma vez, não importa o grau de eficiência, logo, qualquer efeito marginal positivo será adequado a esta resposta.

Não se colocam aqui tantos problemas quanto a saber qual o efeito *marginal* da pena; se em causa estão os números de reincidência de *reclusos ou anteriores reclusos*, já submetidos à pena de prisão, é mais fácil isolar o efeito efetivamente por ela provocado - muito embora, de todo o modo, também se apliquem aqui as considerações anteriores sobre o crime como um fenómeno *multi e inter fatorial*. Assim, apesar de também aqui apenas se poderem apurar resultados abstratos, porque nem toda a inibição ou fomento da prática de crimes por estes sujeitos poderão ser diretamente imputados à pena de prisão, o efeito de prevenção que pode na realidade imputar-se a ela, porque o recluso a ela já foi submetida, será mais claro que no caso anterior. Para tal, bastará recorrer aos últimos dados de reincidência registados, e para efeitos de obtenção de resultados mais sólidos, recorrer aos dados relativos aos anos mais recentes anteriores.

Outra questão é a de saber o que é que para aqui será um efeito *positivo*. Ora, a prevenção especial visa, através da ressocialização do delinquente, que este conduza uma vida futura sem a prática de crimes. As realidades que agora se comparam são, assim, a realidade existente antes de o agente ser submetido à pena, e a realidade existente depois. O resultado positivo afirma-se com a *inexistência* da prática de novos crimes por parte do mesmo sujeito. Porque apenas tem de verificar-se uma eficiência mínima, não se exige, na percentagem total de indivíduos, a inexistência total de reincidência, mas uma inexistência, em qualquer grau que seja. Desta forma, comparam-se os números de reclusos com os números de reincidentes, desta forma se podendo dizer que também aqui tem de verificar-se uma *diminuição*, no sentido de a percentagem dos segundos ter de ser menor do que a percentagem dos primeiros (havendo, assim, uma *diminuição* da prática de crimes dentro da população geral de reclusos).

No caso da prevenção especial, as medidas implementadas no âmbito da execução da pena irão necessariamente influir sobre estes resultados. Quanto maior a qualidade e eficiência do sistema penitenciário a responder às necessidades de ressocialização, por via da *execução* desta pena, maior será a probabilidade de se alcançar uma qualquer eficiência, bem como, progressivamente, aumentar o grau de eficiência demonstrada. Assim, já numa

tentativa posterior de determinar a que se possa dever o sucesso ou insucesso da medida, nas possíveis oscilações na taxa de reincidência, poder-se-ão ter em consideração as que se observem após eventuais reformas e alterações à legislação relativa a execução da pena de prisão (como as do Código da execução das penas e medidas privativas da liberdade)¹⁷¹.

E, de facto, é daqui, da execução da pena, que decorrerá o maior problema para a comprovação da adequação da pena de prisão, em sede de prevenção especial. A dificuldade reside no facto de a pena de prisão produzir comprovadamente *efeitos marginais negativos*, contraproducentes à sua finalidade: o seu *efeito criminógeno*.

O efeito crimonógeno da pena de prisão traduz-se no efeito de potencialização do fenómeno criminoso resultante da inserção do recluso na subcultura prisional, do corte de relações familiares e profissionais do recluso, bem como do seu efeito estigmatizante, de infâmia social ligada a quem já esteve preso¹⁷².

Este efeito é pacificamente reconhecido tanto pela doutrina, como pelo legislador, que na reforma de 1995 expressamente o refere na Introdução ao CP, e que, como já se referiu, o aponta como dificultador à prossecução das finalidades da pena. A criminologia tem, pois, demonstrado, que a pena de prisão produz não só efeitos de dessocialização no decurso da sua execução, como cria problemas e dificuldades na posterior reintegração do mesmo uma vez colocado em liberdade¹⁷³.

Para o que aqui importa, resta saber se a capacidade da pena em produzir efeitos marginais negativos, contrários à sua finalidade, pode contender com a sua passagem ao teste da adequação. Porém, do que até agora foi exposto, o que parece importar é que a pena produza efeitos marginais positivos, ainda que também produza efeitos marginais negativos, e mesmo que estes efeitos suplantem aqueles. Consequências diferentes teria já a hipótese de a medida produzir exclusivamente efeitos marginais negativos que, como já se viu, a excluiria automaticamente. Esse facto não será, porém, indiferente no quadro das restantes dimensões, em especial, no quadro da última dimensão, para efeitos da sua justificação.

¹⁷¹Dias, 2013:108; Rodrigues, 2002:10

¹⁷²Pacheco e Pacheco, 2002:332

¹⁷³Rodrigues, 2002:45

2.1.5. Considerações sobre o juízo da adequação

Parece não se poder afirmar até hoje, pelo menos com confiança, claros efeitos positivos da pena de prisão na prossecução de qualquer uma das suas finalidades. O que parece, ironicamente, poder afirmar-se com certeza, são os efeitos contraproducentes que revela na prossecução das mesmas. À parte do efeito criminógeno já mencionado, a sua aptidão a prosseguir efeitos de prevenção geral é também questionada por autores, de que é exemplo Roxin, e completamente negada por outros, como Paulo Queiroz¹⁷⁴. Um estudo realizado nos Estados Unidos sobre a aplicação da pena de prisão em massa, ao demonstrar como dessa aplicação resultam mais efeitos negativos e não mais efeitos positivos, e, portanto, que os dois fatores se relacionam de forma inversa e não direta, parece também evidenciar essa sua inaptidão¹⁷⁵.

Não obstante, estes efeitos negativos não parecem ser suficientes para afirmar a sua inadequação no quadro do P. da Proporcionalidade. Pode dizer-se que mesmo apesar das várias dificuldades que na prática se poderiam levantar, seria relativamente fácil demonstrar a sua adequação, uma vez que apenas obriga a resultados positivos mínimos e abstratos, ou, pelo menos, difícil demonstrar uma inadequação que revelasse uma *manifesta excessividade ou arbitrariedade*.

Um outro facto facilitador seria ainda o facto de, perante a atribuição de mais do que uma finalidade, a medida apenas ter de se apresentar adequada perante, pelo menos, uma delas¹⁷⁶. E, pode dizer-se, em parte, ser esta a razão pela qual a pena de prisão ainda não fora substituída por outra pena menos interferente. É que, sendo pacificamente reconhecidas, quer pelo legislador, quer pela doutrina, todas as desvantagens associadas à pena de prisão na prossecução das suas finalidades, é na generalidade reconhecido que esta pena apenas

¹⁷⁴APUD Santoro 2011:82, onde se diz “(...) o direito penal não é capaz de prevenir, quer de forma geral, quer especial, por meio da cominação das penas, a prática de delitos. Em outras palavras, o direito penal não é apto a motivar comportamentos, uma vez que a prática do delito tem diversas causas motivacionais, sejam psicológicas, sociais, culturais, etc., incapazes de serem afastadas pelo mero temor da pena”.

¹⁷⁵Roxin, 1998:24; Vide ainda o estudo realizado por David Weiman: “Imprisoning america: the social effects of mass incarceration” (Weiman, 2004). Este estudo demonstra os efeitos negativos da prisão em massa, quer no indivíduo, quer na sociedade em geral. Ora, se a pena de prisão fosse apta a satisfazer as suas finalidades, pode dizer-se que haveria uma proporção direta entre a sua aplicação e a prevenção – de uma maior aplicação resultaria uma maior prevenção. Se estudos como este comprovam que da sua aplicação *em massa* resultam mais efeitos negativos e não mais efeitos positivos, pode dizer-se, de um modo genérico, que estes indicadores se relacionam não diretamente mas inversamente (esta proporção é *inversa*), colocando automaticamente em causa a aptidão da pena de prisão a essas finalidades.

¹⁷⁶Canas, 2016:616

persiste por “*ainda se não ter encontrado forma de integralmente a substituir*”¹⁷⁷, não quanto à prevenção especial, mas quanto à prevenção geral, pelo facto de “*corresponder ainda hoje ao sentimento generalizado da comunidade a convicção de que, em muitos casos criminais, a privação da liberdade é o único meio adequado de estabilização constrafáctica das suas expectativas, abaladas pelo crime*”¹⁷⁸.

Ainda assim, vale a pena questionar a constitucionalidade da pena se se concluísse que servia exclusivamente fins de prevenção geral, ou que havia uma manifesta desproporção entre os efeitos positivos que produz em relação a uma finalidade perante a outra. A inconstitucionalidade poderia, nesse caso, não advir necessariamente da sua inadequação: no primeiro caso, porque se basta com a satisfação de uma das duas finalidades, no primeiro caso, e, no segundo caso, pelo facto de, não importando satisfazer ambas as finalidades, por maioria de razão também não importa que os efeitos que produza quanto às duas sejam em medida desproporcionais; e, em todo o caso, porque a desadequação teria de ser manifesta. A inconstitucionalidade poderia advir antes da própria *dignidade da pessoa humana* como parâmetro autónomo de controlo. É que, demonstrando que a pena de prisão, em concreto, apenas subsiste pela sua adequação a responder a exigências de defesa social e do restabelecimento da confiança da comunidade, não logrando qualquer adequação ou apenas uma adequação mínima a responder a exigências individuais de ressocialização, não estaria aqui presente um caso claro de instrumentalização do indivíduo a favor de interesses gerais da comunidade?

É claro que, em todo o caso, a pena também não poderia servir exclusivamente interesses individuais de ressocialização: é na necessidade de prevenção geral, de protecção de bens jurídicos, que a intervenção penal encontra a sua justificação, e também de onde decorrem os limites impostos pelo P. da Proporcionalidade¹⁷⁹ – é, pois, o que decorre do disposto no art. 18º, nº2.

Interessante será, assim, concluir que muito embora, no geral, apenas se exija que a medida adequada se revele apta a satisfazer uma das finalidades que lhe sejam cometidas, a inaptidão da pena, em particular, para servir alguma delas não parece irrelevante. E por isso, essa relevância é passível, aliás, de se demonstrar logo no seio do P. da

¹⁷⁷ **Dias**, 2013:112

¹⁷⁸ *Ibidem*:112-113

¹⁷⁹ **Rodrigues**, 2014:370

Proporcionalidade, porque torna logo difícil a sua justificação no segmento da proporcionalidade *e.s.e.*.

Por fim, vale a pena referir que as dificuldades que podem revelar-se na determinação da adequação da pena, em Portugal, perante qualquer uma destas finalidades, pela falta recursos que possa demonstrar-se. De facto, sendo certo que hoje já existem, pelo menos, mais dados estatísticos referentes à criminalidade, parece continuar a denotar-se uma *falta de estudos e investigações criminológicas*, que já em 1993 Figueiredo Dias apontava como “*indispensáveis à aferição da efetividade do sistema sancionatório*”; de tal modo, que a quaisquer “*comissões encarregadas da reforma penal (...) faltará um arrimo insubstituível que lhes permita caminhar com segurança em direção a cotas mínimas exigíveis de produtividade e efetividade*”¹⁸⁰.

De resto, porque se trata de um trabalho académico meramente teórico, não é possível retirar conclusões definitivas sobre a adequação ou inadequação da pena de prisão, ou, noutras palavras, proceder a uma valoração final semelhante à do juiz constitucional num processo real. No máximo, pode *desconfiar-se* de uma coisa ou de outra.

Não obstante, se fosse possível chegar à conclusão da sua inadequação (manifesta e excessiva), nada mais teria de fazer o juiz constitucional, dado o método cumulativo adotado, visto que uma norma que não é adequada, nunca poderá ser necessária¹⁸¹. Irá, por isso, pressupôr-se a sua adequação, para que se permita uma análise da sua necessidade.

2.2.A dimensão da necessidade

Neste trabalho, adotar-se-á uma definição de recorte positivo da dimensão da necessidade, que se reporta, assim, aos atributos do meio necessário e não às desvalias dos meios alternativos¹⁸². Por isso, a pena de prisão será um meio necessário se, de entre os restantes meios igual ou superiormente eficazes a atingir os fins a que se compromete, for o meio menos interferente¹⁸³.

A necessidade da medida, imposta pelo princípio da proporcionalidade, é aquela que aparece mais evidenciada no direito penal, com o já mencionado princípio da necessidade das penas, que decorre de forma clara do disposto no art. 18º, nº2, da CRP.

¹⁸⁰ **Dias**, 2009:86

¹⁸¹ **Canas**, 2016:898

¹⁸² *Ibidem*:648

¹⁸³ Também assim **Medeiros e Miranda**, 2010:375

Mais uma vez, a posição que aqui se adota não é a do legislador, mas antes a do juiz constitucional, que analisa se *seria comprovadamente necessário adotar aquela medida com aquele concreto conteúdo interferente, por comprovadamente não haver pelo menos uma alternativa com intensidade de satisfação igual ou superior menos interferente que podia e devia ter sido adotada*¹⁸⁴, análise esta, mais uma vez, orientada para a comprovação da *desnecessidade* da medida¹⁸⁵. Esta desnecessidade, por sua vez, terá de ser tal que demonstre *clara e manifesta excessividade*.

Sendo relativamente difícil a comprovação da adequação do meio, a comprovação da sua necessidade torna-se ainda mais desafiante. Este facto leva a que, não obstante exija uma análise mais complexa, seja a dimensão que sirva mais *frequentemente de fundamento para a invalidação das normas*¹⁸⁶.

Este juízo implica o apuramento de outros meios, pelo menos hipotética e igualmente ou mais adequados à prossecução das finalidades de prevenção, nos termos expostos - ou seja, pelos efeitos marginais positivos que produzam - e a determinação dos seus efeitos materiais negativos de interferência nos direitos fundamentais, *maxime*, no direito à liberdade. Aqui, mais uma vez, porque se avalia a proporcionalidade numa perspetiva atual, o juiz constitucional não terá de limitar-se às alternativas que foram ou deveriam ter sido tidas em conta pelo legislador de então, podendo e devendo considerar todas as alternativas que até hoje se afigurem possíveis. A pena de prisão demonstrar-se-há *desnecessária* se nesta operação for possível concluir pela existência de um meio, pelo menos igualmente adequado, menos interferente que a pena de prisão, ou igualmente interferente mas mais adequado do que esta medida.

Como se vê, o juiz terá de elaborar, quanto às restantes medidas a considerar, um juízo *instrumental* de adequação. Para este juízo, não se exigirá o mesmo que para a adequação como juízo *autónomo*. Ao contrário do que ocorre no juízo de adequação autónomo, que pode basear-se em dados empíricos produzidos pela própria medida emanada e que se encontra em apreciação, podendo chegar a alcançar-se uma resposta concreta (muito embora se baste, ainda assim, com uma adequação em abstrato), este agora juízo instrumental não beneficiará desta realidade – adotando, pois, o legislador, *um determinado*

¹⁸⁴Canas, 2016:652

¹⁸⁵Acs. TC 313/2013, 632/2008, 155/2004 e 173/2009

¹⁸⁶Canas, 2016:648

*meio para a prossecução do seu fim, os demais meios não existem na realidade*¹⁸⁷ - e portanto, será *sempre hipotético*. Será, por isso, porventura, um juízo mais complexo¹⁸⁸.

O juízo da necessidade envolve várias operações: a seleção, de entre os vários meios possíveis, dos meios elegíveis; reunião dos dados necessários a avaliar os efeitos positivos e negativos (mais uma vez, *marginais*) que esses diversos meios sejam suscetíveis de produzir; e, por fim, a ordenação e graduação desses meios tendo em conta a maior, menor ou igual intensidade de satisfação e maior, menor ou igual intensidade de interferência¹⁸⁹.

A exposição aqui realizada permitirá um grau de aprofundamento ainda menor que a do segmento anterior. Em primeiro lugar, porque, ainda que aqui se exija apenas a seleção de medidas *abstratamente* adequadas, demonstra-se a mesma dificuldade de apuramento dos efeitos que estas medidas são suscetíveis de produzir, embora aqui a dificuldade pareça acrescida, porque, não tendo sido a escolha do legislador, não são observáveis resultados concretos. Em segundo, porque mesmo que fosse possível a determinação dos efeitos positivos e negativos destas medidas, não se tendo permitido uma resposta definitiva quanto à adequação da pena de prisão, não seriam determináveis as medidas que se demonstram mais eficazes: não seria possível comparar adequações. Assim, neste trabalho apenas se tentará expôr aquelas que poderiam ser *algumas* das medidas elegíveis pelo juiz constitucional (primeira operação).

As alternativas elegíveis serão, desde logo, apenas aquelas que produzam efeitos *marginais positivos* de satisfação da mesma finalidade, ou, neste caso, das mesmas finalidades. Como se viu, embora, para que seja adequada, baste que a medida seja suscetível de produzir este efeitos quanto a, pelo menos, uma destas finalidades, já se concluiu que no caso das sanções criminais a satisfação de ambas as finalidades assume particular importância, embora essa importância apenas releve no segmento da proporcionalidade *e.s.e.*. A questão que aqui se coloca é, portanto, se o juiz constitucional deverá ter em conta apenas medidas que se demonstrem adequadas a satisfazer ambas as necessidades. No fundo, a questão está em saber se é possível realizar-se um juízo sobre a proporcionalidade *e.s.e* no plano da necessidade, no ato de seleção das medidas elegíveis. As opiniões dos autores parecem dividir-se; porém, não quanto à *possibilidade*, mas quanto à *obrigatoriedade* deste

¹⁸⁷Medeiros e Miranda, 2010:375

¹⁸⁸Canas, Vitalino, 2016:947ss

¹⁸⁹*Ibidem*:653-654

juízo¹⁹⁰. Além disso, neste caso especial, porque o TC tem entendido que a declaração da inconstitucionalidade depende de uma *manifesta excessividade*, não parece que ela pudesse existir se a desnecessidade da pena fosse demonstrada apenas com base na existência de medidas que se afiguram mais eficazes perante uma finalidades, dada a importância de ambas. Assim, pode concluir-se que o juiz constitucional deverá, neste caso particular, seleccionar como alternativas apenas aquelas que se demonstrem adequadas, pelo menos minimamente, a ambas as finalidades de prevenção.

Há ainda que ter em conta que apenas poderão seleccionar-se medidas adequadas a tutelar *os mesmos bens jurídicos* que a pena de prisão, para que sejam medidas comparáveis. Assim, como se viu, no que toca à satisfação da finalidade de prevenção geral, não-de tratar-se de medidas adequadas a fazer face aos crimes cominados com pena de prisão; quanto à finalidade de prevenção especial, não-de tratar-se de medidas adequadas a fazer face ao fenómeno criminal reportado a qualquer crime.

Aí, o juízo sobre a necessidade depara-se, quanto à prevenção geral, que comporta crimes específicos, com o já referido problema decorrente das alternativas consideráveis não terem sido a escolha do legislador, não sendo possível determinar a efetiva adequação das mesmas à tutela destes bens. Este problema é especialmente gravoso quanto às medidas alternativas consideradas que já se encontrem implementadas no ordenamento jurídico português, porque estão previstas essencialmente para fazer face à pequena e média criminalidade ou a casos de necessidade diminuída de prevenção. Sendo a pena de prisão uma medida de *ultima ratio*, acaba por ser uma sanção a que o legislador e o juiz recorrem para fazer face à criminalidade mais grave ou casos de necessidade acrescida prevenção. Aqui recairá, aliás, o verdadeiro desafio na busca por uma medida alternativa a esta pena. Assim, para um juízo de prognose mais sólido, o juiz constitucional pode ver-se obrigado a procurar alternativas a que recorrem legislações estrangeiras, que possam até, por exemplo, ter implementado medidas já existentes em Portugal para fazer face aos crimes mais graves; ou até ainda não implementadas em Portugal mas com resultados positivos em face das finalidades que a pena aqui prossegue; e estudos científicos relevantes sobre a matéria¹⁹¹.

Por fim, é de referir que, ao contrário do que seria suscetível na perspectiva do legislador, aqui, por uma questão de limites da função jurisdicional em face da função

¹⁹⁰*Ibidem*:687; V. Van Drooghenbroeck *apud* Canas, 2016:687

¹⁹¹Sobre essa possibilidade, Antunes, 2019:88-91

legislativa, o juiz constitucional não poderá tem em conta o *fator financeiro* como critério de seleção, consideração ou eliminação de alternativas¹⁹².

2.2.1. Algumas alternativas elegíveis

2.2.1.1. Alternativas já existentes no quadro do sistema penal português vigente?

A ideia de limitar ao máximo o recurso a penas privativas da liberdade, pelos efeitos negativos que comprovadamente produzem e pela grave lesão que provocam nos direitos fundamentais de quem a sofre, não é nova. Assim, já muitas alternativas menos lesivas têm sido apresentadas como adequadas a satisfazer as necessidades de prevenção.

Algumas delas surgem dos ideais propostos por aquele que se designa o conhecido “*paradigma político-criminal emergente*”. Uma primeira ideia que dele decorre é a seguinte: no fundo, o efeito estigmatizante que é, no geral, provocado por *todas as penas* e que leva a que o Estado, com elas, acabe por produzir *muito mais delinquência do que aquela que é capaz de evitar*, reforça a necessidade da *não intervenção estadual*. Nesta linha de pensamento, autores há que sustentam a *substituição integral do sistema penal* por um sistema alternativo¹⁹³. Estes modelos não poderão ser considerados nesta análise, porque já serão *verdadeiras alternativas ao próprio direito penal*, e não propriamente à pena de prisão. Assim, de um modo menos radical, este modelo sugere, em segundo lugar, uma *limitação o mais extensa possível do sistema penal*. É a ideia da *não intervenção moderada ou judiciosa*, da qual particularmente se destaca o movimento de *diversão*. Esta medida tem sido apontada como suscetível de restabelecer as *espectativas contrafáticas da comunidade*, e de satisfazer *exigências de ressocialização* ou, pelo menos, de *não dessocialização*. Embora apenas sirva de alternativa à *pequena e à média criminalidade*, e se tratar de uma medida de natureza processual, e não de verdadeira uma sanção penal, nada obsta a que fique a nota, como medida cuja aplicação concreta o legislador deva fomentar no sentido de esgotar todos os recursos existentes, antes da sanção penal propriamente dita, garantindo também, dessa

¹⁹²Canas, 2016:960-961; Medeiros e Miranda, 2010:376

¹⁹³V.g. Santos, 2014

forma, a sua necessidade^{194 195}. São exemplos já implementados no ordenamento jurídico português, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo mediante a imposição de regras de conduta¹⁹⁶.

Desenvolvido à parte deste modelo, mas dentro dos autores que sustentam todo um sistema alternativo está o designado *princípio vitimológico*. Este princípio, no fundo, defende a introdução da vítima e dos seus interesses no centro da política criminal. Dentro das ideias que daqui surgem, destaca-se, em especial, a *sanção reparatória*, que os autores propõem como verdadeira *pena principal*, alternativa potencial sobretudo para os casos de pequena e média criminalidade. Argumentam estes autores que, na maioria dos casos, a reparação do agente à vítima parece ser suficiente para restabelecer as *expectativas comunitárias*, ao mesmo tempo que produz um *efeito ressocializador acrescido*, pelo facto de se obrigar o *delinquente a entretecer-se de perto com as consequências do seu ato para a vítima*¹⁹⁷. Estas vantagens parecem ter sido reconhecidas pelo legislador, embora não tanto que o tenham levado a consagrá-la como sanção principal. Não obstante, a reparação é fator de atenuação especial da pena, art. 73º, nº2, al. c) CP, em princípio, também critério de decisão de substituição da pena de prisão pela suspensão da execução e do regime de prova (50º, nº1 e 53º, nº1), é condição indispensável para a dispensa de pena (74º, nº1, al. b)), e, nos termos do art. 206º, nos crimes patrimoniais pode conduzir à extinção da responsabilidade criminal por acordo entre o ofendido e o arguido, ou à atenuação especial da pena¹⁹⁸. Na mesma linha, e também já implementado no nosso ordenamento jurídico, embora de natureza processual, e também mecanismo de diversão, está o *regime de mediação*, previsto na Lei nº 21/2007 de 12 de junho. Esta é uma medida na qual, com a intervenção de um terceiro, mediador, se promove a aproximação entre o arguido e o ofendido para a chegada a um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito, e que contribua para a restauração da paz social, favorecendo, assim, apesar da preocupação central na vítima e os seus interesses, ambas as finalidades de prevenção¹⁹⁹.

¹⁹⁴Maria João Antunes fala, a este propósito, da relação de *mútua complementaridade funcional* que deve existir entre o direito penal e o direito processual penal (Antunes, 2018:9)

¹⁹⁵Sobre toda a política criminal emergente, Dias, 2009:64ss

¹⁹⁶Arts. 280º, 281º e 282º e 307º, nº2 do CPP; Antunes, 2018:73 e 109

¹⁹⁷Também assim, Santos, 2014:489

¹⁹⁸Dias, 2009:75ss

¹⁹⁹Antunes, 2015:75; Santos, 2014:631ss e 747ss; arts. 3º e 4º da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho; art. 47º do CEPMPPL

Apesar dos seus efeitos positivos, todas as medidas até agora mencionadas parecem, porém, implicar sempre *necessidades reduzidas de prevenção ou uma natureza menos grave do crime*. Será, por isso, difícil que alguma delas possa servir para demonstrar a desnecessidade da pena de prisão quando em causa estejam necessidades de prevenção acrescidas e/ou crimes de natureza mais grave.

Uma alternativa para estes casos pode, porém, ser potencialmente encontrada ainda dentro do sistema penal vigente – embora, agora, esta alternativa surja, não de uma medida isoladamente considerada, mas de uma articulação entre *várias medidas no seu conjunto*.

Ora, dentro do programa político-criminal já instituído, pode encontrar-se o *princípio pela preferência pelas reações criminais não detentivas*, surgido também do movimento de reação contra a pena de prisão, do qual decorre para o legislador *a obrigação de enriquecer, até ao limite do possível, a panóplia de alternativas à prisão que se demonstrem suficientes à satisfação daquelas finalidades, e que mesmo quando as medidas detentivas devam ter lugar, na sua execução se priorize a socialização do delincente*. Dentro das alternativas já criadas pelo legislador, menos interferentes que a pena de prisão, estão: a da *pena de multa principal*, já consagrada em grande parte de crimes como medida alternativa à pena de prisão, e que adquire preferência sempre que se demonstre *in casu* suficiente à satisfação das finalidades de prevenção – muito embora não lhe seja reconhecido um grau particularmente acrescido na ressocialização do delincente; e as *penas de substituição não detentivas*, como a *pena de multa de substituição* (art. 45º), a *proibição do exercício de profissão, função ou atividade* (46º), a *suspensão da execução da pena de prisão* (art. 50º e 53º), e *prestação de trabalho a favor da comunidade* (58º). Surge ainda, uma medida igualmente interferente, porque é *pena de substituição detentiva*, o *regime de permanência na habitação* (43º). Estas penas não parecem, numa primeira abordagem, afigurar verdadeiras alternativas à pena de prisão. É que todas elas têm como pressuposto geral, além da *prévia determinação da pena de prisão*, demonstrarem ser, no caso, *suficientes às exigências de prevenção*. E o legislador nunca consubstancia a sua aplicação como possível em casos nos quais *a pena de prisão tenha sido determinada numa medida de longa duração*. Ora, tendo em conta que a determinação da medida da pena no seu máximo, tem sempre por critério as exigências de prevenção geral, para uns autores, e as exigências de prevenção especial, para outros, em ambos os casos se pode concluir que, se estas penas apenas podem substituir a pena de prisão nos casos em que seja determinada

numa pequena medida, é porque aparentemente só se demonstram eficazes quando as necessidades de prevenção geral ou especial também não sejam acrescidas, ou quando o crime também não seja particularmente grave²⁰⁰.

Porquê, então, considerá-las como alternativas? É que, sustentam alguns autores, mediante a comprovação carecida da respetiva eficácia, estas penas poderiam afigurar-se, no seu conjunto, como alternativas à prisão, nomeadamente, através da existência de um catálogo amplo e diversificado de penas de substituição, a manutenção da pena de multa principal, e, para suprir eventuais insuficiências de satisfação de necessidades de prevenção que se fizessem sentir, a possibilidade sempre presente de aplicação de penas acessórias²⁰¹. Estas penas acessórias parecem ter a vantagem acrescida de permitir a aplicação de uma medida mais personalizada, que, de resto, se compadece com a teoria criminológica de que a resposta ao crime, na perspetiva da ressocialização, deve ser diferenciada^{202 203}.

O importante não parece ser, assim, que, individualmente, estas penas sejam suscetíveis de superar os resultados da pena de prisão, mas que, *globalmente consideradas*, em articulação, sejam capazes de atingir pelo *menos o mesmo grau de eficácia, com menos custos para os direitos fundamentais* dos destinatários - salvo no que se reporta ao regime de permanência na habitação, que, enquanto uma medida detentiva, e portanto, à partida, não menos interferente, teria de demonstrar-se mais eficaz.

De facto, o segmento da necessidade, tal como ensina Vitalino Canas, não obriga a que *para um fim se adote apenas uma medida*²⁰⁴. Para o juiz constitucional, tal pode significar a possibilidade de comprovação da desnecessidade da pena de prisão, se, previsivelmente, a adoção dessas outras medidas menos interferentes, no seu conjunto, for suscetível de alcançar esses resultados.

²⁰⁰Dias, 2009:74-75

²⁰¹*Ibidem*:85; Antunes, 2015:36.

²⁰²Dias e Andrade, 2013:216-217; Eysenck, “Factos e mitos da criminologia” apud Dias e Andrade, 2013:216-217: “Antes de sugerirmos um método para alterar o comportamento, devemos estar cientes de que os seres humanos não são gémeos monozigóticos (...). Tratá-los todos por igual é esquecer que para o psicólogo a individualidade é sagrada”.

²⁰³Uma medida não detentiva não apontada por estes autores – porventura por não ser uma pena, embora a sua qualificação seja controversa – é o instituto da liberdade condicional. Na revista lançada em 2018 pela DGRSP, pode ler-se que esta é aclamada “como uma das medidas mais eficazes e construtivas na prevenção da reincidência”. Dias, 2009:43; “Sombras e Luzes”, 2018:23ss. Uma primeira questão que vale a pena colocar é, porém, a que imputar essa eficácia: se à pena de prisão já cumprida, visto que esse cumprimento é pressuposto da aplicação do instituto (art. 61º, nº2, do CP), ou se à colocação em liberdade sob condição; em segundo lugar, se a ressocialização que ela opera acaba ou não por se esgotar na atenuação do efeito dessocializador operado pela própria prisão.

²⁰⁴Canas, 2016:685

2.2.1.2. Alternativas elegíveis dentro da pena de prisão?

Já aqui se referiu que a execução da pena de prisão será suscetível de influir nos resultados da sua eficácia.

Nessa linha de pensamento, na ausência de dados empíricos suficientes a realizar um juízo de prognose seguro quanto à capacidade destas medidas a produzirem efeitos de prevenção geral e especial perante a criminalidade mais grave, uma outra opção do juiz constitucional seria procurar modelos alternativos da própria pena de prisão que, pelos diferentes moldes que assume, *maxime* na sua execução, se demonstre mais eficaz às finalidades que no nosso sistema lhe são propostas, do que a do modelo português. Neste caso, encontrando tais modelos, o juiz constitucional poderia chegar à conclusão da desnecessidade da pena de prisão tal *como ela é*, por existirem outros modelos de prisão que, em diferentes moldes, se revelam *igualmente interferentes*, mas *mais eficazes*.

Essa referência poderia também facilitar a atuação posterior do legislador, que poderia procurar nestes modelos medidas destinadas a maximizar a eficácia da pena de prisão e minimizar o seu efeito negativo. Desta forma, não teria de temer-se o aumento da criminalidade que poderia advir da sua completa eliminação, mas maximizar-se-ia a sua capacidade para fazer face à prevenção especial, nomeadamente limitando o seu efeito criminógeno.

Ao questionar-se por modelos possivelmente mais eficientes, o juiz constitucional terá de olhar para aqueles que apresentem níveis mais baixos de reincidência (efeitos marginais positivos de prevenção especial).

Dentro destes possíveis modelos, destaca-se necessariamente o da Noruega, apontado como um dos países com o nível mais baixo de reincidência²⁰⁵, tendencialmente imputado aos moldes que orientam a execução da pena privativa da liberdade, definitivamente orientada para a ressocialização, e às medidas alternativas *não detentivas* que o sistema tem instituído, e cujo aumento de aplicação, tal como afirma o *Kriminalomsorgen* (Serviço Correccional Norueguês), é objetivo para o futuro²⁰⁶.

Sem pretender grande aprofundamento sobre o modelo, algumas ideias parecem ressaltar. A política criminal deste país aponta para a ressocialização e para a defesa da

²⁰⁵Algo que se tem feito divulgar pela imprensa, mas que pode ser corroborado com alguns estudos, como o de **Fazel e Wolf**, 2015 (*vide* tabelas 1 e 3); e de **Graumbøl**, 2010

²⁰⁶Pode ler-se na sua página oficial.

sociedade, não diferindo largamente das finalidades que se atribuem às penas no sistema penal português. Não obstante, a execução parece ser orientada, desde logo, para aquilo que o sistema designa como o “*princípio da normalidade*”, dele derivando o que mais comumente se aponta como aquilo a que se deve o sucesso da execução, que é a regra segundo a qual vida na prisão se deverá assemelhar o mais mais possível à vida fora dela²⁰⁷. Será, porventura, nesse ponto, aliado aos esforços desenvolvidos nos estabelecimentos, apontados como orientados ao máximo para a ressocialização, que se encontrará o sucesso das prisões norueguesas.

Um ponto a ter em atenção é facto de a finalidade preventiva especial na Noruega assumir um papel tão preferencial que possibilita a prorrogação da condenação, sem limites, em novos períodos, até se considerar atingida a ressocialização, o que pode conduzir, na prática, à condenação em prisão perpétua – integralmente rejeitada no sistema português²⁰⁸, que recusa igualmente a imposição da ressocialização ao recluso. Se é essa imposição de ressocialização, ou não, que conduz ao sucesso da prisão na Noruega, é algo teria de ser averiguado – porventura, negado, através de dados que provem que os reclusos não permanecem, em média, longos períodos na prisão, e de eventuais acordos de ressocialização que sejam celebrados com os reclusos.

A questão da maximização dos efeitos da pena através da sua execução é algo que parece ter vindo a merecer a atenção do legislador, pelo menos desde 1979, com o DL nº265/79, de 1 de Agosto, que versava sobre a reforma do sistema prisional, já aí referindo que “*a execução das medidas privativas da liberdade deve orientar-se de forma a reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de forma socialmente responsável, sem que pratique crimes*” bem como “*a defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros factos criminosos*”²⁰⁹, e, em especial, com o CEPMPL, que, em 2009, revoga esse diploma, e implementa outras medidas orientadas para as mesmas finalidades (art. 2º); bem como pela doutrina que, reconhecendo estas medidas como insuficientes, tem dado algumas luzes sobre possíveis formas de minização do efeito

²⁰⁷É o que parece poder retirar-se do disposto na secção 1-2 da Lei relativa à execução das sentenças, “*Regulations relating to the execution of sentences*”, REG-2002-02-22-183, traduzido por Amesto Translations, consultável na página do *Kriminalomsorgen* (Serviço Correccional Norueguês)

²⁰⁸Imposto pelo mesmo princípio que obriga a que a pena seja orientada para a ressocialização, o princípio da humanidade (Dias, 2009:51 e 52)

²⁰⁹Nºs 1 e 2, respetivamente, do art. 2º do diploma.

dessocializador da prisão, e de maximização do seu efeito ressocializador²¹⁰, algumas que acabam por se aproximar ao modelo norueguês instituído, mas propondo também algumas soluções para que essa ressocialização não acabe, em contrariedade com o princípio que a funda, por lesar mais direitos fundamentais do recluso, como, por exemplo, a participação voluntária do recluso no tratamento²¹¹.

Anabela Rodrigues sugere, no sentido de travar o efeito criminógeno da prisão, *modificações profundas da vida quotidiana dos estabelecimentos penitenciários*, propondo, nomeadamente, uma configuração que não reforce a estigmatização social já trazidas pelo julgamento e pela pena, que a limitação de direitos se reduza a casos de força maior, urgentes e em função do recluso, que as condições gerais da vida do recluso se aproximem às que caracterizam a vida em liberdade, e favorecer as relações do recluso com o mundo exterior. Sugere ainda que a pena de prisão se reserve aos crimes mais graves²¹² - o que, tendo em conta as medidas acima referidas, não parece apresentar grandes dificuldades.

Quanto à prevenção geral, poderá olhar-se para os países com a taxa de criminalidade menos elevada, de que é exemplo paradigmático o Japão²¹³. Curioso será perceber que, com uma das taxas de criminalidade das mais baixas do mundo, o sucesso é normalmente imputado a uma multiplicidade de fatores que muito pouco se ligam ao sistema penal ou à pena de prisão. Segundo um estudo levado a cabo em 2013, estes baixos níveis de criminalidade parecem relacionar-se, entre outros fatores, com “*uma sociedade estável e próspera, com níveis baixos de desigualdade e níveis altos de desenvolvimento*”, mas também, é certo, com a *rápida e eficiente resposta do sistema ao crime*²¹⁴.

Reforçando essa mesma ideia, interessante é também o facto de a Noruega, destacada pelos seus baixos níveis de reincidência, não assumir um lugar particularmente impressionante no que aos níveis de criminalidade geral diz respeito.

²¹⁰Pode destacar-se **Rodrigues**, 2002

²¹¹*Ibidem*:58

²¹²*Ibidem*:47ss. A propósito do fator financeiro, que, mais uma vez, só poderia ser problema do legislador, a autora sugere a prática de uma *política deflacionária* na aplicação da pena de prisão, reduzindo a população prisional, que dê espaço financeiro para a “*criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários que respondam a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização, qualidade e quantidade dos operadores*” (*ibidem*:49)

²¹³Tal como pode consultar-se em diversas fontes estatísticas, como aqui: https://www.numbeo.com/crime/rankings_by_country.jsp;

²¹⁴Estudo que, porém, se centra no estudo do crime de homicídio, “*Global study on homicide: Trends, context, data*”, 2013:39

Podendo as conclusões do juiz constitucional, ao nível da necessidade, serem orientadas por estes dados, reconhece-se que a ponderação destes modelos alternativos poderia ter resultados diferentes quando feita pelo legislador, pelo facto de o juiz constitucional, como se viu, não poder realizar quaisquer ponderações de carácter político e financeiro, que seriam, porventura, um fator importante a considerar pelo legislador na sua decisão, e que nestes casos, em particular, poderiam ter bastante peso²¹⁵.

2.2.1.3. Alternativas fora do direito penal?

Há sempre que ter em mente que a necessidade da pena, por muitos efeitos positivos que produza, está sempre dependente da própria necessidade de intervenção penal. Assim, potenciais alternativas serão sempre as medidas igualmente ou mais eficazes à prevenção, *fora* do direito penal, e portanto, automaticamente menos intensamente interventivas nos direitos fundamentais dos cidadãos – e que, no limite, podem até chegar a não comportar qualquer tipo de restrição²¹⁶.

Estas serão sempre medidas a ter em conta na perspectiva do legislador, para efeitos de política criminal e estratégias de prevenção, cuja importância aparece reforçada com o reconhecimento do crime como um fenómeno *multi e inter* causal. Se há, pois, algo que ciências que se dedicam ao estudo do crime vêm demonstrando, é a necessidade de haver todo um trabalho anterior ao direito penal, se o objetivo é prevenir o fenómeno do crime, reforçando, assim, precisamente, a natureza de *ultima ratio* que deve revestir.

Não existindo medidas, hoje conhecidas, adequadas a erradicar por completo o fenómeno do crime, ou seja, suscetíveis de atuar sobre todas as suas variáveis, trazendo-as a níveis que impeçam a ocorrência de crimes²¹⁷, mas reconhecendo-se a possibilidade de atuar sobre elas de modo a reconduzir o crime a níveis *socialmente aceitáveis*²¹⁸, certo será que nem a pena de prisão, nem o sistema penal no seu todo são medidas adequadas a, sozinhas, alcançarem esse resultado, e muito menos o serão funcionando como primeira instância de

²¹⁵Tal como é sublinhado por Anabela Rodrigues (**Rodrigues**, 2002:49), que propõe, não obstante, soluções possíveis ao problema financeiro eventualmente enfrentado pelo legislador.

²¹⁶**Medeiros e Miranda**, 2010:375

²¹⁷Diz-nos mesmo Faria Costa: “(...) implica (...) que se tenha também que ver o crime como uma realidade conatural ao nosso modo-de-ser (...). O que nos permite poder dizer em sentido translato mas absolutamente legítimo: *ubi societas, ibi crimen*” (**Costa**, 2017:13)

²¹⁸*Ibidem*; **Dias**, 2009:153

prevenção – algo que, de resto, é reconhecido tanto pela doutrina²¹⁹ como pelo próprio legislador, que, na introdução ao CP, refere que “*Um sistema penal moderno e integrado não se esgota naturalmente na legislação penal. Num primeiro plano há que destacar a importância da prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes: a operacionalidade e articulação das forças de segurança e, sobretudo, a eliminação de fatores de marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações e da criação de mecanismos de integração das minorias*”.

São alternativas que, não obstante, não relevariam para o juiz constitucional, pelo menos, nesta sede. Como se disse, a questão da necessidade de uma pena pressupõe a necessidade da intervenção penal. A questão da proporcionalidade da pena de prisão ficaria, pois, desprovida de sentido, se existisse desde logo um problema na própria proporcionalidade (necessidade) do direito penal.

2.2.2. Considerações sobre o juízo da necessidade

Como é fácil de perceber, não se colocariam grandes dificuldades na determinação de medidas suscetíveis de produzirem efeitos positivos marginais de prevenção especial, menos interferentes nos direitos fundamentais do condenado. É algo já conhecido tanto pela doutrina como pelo legislador portugueses, evidenciado pelo reconhecimento da necessidade de medidas estaduais anteriores à pena, pelo vasto leque de penas de substituição a aplicar quando a necessidade de pena se revele, e que surgem precisamente do movimento de reação contra a pena de prisão quando se não afigure estritamente necessária a responder às exigências de prevenção²²⁰ e pela preferência que a pena de multa adquire na determinação da pena, quando surja como alternativa²²¹, sob a mesma condição²²².

Aqui, os comprovados efeitos negativos da pena de prisão em face das suas finalidades parecem também poder relevar na demonstração da desnecessidade desta medida. Dizem Jorge Miranda e Pereira ds Silva que a dimensão da necessidade visa

²¹⁹Ensina Figueiredo Dias: “*o direito penal constitui apenas um dos componentes do sistema global de controlo social e se encontra por isso numa rede de múltiplas relações e interdependências com outras formas de resolução de conflitos sociais*” (Dias, 2004:25); Antunes, 2019:33ss

²²⁰Dias, 2009:327; arts. 43º, 45º, 46º, 50º e 58º CP; Ac. do TRC de 17-12-2014, parágrafo IV.

²²¹Dias, 2013:124, “*(...) a multa é, em todos estes casos, legalmente preferida: é terminante, nesse sentido, o disposto no art. 71º*” (atual art. 70º)

²²²*Ibidem*:331

*premiar a eficiência e punir a ineficiência*²²³ das soluções legislativas. Defendem, assim, os autores, que ainda que uma medida adequada não apresente um grau de eficácia exato da medida efetivamente adotada, “*ela será preferível se for inequivocamente menos onerosa para os direitos fundamentais afectados*”. Da mesma forma, e por outro lado, serão desnecessárias as medidas que, “*em nome de pequenos benefícios no plano da sua eficácia, arrastem consigo grandes aumentos de custos jusfundamentais*”. Uma medida, como a pena de prisão, que acarrete grandes custos dessa natureza, só poderá, assim, passar o teste da necessidade se também acarretar “*elevados índices ou ganhos de aptidão na tutela de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”²²⁴.

O verdadeiro desafio parece ser, pois, encontrar medidas que, servindo exigências de prevenção especial, se demonstrem também minimamente eficazes perante as exigências de prevenção geral, sobretudo quando em causa esteja a criminalidade mais grave ou exigências elevadas de prevenção. Esse facto pode ser facilmente explicado por aquilo que diversos autores apontam como a relação de antinomia que aparentemente se estabelece entre as finalidades de prevenção geral e de prevenção especial, parecendo, assim, que a prossecução de uma dificulta a prossecução da outra²²⁵, de que países como a Noruega parecem ser exemplo. Não obstante, o alcance de um resultado satisfatório simultâneo quanto às duas finalidades não será categoricamente impossível. Simplesmente, parece não poder ser alcançado apenas através de uma pena eficiente. O que países como o Japão parecem demonstrar é algo que já há muito se desconfia: a criminalidade em geral parece estar associada a fatores que muito pouco se prendem com “ameaças” penais, por muito gravosas que sejam. O que aparenta relevar são fatores como de que à violação se siga uma *punição certa e rápida*, e a garantia de que a pena é *necessária*, tanto que, quanto mais assim for, “*mais naturalmente os cidadãos estarão dispostos a respeitar e a aceitar as normas penais como normas de conduta*” – podendo mesmo afirmar-se que *a cominação e a aplicação de penas excessivas desorientam os seus destinatários e tornam pouco credível o sistema penal*²²⁶.

Este raciocínio parece, de resto, vir derrogar a crença de que uma pena particularmente gravosa como a pena de prisão – a mais gravosa de todas – tenha de manter-

²²³Distinta, pois, da *eficácia* que a adequação exige.

²²⁴Medeiros e Miranda, 2010:376; questão que Vitalino Canas, como se verá, encaixa, porém, no juízo da proporcionalidade *e.s.e.*.

²²⁵Anabela Miranda Rodrigues, APUD Dias, 2009:110

²²⁶Rodrigues, 2014:325

se no ordenamento jurídico porque estritamente necessária à prossecução das finalidades de prevenção geral, mesmo quando sejam particularmente elevadas, mesmo nos crimes mais graves.

Quanto aos dados concretos, como estudos ou investigações, necessários à formulação de um juízo seguro, demonstra-se o mesmo problema já anteriormente apontado no plano da adequação, muito embora, menos profundo. Parece começar já a denotar-se algum interesse e esforço pela busca de alternativas. Destaca-se aqui o projeto *Observatório Europeu das Alternativas à Prisão*²²⁷, financiado pela Comissão Europeia, desenvolvido por um grupo de investigadores sociais, que tem por objetivo precisamente o estudo e investigação desta matéria. Lança, em 2016, o “*Manifesto para uma nova cultura penal*”²²⁸, onde se apontam os diversos problemas que se associam à prisão e se apontam potenciais alternativas, algumas já acima referidas.

2.3.A Proporcionalidade em Sentido Estrito

O segmento da proporcionalidade *e.s.e.* é, como se referiu, um segmento que levanta grandes controvérsias doutrinárias, que não permitem sequer a sua definição pacífica. Dados os limites de tempo e de extensão deste trabalho, as inúmeras e complexas questões que se colocam neste plano terão de ser radicalmente simplificadas, o que conduzirá a que a análise da pena de prisão à sua luz, se torne ainda mais abstrata que nos segmentos anteriores, permitindo apenas alguns apontamentos. Opta-se, assim, por partir da posição assumida pelo TC em articulação com a doutrina ensinada por Vitalino Canas.

Este autor propõe que a ponderação em causa seja feita antes entre os *efeitos positivos* e os *efeitos negativos* da norma, fazendo implicar, já não um juízo empírico, sobre a intensidade destes efeitos, como ocorre nas dimensões anteriores, mas um *juízo valorativo*, sobre a *importância* dos mesmos. No fundo, colocam-se em confronto os efeitos positivos e negativos da norma com auxílio de um critério que permita estabelecer a sua *importância relativa*²²⁹.

Já o TC, nos acórdãos 632/2008 e 187/2001, manifesta a posição segundo a qual, o que “*se mede (...) é a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da*

²²⁷ **Dores, Pontes e Loureiro**, 2015:7

²²⁸ Consultável no site do Observatório: <http://home.iscte-iul.pt/~apad/PrisoasEuropa/>

²²⁹ **Canas**, 2016:872 e 873

medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar". Por outras palavras, exige-se "que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis"²³⁰. Outros acórdãos, referem-se ainda às "vantagens e desvantagens, os custos e os benefícios, decorrentes da adoção concreta do meio", no sentido de a *desproporção ou excesso* resultar da "inexistência de uma articulação racional suficiente, e, portanto, de um desequilíbrio, entre tais sacrifícios e benefícios"²³¹.

Vitalino Canas entende que as posições não são manifestamente diferentes. Simplesmente, a fórmula do TC parece envolver tanto considerações da proporcionalidade *e.s.e.* como considerações próprias da dimensão da necessidade; além disso, exprimir a ponderação do juízo da *proporcionalidade e.s.e.* em termos de esta se reduzir a pesar custos e benefícios e exigir que haja um equilíbrio entre eles, ou um *superavit* de benefícios, trazendo fórmulas economicistas ou matemáticas para o juízo de ponderação da proporcionalidade *e.s.e.*, pode trazer algumas dificuldades pela *incomensurabilidade* das grandezas que, aqui, estão em causa. E com certeza, aliás, não terá sido essa a intenção do TC, que porventura recorre a esses conceitos num sentido metafórico. Em causa há de estar uma análise *qualitativa* e já não *quantitativa* destes efeitos. Por isso, esta posição acaba simplesmente por requerer um "refinamento analítico", que o autor oferece na sua proposta²³².

Quanto ao critério que permita a medição da importância dos efeitos, para autor, este não poderá deixar de resultar da Constituição. E, no contexto de uma Constituição de liberdade como a portuguesa, um *tertium comparationis* quase incontornável será o impacto que os efeitos da medida produzem no ambiente geral de liberdade, obrigando a que a ponderação se faça medindo a importância dos *efeitos* em termos de *acréscimo* e de *diminuição* da liberdade²³³.

Em consonância com o que foi dito nas outras dimensões, também aqui parece que o juiz constitucional exercerá a sua atividade de controlo no sentido de aferir a *desproporcionalidade* da norma. É o que decorre, desde logo, do facto de o TC entender que

²³⁰ Acs. TC 632/2008 e 187/2001

²³¹ Acs. TC 200/2001, 155/2004, 159/2007 e 173/2009

²³² Canas, 2016:868 e 873

²³³ *Ibidem*:876

a inconstitucionalidade só poderá advir de uma *manifesta excessividade* da norma, ou seja, de uma manifesta desproporcionalidade ou falta de justificação²³⁴.

Assim sendo, a pena de prisão será uma medida proporcional se *não for desproporcional, ou seja, se os seus efeitos marginais positivos não tiverem importância inferior aos seus efeitos marginais negativos*²³⁵.

Imaginando que a pena de prisão seria uma medida adequada e também necessária, alguns problemas poderiam colocar-se ao nível da sua proporcionalidade *e.s.e.*.

Alguns já foram mencionados. Se, ainda que adequada, porque geradora de efeitos positivos de prevenção, se provar que os efeitos positivos que produza são mínimos, a sua justificação pode complicar-se, sobretudo se a esta demonstração se aliar a prova dos seus inúmeros efeitos negativos, como sejam, além da interferência na liberdade do recluso, os já mencionados efeitos negativos às finalidades de prevenção. A pena torna-se, desse modo, numa medida que não só não contribui, ou que contribui de forma insignificante, como também *compromete* a defesa de direitos fundamentais e do ordenamento jurídico, logo, conseqüentemente, o ambiente geral de liberdade. Essa desproporcionalidade torna-se tanto mais fácil de provar quanto melhor se consiga provar que os seus efeitos negativos superam em larga medida os seus efeitos positivos.

Outro problema, também já mencionado, surgirá ao demonstrar-se que a pena de prisão apenas produz efeitos positivos relativamente a uma das suas finalidades, ou que produz efeitos mínimos em relação às duas, dada a *importância* que ambas assumem – e, mais uma vez, tanto mais quanto mais forem os seus efeitos negativos ao ambiente geral de liberdade, necessariamente comprometido pela produção de efeitos contraproducentes às finalidades de prevenção.

Resta mencionar que a complexidade da ponderação que a proporcionalidade *e.s.e.* implica, conduz a que haja quem entenda que este juízo, a realizar-se num momento de controlo, não deixa de se situar no limiar dos poderes jurisdicionais do juiz constitucional²³⁶, levando o próprio TC, não raras vezes, a evitar a análise deste segmento ou a declaração da inconstitucionalidade com base no mesmo²³⁷.

²³⁴Acs. TC 187/2001, 200/2001, 155/2004 e 159/2007; **Canas**, 2016:883 e 959; **Novais**, 2004:178

²³⁵**Canas**, 2016:883

²³⁶V.g. **Grimm**, 2007:365

²³⁷É uma questão analisada por Vitalino Canas, com base em acórdãos do TC como os Acs. n.ºs 644/98, 67/07, 187/01, 159/07, 491/02 e 594/03 (**Canas**, 2016:307ss)

Não pode esquecer-se a importância, não obstante, deste subprincípio, tantas vezes reiterada pelos diversos autores. Grimm entende mesmo que, sem ela todo o teste da proporcionalidade fica impedido de preencher totalmente o seu propósito, nomeadamente, de dar garantia integral aos direitos fundamentais²³⁸. Da mesma forma, Barak salienta a importância do juízo de ponderação implicado nesta dimensão *para o total cumprimento de justificação racional necessária para a limitação de um direito constitucionalmente protegido*²³⁹. Igualmente, não pode esquecer-se o fundamental papel que juiz constitucional exerce na garantia de que esta justificação existe e de que é válida, e que adquire, aliás, como se viu, particular importância no que ao direito penal diz respeito²⁴⁰.

²³⁸ Grimm, 2007:393-396

²³⁹ Barak, 2012:458

²⁴⁰ *Ibidem*; Canas, 2016:958

Conclusão

Encontrando o Estado toda a sua legitimação e justificação da sua atividade na dignidade da pessoa humana e, portanto, na primazia atribuída à pessoa como fim – e não instrumento –, a reflexão impõe-se sobre as medidas por via das quais se imiscui nos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Esta reflexão não pode deixar de passar pelo instrumento estadual que nestes direitos de forma mais intensa interfere: o direito penal²⁴¹.

O reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana marca o momento em que a reflexão deixa de ser uma imposição meramente filosófica, moral ou ética, para passar a tratar-se de uma imposição e reflexão jurídicas²⁴². A sua importância não será, por isso, meramente teórica, dela decorrendo importantes consequências jurídicas, *maxime*, sobre a constitucionalidade dessas medidas.

Esta reflexão parece particularmente importante quanto à pena de prisão, por ser, atualmente, a sanção criminal que de forma mais intensa se imiscui nos direitos fundamentais dos seus destinatários. Nesta medida, mais do que em qualquer outra, se impõe uma atenção especialmente cuidadosa sobre os limites que se impõem à atuação estadual, sobre os fins que lhe são impostos, e uma revisão contínua, à luz das novas condições e necessidades que continuamente vão surgindo, quer para a sociedade, quer para o indivíduo, sobre as condições que permitem, através dela, a prossecução desses fins, (designadamente, ressocialização e a prevenção), e com respeito por esses limites que a essa intervenção se impõem²⁴³.

Sendo, pois, certo que, pela prática de um crime, o delinquente passa a estar numa condição diferente dos demais cidadãos, que legitima, agora, uma intervenção lesiva dos seus direitos, não será por isso que lhe deixa de ser assegurada uma igual dignidade *no modo como essa intervenção é operada*. E é assim a partir do momento em que, juridicamente considerada, a dignidade da pessoa humana é reconhecida a todas as pessoas, pelo simples facto de o serem, independentemente do seu comportamento e da circunstância em que se encontrem.

Assim, também esta interferência é limitada e carecida de justificação.

²⁴¹ **Gonçalves e Pinto**, 2018:11-12

²⁴² Também assim **Amaral**, 2012:165: “(...) *esta imagem do homem, que vale agora não como mera “filosofia” mas como direito positivo*”.

²⁴³ Da mesma forma, **Rodrigues**, 2012:45

Dentro dos limites que lhe são impostos e por via por dos quais a justificação tem de ser operada, destaca-se o P. da Proporcionalidade, do qual resulta que a pena de prisão há-de ser simultaneamente adequada e necessária às finalidades da intervenção, e proporcional em face dos valores consitucionais colidentes.

Ao juiz constitucional caberá verificar se estes limites são cumpridos, garantindo, numa segunda instância, a justificação estadual à interferência operada pela pena.

Após toda a exposição, pode concluir-se que, sendo inúmeros e já há muito discutidos e debatidos os problemas apontados à pena de prisão, grande parte dos mesmos parece poder ser enquadrada como potencial violação, em diversos graus, dos limites impostos por este princípio.

As maiores dificuldades, não obstante, enfrentadas pelo juiz consitucional, serão, desde logo, encontrar o ponto de equilíbrio entre a apreciação da medida numa perspetiva atual, e o princípio democrático, que pode enconcontrar-se na *decisão de mera inconstitucionalidade*, que dependerá de um juízo de *manifesta excessividade ou arbitrariedade* da pena em face de cada uma das dimensões deste princípio. Aí se encontrará a segunda grande dificuldade, agravada pela inexistência ou escassez de investigações sobre a matéria - ainda que esse juízo se baste com a manifesta excessividade ou arbitrariedade relativa a *apenas uma das dimensões*.

A relevância académica de trazer à luz um problema já tão conhecido e debatido como é, pelo menos, a inidoneidade e a desnecessidade da pena de prisão, sem que se preste a uma conclusão definitiva, pode, não obstante, colocar-se. Mas a resposta não deixa de ser simples, ao concluir-se que a interferência estadual em direitos fundamentais se encontra simultaneamente legitimada e limitada, por esses direitos, no respeito pela dignidade da pessoa humana, coincidindo com os valores que narram a história do direito penal, que animam e devem lembrar a sua existência.

De facto, enquanto forem estes os valores e os princípios a constituir a base da discussão, a questão dos limites desta pena, que tão intensamente se imiscui nos direitos fundamentais de quem é aplicada, justifica-se, se não sempre, então, pelo menos, enquanto a resposta for duvidosa.

Assim, sem se prestar a uma conclusão definitiva, entende-se relevante reforçar a necessidade de fundamentação, de demonstração empírica e argumentativa, da constitucionalidade da pena de prisão à luz do P. da Proporcionalidade. E não pode esquecer-

se, igualmente, que esta demonstração é devida, em primeira instância, pelo próprio legislador, só vendo o juiz constitucional a sua intervenção forçada, numa segunda instância, perante a inexistência, insuficiência, ou obsolescência dessa imperativa fundamentação.

De toda a investigação que logrou demonstrar-se ao longo do trabalho fica, então, a esperança de se terem fornecido os dados necessários a reforçar a *dúvida* sobre essa fundamentação.

Dúvida, não obstante, difícil de implantar-se ao nível da adequação, ao bastar-se com efeitos de satisfação mínimos, que não serão, por isso, na prática, dificilmente demonstráveis.

De mais fácil questionamento será a necessidade da pena. A poder afirmar-se a adequação, tudo parece apontar para um nível de satisfação mínimo, facilitando a elegibilidade de meios alternativos, que demonstrativamente revelem um nível de satisfação pelo menos igual. A este nível, a escassez de investigação volta a demonstrar-se, muito embora se verifique crescente o interesse sobre o problema, e o debate doutrinal se encontre mais enriquecido.

Os problemas que, por fim, sejam suscetíveis de apontar-se à pena nessas duas dimensões, e ainda que nelas não adquiram importância de maior, acabarão por condensar-se na última dimensão e repercutir-se na dificuldade da sua justificação no plano da proporcionalidade *e.s.e.*. A complexidade do juízo que implica pode levar, porém, a uma retração da declaração da inconstitucionalidade por esta via, comum na jurisprudência constitucional, tornando, assim, a dimensão da necessidade aquela em que mais facilmente a excessividade da pena de prisão venha a ser demonstrada.

Partindo daí, a inconstitucionalidade em causa poderá ser uma inconstitucionalidade *deslizante*²⁴⁴. Não se crê, pois, aqui que intenção do legislador, com ou sem negligência, tenha sido a de criar uma medida desproporcionada. Dadas as circunstâncias em que se viu ter surgido a pena de prisão como *verdadeira* pena – substituição de penas corporais, num momento de viragem na história do direito penal, orientada por ideias mais humanitárias e prospetivas das penas, após um longo período de filosofias retribucionistas – é legítima a atribuição ao legislador, dentro da sua margem de liberdade, de um período de experimentação²⁴⁵ em que se lhe permita averiguar a

²⁴⁴Pereira da Silva e Jorge Miranda (Medeiros e Miranda, 2010:374)

²⁴⁵De que falam os mesmos autores, *ibidem*

compatibilidade entre os seus juízos de prognose e os efeitos reais desta pena. A falha nesse juízo, com o passar do tempo, é legítima, e, aliás, natural, sobretudo num ramo do direito como é o direito penal. A pena, tal como o crime, como nos ensina Faria Costa, “*são essentialia do nosso viver comunitário, mas não são absolutos a-históricos. São, aliás como todo o humano, realidades que vivem em mutação constante dentro da própria história e são por ela moldadas e conformadas. Afirmam-se como um dado, mas como um dado histórico, de uma história construída e feita por homens e mulheres rodeados da sua concreta e inescapável circunstância*”²⁴⁶. A desconformidade que, assim, possa ter surgido, com o tempo, entre a pena de prisão e a proporcionalidade que se lhe exige, não parece, por isso, censurável. O que já poderá sugerir alguma censurabilidade, é a constatação de uma longa inércia do legislador na adaptação da pena a essa nova realidade, ao observar-se o período de tempo já passado desde primeiro momento em que a pena surge com as finalidades que ainda hoje lhe são atribuídas até ao momento atual.

É nesse sentido que o papel do juiz constitucional pode revelar-se fulcral, como garante, em última instância, da Constituição, ainda que, no respeito pelo princípio democrático, não possa forçar o legislador a agir. Aí, como se viu, a solução pode passar pela declaração de mera inconstitucionalidade desta medida.

²⁴⁶Costa, 2017:13

Bibliografia

Amaral, Maria Lúcia, “*A forma da república: Uma introdução ao estudo do direito constitucional*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

Andrade, José Carlos Vieira de, “*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*”, Almedina, Coimbra, 2004

Antunes, Maria João, “*A constituição e os princípios penais*” in *XIII Conferência Trilateral Itália | Espanha/ Portugal*, Relatório Português, Madrid, 2011

Antunes, Maria João, “*Consequências jurídicas do crime*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2015

Antunes, Maria João, “*Constituição, lei penal e controlo da constitucionalidade*”, Almedina, Coimbra, 2019

Antunes, Maria João, “*Direito processual penal*”, Almedina, Coimbra, 2018

Alexy, Robert, “*A theory of constitutional rights*”, tradução por Julian Rivers, Oxford University press, Oxford, 2002

Barak, Aharon, “*Human Dignity: The constitutional value and the constitutional right*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

Barak, Aharon, “*Proportionality, Constitutional rights and their limitations*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

Brandão, Nuno, “*Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel Costa Andrade, Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso*”, Boletim da Faculdade de Direito, 2017

Bronze, Fernando José, “*Lições de Introdução ao Direito*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

Canas, Vitalino, “*O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*”, in “*Perspectivas constitucionais, nos 20 anos da constituição de 1976*”, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

- Canas, Vitalino, “*O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*”, Tese de Doutoramento, Universidade Lisboa, Lisboa, 2016
- Canaris, Claus-Wilhelm, “*Direitos fundamentais e direito privado*”, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2003
- Canotilho, J.J. Gomes, “*Direito constitucional e teoria da constituição*”, Almedina, Coimbra, 2003
- Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, “*Constituição da república portuguesa anotada*”, 3ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- Correia, Eduardo, “*A evolução histórica das penas*”, in Boletim da Faculdade de Direito vol. LIII, Universidade de Coimbra, 1977
- Correia, Fernando Alves, “*Justiça Constitucional*”, Almedina, Coimbra, 2019
- Daly, Erin e Barak, Aharon, “*Dignity rights: Courts, constitutions, and the worth of human person*”, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013
- Dias, Jorge Figueiredo “*Direito penal parte geral, tomo I, questões fundamentais: A doutrina geral do crime*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- Dias, Jorge Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa, “*Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- Dias, Jorge Figueiredo, “*Direito penal português parte geral, II: As consequências jurídicas do crime*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- Dias, Jorge Figueiredo, “*Direito penal português parte geral, II: As consequências jurídicas do crime*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- Dores, António Pedro, Pontes, Nuno e Loureiro, Rircardo, “*Alternatives to prison in europe: Portugal*”, Roma, 2015, ISBN 978-88-98688-20-3
- Faria Costa, José de, “*Direito Penal*”, Imprensa Nacional, Lisboa, 2017

Fazel, Seena e Wolf, Achim, “*A systematic review of criminal recidivism rates worldwide: Current difficulties and recommendations for best practice*”, 2015

“*Global study on homicide: Trends, context, data*”, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, 2013

Gomes, Conceição, “*A evolução da criminalidade e as reformas processuais na última década: alguns contributos*” in *Revista crítica de ciências sociais*, nº60, 2001

Gonçalves, Manuel e Pinto, António, “*Reflexão sobre a avaliação de risco em contexto de segurança prisional*”, in *Revista da direção geral de reinserção e serviços prisionais*, DGPI, Lisboa, 2018

Gouveia, Jorge Bacelar, “*Manual de direito constitucional, volume II: Direito constitucional português*”, Almedina, Coimbra, 2018

Graunbøl, Hans Monrad, “*Retur. En nordisk undersøgelse af recidiv blandt klienter i kriminalforsorgen*”, 2010

Grimm, Dieter, “*Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence*” in *University of Toronto Law Journal*, 2007

Medeiros, Rui e Miranda, Jorge, “*Constituição portuguesa anotada, tomo I*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

Miranda, Jorge, “*Manual de direito constitucional tomo IV: Direitos fundamentais*”, Coimbra editora, Coimbra, 2004

Miranda, Jorge “*A Constituição e a dignidade da pessoa humana*” in “*Liber amicorum fausto de quadros*” volume I, Almedina, Coimbra, 2016

Miranda, Jorge, “*Direitos fundamentais*”, Almedina, Coimbra, 2018

Moniz, Ana Raquel Gonçalves, “*Os direitos fundamentais e a sua circunstância: Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019

Morais, Carlos Blanco de, “*Curso de direito constitucional*”, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

Morais, Blanco de, “*Justiça Constitucional, tomo I: Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

Novais, Jorge Reis, “*Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

Novais, Jorge Reis, “*A dignidade da pessoa humana, volume I: Dignidade e direitos fundamentais*”, Almedina, Coimbra, 2015

Novais, Jorge Reis, “*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*”, AAFDL Editora, Lisboa, 2017

Machete, Pedro e Violante, Teresa, “*O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus*” in *XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal, Roma, 2013

Otero, Paulo, “*Direito Constitucional Português, volume I: A identidade constitucional*”, Almedina, Coimbra, 2010

Pacheco, Fernando Bessa e Pacheco, Mário Bessa, “*As reações criminais do direito penal português na perspetiva da reintegração social*”, in *Análise psicológica* (2002), 3 (XX)

Philippe, Xavier, “*Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*”, Économica, Marseille

Rodrigues, Anabela Miranda, “*Novo olhar sobre a questão penitenciária*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

Rodrigues, Anabela Miranda, “*Direito penal e direitos fundamentais: Uma relação ambivalente*”, in *Revista brasileira de direito comparado*, Rio de Janeiro, 2012

Rodrigues, Anabela Miranda, “*A determinação da medida da pena privativa da liberdade*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

Roxin, Claus, “*Problemas fundamentais de direito penal*”, traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Paula e Ana Isabel Figueiredo, Vega, Lisboa, 1998

Santoro, Antonio Eduardo Ramirez, “*Fundamentos axiológicos do sistema penal*”, 2011, Edição do Autor, Rio de Janeiro

Santos, Cláudia Cruz, “*A Justiça Restaurativa, Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: Porquê, para quê e como?*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

Scaccia, Gino, “*Proportionality and the balancing of rights in the case-law of european courts*”, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, ISSN 1826-3534, n.4, 2019

Silva, Suzana Tavares da, “*O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: Adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 88, 2012

“*Sombras e Luzes*”, in *Revista da Direcção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais*”, 2018

Weiman, David, “*Imprisoning america: the social effects of mass incarceration*”, Mary Patillo, David Weiman, and Bruce Western, editors, Russel Sage Foundation, Nova Iorque, 2004