CLAUS ROXIN

PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL

3ª edição

vega

I

SENTIDO E LIMITES DA PENA ESTATAL (*)

A

A pergunta acerca do sentido da pena estatal surge como nova em todas as épocas. Com efeito, não se trata em primeira linha de um problema teórico, nem sequer de reflexões como as que se costumam fazer noutros domínios, sobre o sentido desta ou daquela manifestação da vida, mas de um tema de enorme actualidade prática: com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida? Esta é uma pergunta acerca da legitimação e dos limites do poder estatal; daí que não nos possamos contentar com as respostas do passado, posto que a situação histórico-espiritual, constitucional e social do presente exige que se penetre intelectualmente num complexo com várias facetas, baseado em projectos continuamente em transformação.

Frequentemente, esta tarefa não se vê com suficiente clareza. Aprendemos e ensinamos as «teorias da pena» transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituissem respostas acabadas a uma pergunta invariável. Deste modo, a temática recebe algo não forçosa-

(*) Publicado pela primeira vez in JuS, 1966, p. 377 e ss. A finalidade do presente artigo é proporcionar ao estudante uma primeira visão da problemática, familiarizá-lo com os argumentos essenciais e estimulá-lo à reflexão própria e à discussão. As indicações de literatura limitam-se — conjuntamente com a citação de alguns textos considerados clássicos — às publicações dos últimos anos, que são de fácil acesso para o estudante e que este deveria consultar. Tais referências não significam contudo que os autores citados em notas de pé de página defendam a concepção aqui sustentada.

mente respeitável: o estímulo estético-filosófico do bem da formação, invocado sempre na hora reflexiva da lição; enquanto que, na realidade, se trata de difícil trabalho sobre a problemática da sociedade e do Estado de direito adaptada às particularidades de hoje. Assim, com base neste ponto de vista, e sem intenção de transmitir o saber por mera repetição, temos que examinar criticamente e com toda a brevidade as soluções desenvolvidas no passado. Se reduzirmos a ilimitada literatura filosófica e jurídica às suas posições fundamentais, veremos que até hoje não se propuseram mais que três soluções à nossa pergunta inicial (1).

I. A primeira resposta é dada pela chamada «teoria da retribuição». Para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem de existir para que a justiça impere. KANT (2) formula esta teoria do modo mais expressivo: «Mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v. g., o povo que vive numa ilha decidia separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus actos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo» (3). A conhecida fórmula dialéctica de HEGEL sobre a essência da pena como uma negação da negação do direito (4) — tal

---

(1) Em geral sobre as teorias da pena, e mais concretamente sobre as questões da culpa e da retribuição, *Niederschriften über die sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, vol. I, 1956, p. 29; vol. XII, 1959, p. 43; PREISER, *Festschr. f. Mezger*, 1954, p. 71; BOCKELMANN, *Schuld und Sühne*, 2.ª ed., 1958; STRATENWERTH, *Ev. Theologie*, 1958, p. 337 e ss.; Schuld und Sühre, *Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozess*, editado por Freudenfeld, 1960; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schudprinzip*, 1961; NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 1963; *Schuld, Verantwortung, Strafe*, ed. por Frey, 1964; BAUMANN, JurBL, 1965, p. 113.

(2) *Die Metaphysik der Sitten*, § 49, E I, *Kant., Studiengabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, vol. IV, 1956, p. 455.

(3) Cfr. em particular NAUCKE, SchlHAnz, 1964, p. 203.

(4) A fórmula encontra-se no § 104 dos *Grundlimien der Philosophie des Rechts;* a teoria de HEGEL do Direito penal é tratada nos §§ 90 a 103 dessa obra. Cfr. recentemente (de um ponto de vista marxista) a tradução alemã

como é apresentada historicamente —, significa exactamente o mesmo: o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado. Igualmente a teologia cristã de ambas as confissões sustenta predominantemente, hoje como ontem, este ponto de vista, considerando a justiça como mandato de Deus, e a pena como execução da função judicial divina.

A circunstância de aqui confluírem numa poderosa corrente a tradição filosófica do idealismo e a tradição cristã que, no século passado, penetraram de múltiplas maneiras a cultura burguesa alemã, constitui certamente a razão pela qual a teoria da retribuição tem desde sempre imperado na Alemanha, contando ainda no presente com o maior número de adeptos.

É igualmente inquestionável que o pensamento da compensação retributiva, ao pretender trazer um reflexo de harmonia superior à nossa frágil existência terrena, possui uma força triunfalmente sublime, à qual é muito difícil subrairmo-nos. Somente com ela, contudo, não se poderá justificar cabalmente a pena estatal. Mencionarei três argumentos contrários:

1. Na verdade, a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar. Pois se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena toda a culpa (5). Cada um de nós considera-se culpado perante o próximo de muitas maneiras, mas não somos por isso puníveis. E, igualmente, a culpa jurídica acarreta consequências de tipo diverso, como por exemplo um dever de indemnização por danos, mas apenas em raras ocasiões uma pena. A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto *quando* se tem de punir, mas apenas refere: «Se impuserdes — sejam quais forem os critérios — uma pena, com ela tereis de retribuir um crime». Fica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar. Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efectivamente punida; concede, de certo modo, um

---

da obra soviética de PIONTKOWSKI, *Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafretstheorie*, 1960.

(5) Cfr. nomeadamente SCHMIDHÄUSER, p. 40 e ss.

cheque em branco ao legislador. Assim se explica também a sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sob este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático.

2. No respeitante ao segundo argumento contrário, posso ser breve: mesmo que se afirme sem restrições a competência do Estado para punir formas de conduta realizadas com culpa, continuará a ser insatisfatória a justificação da sanção penal com recurso à ideia de compensação da culpa. A liberdade humana pressupõe a liberdade da vontade (o livre arbítrio), e a sua existência, como os próprios partidários da ideia da retribuição concordam, é indemonstrável (6). É certo que as recentes investigações antropológicas demonstraram que não existe uma determinação biológica geral do homem (contrariamente ao animal) e essa relativa falta de esquemas instintivos fixos é substituída principalmente por modelos de condutas culturais. Mas a questão da possibilidade de uma decisão que escolha livremente face a factores de determinação, que são muito diversos, é, no mínimo, irresolúvel, dado que nada sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano. E, mesmo que se pretendesse afirmar a liberdade da vontade como tal, ainda assim não se responderia afirmativamente à pergunta decisiva do processo, de saber se esse homem concreto poderia ter actuado de um outro modo nessa situação concreta; a essa questão, como sem hesitações o manifestam eminentes psiquiatras e psicólogos, é impossível dar uma resposta com meios científicos (7). Assim, por exemplo, a exposição de motivos do projecto de Código Penal de 1962 diz apenas que a lei se «declara partidária» da suposição «de que a culpa humana existe e que pode ser comprovada e medida. Igualmente a ciência», afirma-se ainda, «pode privar de fundamento a convicção de que existe culpa no comportamento humano. Recentes investigações admitem tal possibilidade». Assim, segundo as suas próprias palavras, o legislador justifica a pena apenas com uma hipótese que, mesmo não sendo refutada, tão-

---

(6) Sobre a recente polémica acerca da liberdade da vontade e a sua importância para o Direito penal: NOWAKOWSKI, *Festchr. f. Rittler*, 1957, p. 55; ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed. (1965); ROEDER, JurBL, 1965, p. 229; HILDE KAUFMANN, JZ, 1962, p. 193; A. E. BRAYNECK, MSchrKrim, 1963, p. 193; MANGAKIS, ZStW, vol. 75, p. 119.

(7) Cfr., ultimamente, BOCKELMANN, ZStW, vol. 75, p. 372.

-pouco é comprovável. Não obstante, não basta uma suposição deste tipo para explicar o direito a intervenções tão graves.

3. Mesmo quando se considere que o alcance das penas estatais e a culpa humana se encontram suficientemente fundamentadas com a teoria da expiação, colocar-se-ia sempre uma terceira objecção, a saber: a própria ideia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um acto de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a «culpa de sangue do povo», expie o delinquente, etc., tudo isto é concebível apenas por um acto de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal.

Tão-pouco se altera alguma coisa com a invocação do mandato de Deus. Como é sabido as nossas sentenças não são pronunciadas em nome de Deus, mas em nome do povo. Numa época que faz derivar todo o poder estatal do povo, já não é admissível a legitimação de medidas estatais com a ajuda de poderes transcendentes. Além do mais, não me parece que tal corresponda sequer à essência de uma verdadeira religiosidade. Que sabemos nós da justiça de Deus para nos arrogarmos a capacidade para exprimir com as nossas sentenças não apenas o honrado esforço da nossa defeituosa justiça terrena mas, simultaneamente, a vontade de Deus? A máxima bíblica «não julgueis, para que não sejais julgados» é, assim entendida, precisamente um veto contra a híbrida crença de conhecer o juízo divino sobre a culpa humana e poder executá-lo (8).

Resumindo numa só frase as três razões: a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da ideia de retribuição (que recorda em dema-

(8) Acerca do carácter problemático da censura moral pronunciada pelo juiz, cfr. também A. E. Brauneck, MSchrKrim, 1958, p. 129.

sia o arcaico princípio de talião), pelo conceito dúbio de «expiação» [9], na medida em que, se com ele se alude apenas a uma «compensação da culpa» legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objecções contra uma «expiação» deste tipo. Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinquente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força [10].

II. A segunda solução, em relação à qual se deve dirigir a nossa crítica, é a teoria da chamada prevenção especial. Esta não pretende retribuir o facto passado, assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor. Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis. Esta teoria, que na sua formulação moderna procede da época do Iluminismo, retrocedeu no século XIX, pelas razões mencionadas no princípio, ante a teoria da retribuição; mas, por volta dos finais do século, ressurgiu com nova força graças ao penalista FRANZ V. LISZT [11] e à sua escola. Enquanto que na Alemanha voltou a retroceder face ao avanço da teoria da retribuição, no estrangeiro adquire uma enorme influência, por vezes dominante, graças ao movimento internacional da «defesa social» [12].

A ideia de um direito penal preventivo de segurança e correcção, seduz pela sua sobriedade e por uma característica tendência construtiva e social. Mas, assim como é clara nos seus fins, não fornece, em contrapartida, uma justificação das medidas estatais necessárias para a sua

---

[9] Cfr. em sentido crítico EB. SCHMIDT, *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, p. 9; ZStW, vol. 67, p. 177.

[10] Para este fim, se é possível consegui-lo mediante intervenção externa, podiam ser mais úteis medidas terapêutico-sociais como as que prevê a teoria da prevenção social, que se discute seguidamente.

[11] O mais adequado como introdução é o famoso trabalho de LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* — o chamado «Programa de Marburg» (1883) —, que ERIK WOLF voltou a editar, algo abreviado, na série *Deutsches Rechtsdenken* (tomo 11).

[12] ANCEL, MSchrKrim, 1956, separata, p. 51; WÜRTENBERGER, MSchrKrim, 1956, separata, p. 60; HILDE KAUFMANN, *Festschr. f. v. Weber*, 1963, p. 418.

prossecução. Aqui reside a vulnerabilidade desta teoria, que resumirei em três objecções:

1. Tal como a teoria da retribuição, a teoria da prevenção especial não possibilita uma delimitação do poder punitivo do Estado quanto ao seu conteúdo. Não se trata apenas de sermos todos culpáveis, mas de todos necessitarmos de nos corrigir. É certo que, segundo esta concepção, o esforço terapêutico-social do Estado deve dirigir-se de antemão apenas contra os inadaptados à sociedade; mas o ponto de partida continua a ser suficientemente perigoso. Por exemplo, é possível um regime político no poder submeter a «tratamento» penal, na qualidade de socialmente inadaptados, os inimigos políticos. Mas, se se dirige apenas aos «associais» em sentido tradicional, como os mendigos, vagabundos, vadios, prostitutas e outras pessoas indesejáveis para a comunidade, irão entrar na esfera do direito penal grupos de pessoas cujo tratamento como criminosos dificilmente se pode fundamentar com base numa ordem jurídico-penal como a que possuímos, dirigida ao facto isolado. A ideia de prevenção especial tão-pouco possibilita a delimitação temporal da intervenção estatal mediante penas fixas, na medida em que para ser consequente deveria prosseguir um tratamento até que se desse a sua definitiva correcção, mesmo que a sua duração fosse indefinida. Do ponto de vista de um direito penal correccionalista, nem sequer se pode tornar inteligível a vinculação a descrições exactas do facto nem a exclusão da analogia. Numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal.

É certo que as aludidas consequências apenas foram extraídas pelos representantes mais radicais desta teoria. A maioria continua vinculada a um direito penal do facto, a uma rigorosa descrição da tipicidade e a uma pena precisa. Tal facto demonstra que os defensores da teoria da prevenção especial não podem explicar a partir da sua posição inicial os fundamentos por eles propugnados para o direito penal vigente. Assim, também eles têm como pressupostos a extensão e limites do poder punitivo estatal, que precisamente deveriam fundamentar.

2. Contra a concepção da prevenção especial alegou-se frequentemente uma segunda objecção, que, todavia, não foi ainda concludentemente rebatida. Consiste ela no facto de que, nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição. O exemplo mais contundente é constituído, neste momento,

pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de «ressocialização» alguma; nem tão-pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então, permanecer impunes? De resto, o problema é independente desta situação histórica. Também noutros casos sucedem graves crimes de sangue (e naturalmente outro tipo de crimes) que frequentemente se devem a motivos e situações que não se voltarão a repetir, e ninguém retira de tais casos as consequências da impunidade. Todavia, a teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações.

3. Finalmente, em terceiro lugar, sendo certo que a ideia da correcção indica um fim da pena, ela, todavia, de modo algum contém em si própria a justificação de tal fim, como pensam a maioria dos adeptos desta teoria. Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão-de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade — quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incómodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. Mas com elas apenas se prova que a maioria das pessoas considera como algo de evidente o facto de se reprimir violentamente o diferente e o anómalo. Todavia, saber em que medida existe num Estado de Direito competência para tal, eis o verdadeiro problema que a concepção preventivo-especial não pode à partida resolver, porque cai fora do seu campo de visão.

Exprimindo-o numa só frase: a teoria da prevenção especial não é idónea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.

III. A terceira das respostas tradicionais à nossa pergunta inicial vê o sentido e fim da pena, não na influência — quer retributiva, quer correctiva ou protectora — sobre o próprio agente, mas nos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas, na chamada prevenção geral.

Esta teoria tem em ANSELM v. FEUERBACH (12), o fundador da moderna ciência alemã do direito penal, o seu mais famoso representante, o qual nos princípios do século XIX baseou o seu influente sistema, com largas consequências, no pensamento da intimidação geral. Todavia, nos nossos dias, a concepção da prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância. Se na exposição de motivos do nosso projecto de Código Penal de 1962 se pode ler sobre a «força moderadora dos costumes» da pena, e se, como sucedeu recentemente, o legislador aumentou de modo drástico as penas para a embriaguez ao volante e outros crimes de tráfego, é porque por detrás está sempre presente a ideia de que com a ajuda do Código Penal se pode motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis, ou seja, uma consideração de natureza claramente preventivo-geral.

Por muito evidente que tudo isto possa parecer para o são entendimento humano, ao observador crítico surgem imediatamente alguns argumentos contrários:

1. Em primeiro lugar, permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. A doutrina de prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição e da correcção esta debilidade, ou seja, permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível. A ela se acrescenta uma ulterior objecção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.

---

(12) O seu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* surgiu, pela última vez, na 14.ª ed. (1847). A «Wissenschftliche Buchgesellschaft» prepara uma reimpressão dessa edição. Sobre os fundamentos teóricos da teoria de FEUERBACH, ultimamente NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962; HARTMANN, *P. J. A. Feuerbach politische und strafrechtliche Grundanschauungen*, 1958. Biografia: RADBRUCH, *P. J. A. Feuerbach, ein Juristenleben*, 2.ª ed. (1957).

Se durante a guerra se decretaram as penas mais graves, incluindo sentenças de morte para crimes insignificantes, tal deveu-se indubitavelmente a motivos de prevenção geral. Contudo, se afirmarmos que nem para o Estado os fins justificam qualquer meio, tal não pode ser conforme ao direito. A prevenção geral necessita, assim, de uma delimitação que não se depreende do seu ponto de partida teórico.

2. O próximo argumento contrário assenta no facto de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinquentes profissionais, nem tão-pouco com delinquentes impulsivos ocasionais. Em crimes contra a vida e a moral, a força intimidatória das cominações penais (incluindo a pena de morte) é particularmente escassa. As cruéis penas corporais e de morte dos séculos passados, como do suplício da roda ou esquartejar e cortar em pedaços membros do corpo, não conseguiram fazer diminuir a criminalidade. Cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral. Pode-se certamente opor que, segundo a natureza das coisas, somente resultam visíveis os casos em que não se obteve êxito. Todavia, prescindindo de que, pelas causas apontadas, este êxito seja duvidoso em muitos crimes, para além do mais seria de certa forma paradoxal que o direito penal não possuísse significação alguma precisamente para os delinquentes, isto é, os não intimidados — e, porventura, os pura e simplesmente não intimidáveis — e que não devesse prevalecer e legitimar-se face a eles também.

3. Isto conduz-nos à terceira e mais importante objecção contra a prevenção geral. Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal. Já KANT o criticou por atentar contra a dignidade humana, tendo afirmado que o indivíduo não pode «nunca ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objectos do direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade natural» (14). E, efectivamente, para um ordenamento

(14) *Metaphysik der Sitten*, § 49 EI, Studienausgabe, p. 453.

jurídico que não considere o indivíduo como objecto à mercê do poder do Estado nem como material humano que possa ser utilizado, mas sim como portador, plenamente equiparado a todos os outros, de um valor como pessoa, valor esse que é prévio ao Estado e que deve ser protegido por este, tem de ser inadmissível tal instrumentalização do homem.

A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objecções de princípio semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.

IV. Desta forma, o nosso exame crítico das teorias da pena coloca em evidência um quadro pouco animador. Nenhuma delas resiste à crítica. O facto de na prática a sua escolha ser facultativa demonstra já a sua ténue vitalidade. O nosso direito penal, tal como se apresenta na sua aplicação diária, não se vê confirmado nem dificultado seriamente por nenhuma destas concepções. Certamente que de modo algum permaneceram ocultos os pontos débeis de cada uma das teorias, mas, em vez de aqueles serem superados, abriu-se com resignado ecletismo, caminho à chamada teoria unificadora que combina as três versões entre si. Assim se diz na exposição de motivos do nosso Projecto de Código Penal de 1962 (15):

> «O «Projecto não vê o sentido da pena apenas na compensação da culpa do delinquente. Simultaneamente, possui o sentido geral de fazer prevalecer a ordem jurídica. Serve também determinados fins político-criminais e, em primeira linha, o fim de prevenir futuros crimes. [Tal pode ocorrer intimidando o delinquente e os demais para que não cometam tais factos.] E pode conseguir-se de modo mais duradouro actuando sobre o delinquente para voltar a ganhá-lo para a comunidade. Todos estes fins se conseguem em parte por si mesmos mediante a pena. Mas, no caso concreto, pode-se igualmente procurar de modo especial consegui-los através do tipo e medida da pena».

Não nos podemos dar por satisfeitos com uma acumulação de possibilidade de actuação, tal como defende teoricamente o Projecto.

---

(15) p. 96.

É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido correctamente que cada uma das concepções contêm pontos de vista aproveitáveis que seria erróneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito Se esta anomalia não foi ainda posta em evidência na prática do direito, isso deve-se a que os tribunais têm amplamente em conta as decisões valorativas constitucionais e as exigências de razão sócio política, sem aproveitarem o amplo espaço de manobra que lhes é oferecido pela teoria unificadora. Precisamente por isso, as questões fundamentais jurídico-penais discutem-se hoje na sua maioria sem relação alguma com as teorias da pena, que deste modo ameaçam perder a sua actualidade prática.

Não podemos, contudo, renunciar a uma concepção teórica fechada do direito penal, porque só ela nos pode oferecer um padrão para as numerosas propostas que surgem com a discussão da reforma e porque cada regulamentação concreta só pode adquirir significação dentro do todo e, consoante este, ser valiosa ou inútil. Teremos, portanto, que procurar responder nós próprios, na medida do possível e no quadro de um breve contributo, à pergunta do nosso tema.

B

O nosso ponto de partida é que o actual direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando penas, e que estas três esferas de actividade estatal necessitam de justificação, cada uma em separado. Neste ponto, há que ter certamente em conta que os distintos estádios de realização do direito penal se estruturam uns sobre os outros e que, portanto, cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente. A necessidade desta consideração gradual torna-se patente na breve visão geral que realizámos. Cada uma das teorias da pena dirige a sua visão unilateralmente para determinados aspectos do direito penal — a teoria da prevenção especial para a execução, a ideia da retribuição para a sentença e a concepção da prevenção geral para o fim das cominações penais — e descura as restantes

formas de aparecimento do poder penal, embora cada uma delas implique intervenções específicas na liberdade do indivíduo. Como vimos, permanece fora do horizonte das várias teorias da pena a compreensão de todos os artigos que de momento apenas estão no papel e que requerem uma legitimação prévia, para além da vontade subjectiva do legislador. E, contudo, torna-se evidente que tanto a sentença como o melhor e mais progressivo sistema penitenciário carecem de sentido se, devido à legislação penal existente, lhes são submetidos homens sobre os quais pesa injustamente a mácula de delinquentes.

I. Comecemos, pois, com as cominações legais e perguntemos: que pode proibir mediante a pena o legislador aos seus cidadãos?

Tal depende, em primeiro lugar, de qual o campo de actuação que é atribuído ao Estado moderno. Hoje, como todo o poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo. Como cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A sua função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais. De resto, não se pode contestar seriamente a redução do poder estatal para esse fim numa óptica terrena e racional de garantia total da liberdade do indivíduo para conformar a sua vida. Pois os homens, não possuindo eles próprios legitimação, não podem conferir poderes para coisa diversa aos concidadãos que elegeram para legislar e governar. Para o direito penal tal significa que o seu fim somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos. A justificação desta tarefa — não, porém, de todos os meios aplicáveis para a sua consecução — resulta directamente do dever que incumbe ao Estado de garantir a segurança dos seus membros.

Concretamente, e em relação com o nosso tema, tal significa que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua

violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta protecção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de carácter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a protecção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna. Daqui se depreendem duas consequências muito importantes concatenadas com o poder punitivo [16] do Estado:

1. O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Consequentemente, e por ser a reacção mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar. Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal. Deste modo, o bem jurídico recebe uma dupla protecção: *através* do direito penal e *ante* o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater. Nesta ideia de subsidariedade [17] que, em minha opinião, se deve deduzir directamente do sentido da pena, está já compreendido todo um pro-

---

[16] Cfr. sobre isto e o seguinte, GALLAS, *Heidelberger Jahrbücher*, vol. IX, 1965, p. 1.

[17] Fala-se aqui em geral do «carácter fragmentário» do Direito penal, (A expressão procede de BINDING). Sobre estas questões, mais recentemente, H. MAYER, *Strafrechtsform für heute und morgen*, 1962.

grama de política criminal, cuja pormenorizada descrição não é possível desenvolver aqui. Bastarão alguns índicios brevemente esboçados:

De acordo com ela, não pertence ao direito penal a infracção contra meros regulamentos de ordenação, quer se trate de proibição de estacionamento ou do horário de encerramento do comércio; para estes casos, bastam as sanções administrativas, que podem incluir multas. Assim, simples perturbações de ordem pública não se deveriam punir como desordens graves; remediá-las, é tarefa da polícia. Também se devem levantar objecções ao método legislativo de conferir a toda: as leis possíveis, sem examinar a necessidade de o fazer, um cinturão protector jurídico-penal, decretando no final das mesmas que será castigado quem infrinja as disposições precedentes. Além disso, a assistência social possui prioridade em importância: as pessoas gravosas para a comunidade anteriormente mencionadas, como mendigos, vagabundos, etc., podem ser mais eficazmente integradas através daquela do que por meio de sanções penais, que frequentemente apenas conseguem fazer perder em definitivo as pessoas sobre as quais pairava tal perigo. Sob esta óptica se deveria examinar toda a ordem jurídica, a fim de se utilizar o direito penal para proteger bens jurídicos essenciais e assegurar os objectivos das prestações necessárias para a existência, apenas onde não bastem para a sua prossecução meios menos gravosos. Naturalmente que isto pressupõe uma ampla investigação sobre a realidade do direito, assim como uma larga reflexão sobre as sanções extrapenais adequadas. Todavia, se não levarmos a cabo esta tarefa face à reforma do direito penal que nos incumbe, teremos omitido colocar ao direito penal uma das exigências mais urgentes do Estado de Direito. Porque é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela.

2. A segunda consequência da nossa concepção é que o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoradade condutas não lesivas de bens jurídicos ([18]).

O exemplo típico é o actual § 175 do StBG, mantido pelo Projecto de 1962. Com efeito, actos homossexuais praticados por homens

---

([18]) De um modo insuperável acerca destas questões KARL KRAUS, *Sittlichkeit und Kriminalität*, 1908, agora facilmente obtido como livro de bolso na Fischer-Bücherei, vol. 713. Na nova literatura jurídico-penal, H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957. Também é importante o volume de vários autores: *Sexualität und Verbrechen*, Fischer-Bücherei, vols. 518-519.

adultos de comum acordo e sem publicidade, não lesam nem colocam ninguém em perigo nem, portanto, lesam bem jurídico algum (*). A «moral», ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico — no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de protecção no sentido atrás exposto. Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal. Isto significa que a apreciação jurídico-penal não depende de modo algum da questão, que a maioria das vezes é colocada em primeiro plano, de saber se uma determinada conduta é moralmente censurável em maior ou menor grau.

O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular. A Igreja, que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral dos seus fiéis, encontra-se numa situação completamente diferente; porém, a sua autoridade não lhe advém do homem.

Infelizmente, o legislador nem sempre reconheceu claramente esta inegável diferenciação; mesmo no Projecto de 1962, nos preceitos compreendidos entre o tipo da bestialidade (§ 1218) e um novo § 220, *a)* sobre o *strip-tease*, penaliza-se toda uma série de meros atentados à moral que não se podem discutir agora em detalhe. E a jurisprudência é culpada de ter ultrapassado tais limites mesmo nos casos em que o conteúdo da lei não a força a fazê-lo. Segundo o § 181-1, 2, do StGB, pune-se com prisão os pais que favoreçam a impudicícia dos filhos, como, por exemplo, permitindo que o filho passe a noite com uma amiga na casa paterna. Esta disposição compreende um bem jurídico digno de protecção quando se trate de menores em relação aos quais os pais devem acautelar um são crescimento (sendo certo

---

(*) O presente texto foi escrito em 1966. Posteriormente, a 1.ª Lei de Reforma do Código Penal (1. StrRG), de 25-6-1960, modifica o art. 175 do StGB, passando a punir-se a homossexualidade entre menores de 21 anos e, entre adultos, quando o autor abusar da relação de dependência que têm perante ele tais adultos ou exercer a homossexualidade profissionalmente.

Presentemente, após a 4.ª Lei de Reforma do Código Penal, de 23-11-1973, o art. 175 apenas pune a homossexualidade com menores de 18 anos, existindo todavia outras disposições em que tais relações praticadas entre adultos apenas são punidas quando existir violência ou abuso de uma relação de dependência. (Nota do tradutor).

que também a este respeito se poderia perguntar se não serão mais adequadas as medidas de segurança social para impedir situações deste tipo). Quando, todavia, o BGH [19] estende este tipo de crime a noivos que já esperam descendência e a filhos maiores, porque devido à sua procedência qualquer pessoa continua a ser filha dos seus pais durante toda a vida, por meio de tal interpretação do conceito de «filho» implica de tal forma o referido preceito — que segundo uma correcta interpretação deveria limitar-se à protecção da juventude — que o transporta até ao domínio dos meros atentados contra a moral; certamente que se pode afirmar que os futuros pais e os filhos adultos necessitam de protecção. Seria, aliás, desejável que se impusesse a opinião de que tal interpretação não é permitida pelo Estado de Direito nem é sustentada pela finalidade do direito penal.

Resumindo, podemos assentar que as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio da protecção subsidiária de prestações e bens jurídicos [20]. Neste âmbito, o fim das disposições penais é o da prevenção geral. De acordo com a natureza das coisas não pode ser de outra forma, porque aquelas precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reacções retributivas ou de prevenção especial. As objecções que colocámos a que o aspecto de prevenção geral se converta em absoluto, deixam de existir caso ele seja aplicado do modo proposto. Tudo o que se pode deduzir contra uma graduação da pena baseada em pontos de vista de prevenção geral — que conduz a penas excessivamente graves e que não se pode justificar quanto à pessoa do delinquente — não afecta de modo algum as disposições penais enquanto tais. Em contrapartida, a objecção de que o fim de prevenção geral não é adequado para limitar o poder penal do Estado, é em si convincente mesmo no que diz respeito às cominações penais, eliminando-se, todavia, com a nossa restrição dessa finalidade à protecção de bens jurídicos e prestações, assim como à subsidiariedade do direito penal no cumprimento de tais tarefas. E, por último, no que diz respeito aos argumentos contra a eficá-

---

(19) BGHSt, vol. 17, p. 230.

(20) GALLAS, p. 13, refere como conduta merecedora de pena os maus tratos com animais, mesmo quando não constituem a lesão de nenhum bem jurídico, mas apenas «um acto moralmente reprovável». Porém, não se tratará aqui da protecção de um bem jurídico — a saber, o sentimento de dor dos animais — pelo qual se interessa o ordenamento jurídico devido a uma espécie de solidariedade com todas as criaturas?

cia político-criminal das proibições jurídico-penais, há que ter em conta que as cominações penais representam apenas a primeira das três etapas da eficácia do direito penal, as quais em conjunto e apenas em conjunto, esgotam o sentido e a missão do direito penal. De resto, reduzir o conceito de prevenção geral aos elementos da ameaça e da intimidação, revela um entendimento demasiado estreito. Tal conceito contém a ideia que o Estado estabelece no Código Penal uma ordem protectora obrigatória para todos os cidadãos, garantindo-lhes os bens jurídicos necessários para a sua existência e indicando-lhes quais as actividades que eles devem omitir sob a ameaça da pena. Pois, no interesse da prevenção geral, também se tem de informar sobre o âmbito do proibido quem não necessita de intimidação. Esta é uma exigência inquestionável para todo o Estado de Direito por estar contido no princípio *nulla poena sine lege*. Se se tiver presente tudo isto, ter-se-á que reconhecer como válido e seguro em todos os sentidos o nosso primeiro resultado parcial, ou seja, que as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de protecção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações.

II. Chegamos assim à fase da aplicação e graduação da pena. Nada parece mais indicado do que introduzir o princípio da prevenção geral na própria actividade judicial, já que a força da prevenção geral dos artigos ficaria reduzida a nada se não existisse realidade alguma por detrás dela. De acordo com esta ideia, diz também FEUERBACH (21) acerca da aplicação da pena: «O fim da aplicação da mesma é fundamentar a eficácia da ameaça legal, na medida em que sem ela tal ameaça seria vã (ineficaz)». Consequentemente, o fim último da aplicação de uma pena é, na sua opinião, «igualmente a mera intimidação dos cidadãos por meio da lei».

Se, como fizemos, recusarmos a retribuição como fim da aplicação da pena, não se poderá negar que haja um fundo acertado nesta dedução. Tal torna-se claro, especialmente quando no caso concreto está excluída de antemão uma finalidade de prevenção especial, como por exemplo os processos anteriormente mencionados e hoje tão actuais contra os assassinos nacional-socialistas. Porque têm de ser castigados esses homens, embora já não sejam perigosos? Lembremo-nos do famoso caso da demonstração de KANT, que leva até ao extremo limite a pro-

(21) *Lehrbuch*, § 16 (p. 39).

blemática teórica do direito penal, e suponhamos hipoteticamente, por um momento, que a população da ilha dissolvera realmente a sua organização estatal e se dispersara pelos quatro ventos. Creio então que se deveriam deixar em liberdade esses assassinos e abandoná-los nas mãos da justiça de Deus, pois a sua punição já não poderia servir para fins terrenos, únicos a que o direito humano se deve confinar. Todavia, como na realidade continuamos vivendo juntos teremos de castigar esses assassinos conforme o direito. Se não o fizessemos, o Estado estaria desprezando a garantia de vida do seu ordenamento jurídico, e cada futuro assassino poderia invocar que, não tendo esses outros sido castigados, do mesmo modo e em justiça ele não deveria ser punido. Uma protecção que apenas se confere segundo as circunstâncias, não constitui uma garantia jurídica mas o exercício da arbitrariedade por parte do Estado.

A antiquíssima ideia da inviolabilidade do ordenamento jurídico que se reflecte como definitivamente válida e de um modo lapidar na frase «O direito deve permanecer direito» (Salmo 94, 15) possui o seu fundamento racional em considerações deste tipo. Trata-se de uma razão de prevenção geral, embora certamente não se possa entender aqui este conceito no sentido de mera intimidação, devendo acrescentar-se-lhe a significação mais ampla de salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade. Naturalmente que tudo isto, para além destas especiais constelações de casos, é também válido para crimes usuais. Se a comunidade jurídica ignorasse um roubo ou um assalto a um banco, qualquer futuro ladrão ou assaltante poderia alegar a seu favor que também ele poderia cometer, pelo menos uma vez, um facto desse tipo sem castigo; deste modo, a ordem jurídica perderia, a prazo, a sua eficácia ([22]).

Se, como dissemos, igualmente na aplicação da pena a finalidade da prevenção geral (que atende à protecção do ordenamento como um todo) conserva a sua validade, voltam a colocar-se-nos, com igual força, as objecções contra esta teoria que a princípio considerámos justificadas, mas que todavia recusámos com êxito aos justificarmos as cominações da pena. Certamente não se pode desconhecer que, na maioria dos casos de aplicação de uma pena, se inclui também um elemento de prevenção especial que intimidará o delinquente face a uma possí-

([22]) Creio também que aqui reside aquilo que permanece válido da concepção hegeliana. A pena é «supressão do crime que de contrário se imporia e é o estabelecimento do direito» (*Rechtsphilosophie*, § 99).

vel reincidência e manterá a sociedade segura deste, pelo menos durante o cumprimento da pena. Porém, com um olhar mais atento, verificar-se-á que a componente da prevenção especial da sentença penal também tem um fim último de prevenção geral. Ao pretender que os esforços de ressocialização em favor do sujeito somente podem começar com a execução da pena, a primeira coisa que a condenação em si mesma torna efectiva é uma dura restrição da liberdade do delinquente, restrição essa que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros e não a ele. Não nos deve induzir em erro a retórica idealista do benefício que se faz ao delinquente com a punição, devendo-se antes reconhecer com simplicidade e sobriedade que o fim desta é a salvaguarda da ordem da comunidade, para poder então perguntar se se justifica aplicar uma pena a um indivíduo para conseguir esse objectivo.

O que se discute não é a adequação do fim, mas a conformidade do meio ao direito; se, como afirma KANT, — e com ele grande parte da doutrina actualmente dominante —, não se pode admitir sob nenhum pretexto, por isso ser contrário à dignidade humana, que se dê valor na aplicação da lei a considerações de prevenção geral, a sua justificação não se torna nada clara. Na realidade, talvez se trate apenas do poder do mais forte. A isto se acrescentará que com a fundamentação dada até agora não podemos encontrar nenhum limite à duração da pena e, em troca, uma sanção muito rigorosa fortaleceria ainda mais claramente a inviolabilidade do ordenamento jurídico. Mas poderá realmente considerar-se conforme ao direito tal sacrifício do particular no interesse da colectividade? A resposta negativa a esta pergunta está fora de dúvida depois do que já dissemos na nossa breve abordagem histórica. Um ordenamento jurídico para o qual o particular não é objecto, mas sim o titular do poder estatal, não o pode desvirtuar convertendo-o em meio de intimidação. As qualidades de sujeito e pessoa do homem a tal se opõem. Assim, com estas reflexões, encontra-se aberto o caminho para a solução do nosso problema: a aplicação da pena estará justificada se se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem de garantir. Estes dois pontos de vista de modo algum se excluem como frequentemente se crê. Com efeito, se o Estado deve assegurar os bens jurídicos ao cidadão, ao invés, cada membro da sociedade deve fazer tudo o que seja necessário para que se cumpra essa tarefa comum, isto é, deve, dentro dos limites que iremos ver, tomar a seu cargo a pena necessária para a manutenção do referido ordenamento

tal como, por exemplo, também terá de suportar o dever do serviço militar ou o pagamento de impostos, sem que por isso se fira a sua dignidade humana. O particular não se vê colocado — segundo as palavras de KANT — entre os «objectos do direito das coisas» somente porque se lhe impõem deveres no interesse da comunidade; tal apenas sucede quando ele não for julgado segundo a medida da sua pessoa, mas segundo a sua mera utilidade para os fins de outros. Daqui se retiram algumas consequências relativas ao processo penal e à aplicação da pena:

1. Durante o processo não se pode submeter o particular a nenhum trato que o prive da livre determinação das suas declarações: a lavagem ao cérebro, o detector de mentiras, o soro da verdade, a hipnose, torturas, ameaças, etc., são certamente inadmissíveis para obter confissões, já que as reacções provocadas através de tais meios não são manifestações da livre personalidade do arguido. Veremos que os interesses de utilidade geral chocam aqui de imediato com um limite. Numerosos delinquentes têm de ser absolvidos, porque não é lícito empregar os meios que poderiam provar a sua culpabilidade. Actualmente tal posição parece provar-se por ela própria e, embora no § 136, *a)*, da StPO seja declarada expressamente, apenas é digna de menção. Porém, há que pensar que durante milénios se usaram tais práticas proibidas sem a menor consideração, e que ainda hoje estão em voga em muitas partes do mundo. Por isso é necessário mencionar claramente numa teoria da pena esse pressuposto de justificação que limita fortemente a ideia de prevenção geral.

2. A segunda consequência é controversa e porventura surpreendente para quem haja seguido até agora o curso dos nossos pensamentos: a pena não pode, na minha opinião, ultrapassar a medida da culpa. Deste modo, a culpa, que temos declarado inadequada para fundamentar o poder penal do Estado serve, contudo, para o limitar. Como é isto possível? Pois bem, tal é necessário porque os conceitos de dignidade humana e autonomia da pessoa que presidem à nossa Lei Fundamental e à tradição ocidental pressupõem indiscutivelmente o homem como ser capaz de culpa e responsabilidade. Como é sabido, não se pode dizer com segurança se essa imagem de homem, constitutiva para o ordenamento da nossa comunidade, se concilia com as ciências do ser, ou se porventura não se deveria antes caracterizar o *homo sapiens* como um perigoso animal ou como uma máquina complicada. Contudo, isto não

altera o facto de que os homens — de acordo com a sua relativa «ligação aos instintos» e com a sua «abertura ao mundo», condicionada por aquela e necessitada de orientação através de normas (23) — existem em todos os tempos com a consciência da liberdade e responsabilidade, e de que não podem deixar de conformar a sua vida em comum segundo projectos conformes a um sentido, cuja «justeza» certamente não pode ser provada com recurso aos métodos das ciências naturais, mas cuja legitimidade se deve, com total independência de tais métodos, à decisão da sociedade para criar uma ordem livre e conforme ao Estado de Direito. Assim enquadrado, o conceito da culpa — que enquanto realidade experimental não se pode discutir — tem a função de assegurar ao particular que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial, para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido como livre e susceptível de culpa. Deste modo, evitamos a má consciência que sobreviria se empregássemos a culpa para justificar medidas retributivas, já que esta utilização do conceito de culpa para coarctar o poder da autoridade actua exclusivamente a favor do cidadão e das suas possibilidades de desenvolvimento. Precisamente devido a elas, pode deixar-se tranquilamente em suspenso a questão do livre arbítrio, à qual honestamente não podemos dar uma resposta concludente; mesmo aqueles que acreditam que ele deve ser negado, deveriam reconhecer o princípio da culpa na esfera normativa das regulamentações ordenadoras da sociedade, como uma disposição da comunidade jurídica que protege o particular da superioridade de um poder estatal que viole a personalidade daquele. Se se pretender, igualmente, negar a culpa como conceito limitador da pena, tal não significará a absolvição para todas as pessoas. A consequência seria unicamente que já nada poderia impedir o Estado de impor penas terroristas sem limites, com base em meros fins de motivação. Formulemos mais sinteticamente a anterior posição: há uma diferença fundamental entre utilizar a ideia de culpa para colocar o particular à mercê do poder do Estado, e empregá-la para o preservar

---

(23) A R. LANGES corresponde o mérito de ter trazido para o direito penal as modernas investigações antropológicas. É certo que os seus resultados não podem decidir sobre a polémica do livre arbítrio, mas podem demonstrar que a orientação segundo modelos normativos corresponde ao modo de ser humano. Dos numerosos trabalhos de LANGES sobre a matéria, mencionarei: *Wandlungen in den Kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, Juristentags-Festschrit, 1960, p. 345 e ss.; *Die moderne Anthropologie und das Strafrecht*, no volume de vários autores «Schuld-Verantwortung-Strafe», ed. por FREY, 1964, p. 277 e ss.

do abuso do referido poder. A questão de saber se a culpa concede um direito de retribuição ao Estado, ou se ela constitui um meio de manter dentro de limites aceitáveis os interesses da colectividade face à liberdade individual, parece-me mais importante para o direito penal do que a existência de culpa em geral. A resposta só pode apontar no sentido da segunda alternativa; não apenas devido, como se expôs anteriormente, à duvidosa ideia de retribuição, mas sobretudo porque a dignidade do homem proclamada pela Lei Fundamental é um direito de protecção frente ao Estado e não pode ser transformada numa faculdade de ingerência.

Daqui se retira para a justificação da pena que, embora se possa imputar a sua existência à pessoa do delinquente, este estará obrigado em atenção à comunidade, a suportar a pena. Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflinjam um mal devido a um imperativo categórico mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. Deste modo, não é utilizado como meio para os fins dos outros mas, ao co-assumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações. Quem não quiser tal aceitar como justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

Certamente que se deve impor a ideia de que estão absolutamente proibidas as penas inadequadas à culpa. Por conseguinte, é inadmissível, para citar um exemplo actual, impor a uma pessoa intelectualmente limitada que, induzida por pessoas mais velhas, pintou cruzes suásticas nas paredes, uma pesada pena que ultrapasse amplamente a sua culpa comparativamente escassa, só para que outros não sejam apanhados a praticar tal acção. Nem sequer se pode estatuir nos crimes de tráfego, por mais importante que seja a sua contenção, penas exemplares que não correspondam ao grau de culpa individual. Numa palavra: o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual. Se se vai mais além e, portanto, se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana (24). A eficácia protectora deste conceito consiste precisamente em que o particular é para a ordem jurídica a

(24) Cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, p. 162; BRUNS, *Festschrift für v. Weber*, 1964, p. 75; BADURA, JZ, 1964, p. 337 e ss.

medida de todas as coisas, enquanto tem de responder com a sua pessoa apenas por aquilo em que conceptualmente é culpado. Com o futuro comportamento de terceiros, ele nada tem a ver; se for punido devido a tais comportamentos isso equivalerá, por mais dura que a comparação possa parecer, à responsabilidade pelo acaso ou pela estirpe.

Assim, o princípio da culpabilidade, se for separado da teoria da retribuição à qual equivocadamente se considera indissoluvelmente ligado, é um meio imprescindível para limitar o poder penal estatal num Estado de Direito (25).

Esta questão é omitida por aqueles que pretendem acabar com tal princípio no interesse de um suposto progresso. Assim, por exemplo, quando BAUER (26) afirma, na sua polémica contra a ideia de culpa, que o direito penal se aproxima «mais da luta contra as epidemias ou da regulação do fornecimento de gás e água, do que daquilo que geralmente se designa por ética ou moral», desconhece que uma ordem jurídica que — permitam-nos exagerar a provocadora comparação — considerasse e tratasse os delinquentes como ratos que deveriam ser combatidos no interesse da higiene pública, dificilmente levaria à humanização das sanções estatais por que luta tão apaixonadamente.

Também constitui uma medida desacertada do Projecto do nosso futuro Código Penal, a supressão da frase: «A pena não pode ultrapassar a medida da culpa», e a sua substituição pela fórmula: «a culpa do autor é fundamento da graduação da pena» (27). A nova formulação é pior, não apenas porque se aproxima da teoria retributiva — enquanto a norma originária, acertadamente, apenas atendia à função de limite da pena do princípio da culpa —, mas porque o novo texto pretende admitir

---

(25) Aqui assenta também a importância da polémica que se mantém no Direito penal sobre a «imagem do homem». Seria incorrecto querer punir este ou aquele comportamento invocando uma determinada imagem do homem. Porém, é necessário tomar como base da ordem jurídica a imagem de um cidadão disposto ao livre desenvolvimento da sua personalidade e participante de uma dignidade humana inviolável, de modo a poder precaver-se dos perigos da coacção colectivista. Da literatura existente citamos: JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957; MAIHOFER, in «Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jhlt. und Strafrechtsreform», Berliner Universitätstage, 1964, p. 5.

(26) *Das Verbrechen un die Gesellschaft*, 1957, p. 246; cfr. o seu trabalho, *Die Schuld im Strafrecht*, in «Club Voltaire», vol. I, 1963, p. 114.

(27) Assim o § 60 I do P. 1962 no lugar do § 2.º da versão originária do Projecto. A Comissão especial da Dieta Federal alemã para a reforma do Direito penal, regressou acertadamente à antiga formulação. Cfr. também sobre este problema, as sessões do 43.º DJT, vol. II, Parte E, 3.ª secção, 1962.

dentro de certos limites que, por motivos preventivos, se ultrapasse a pena que seria adequada à culpa. Tal poderá ser prático ou conveniente, como sempre alegaram os defensores da alteração; porém, a justificação da pena não depende da conveniência, mas da justiça (28). De resto, tudo o que foi dito aplica-se exactamente da mesma forma à prevenção especial. Pode ser bastante proveitoso que se queira transformar, mediante vários anos de trabalho reeducativo, um mendigo notório num diligente guarda-livros; todavia o escasso conteúdo de culpa da sua conduta proíbe ao direito penal levar a cabo tal tarefa (29). Em contrapartida, é admissível aplicar uma pena inferior à culpa. Evidentemente que, para uma teoria retributiva consequente, tal procedimento estaria proibido, pois significaria renunciar em parte ao sofrimento penal compensatório (30). Contudo, na nossa opinião será permitido e inclusivamente necessário, segundo o princípio da solidariedade que já desenvolvemos ao justificar as cominações penais, se no caso concreto se restaurar a paz jurídica com sanções menos graves.

O instituto da suspensão da execução da pena corresponde directamente à concepção aqui defendida; esta possibilidade de suspensão deveria (*) prever-se mesmo para penas de prisão superiores a nove

---

(28) Contra isto não convence a objecção de que a culpa não é uma realidade mensurável, sendo, por isso, de antemão evidente que não pode cumprir a função limitadora que se lhe atribui. Na prática, é uma questão plena de significado saber se um Tribunal pode aumentar a pena por motivos de prevenção geral, depois de a ter considerado adequada segundo os princípios gerais da graduação da pena.

(29) Não é objecto deste trabalho determinar até que ponto se podem impor em tais casos medidas de segurança, para as quais é indiferente a culpa. É, no entanto, evidente que, igualmente em relação a elas, é necessária uma legitimação do Estado de Direito a qual deve fundamentá-las não menos cuidadosamente do que à pena.

(30) Muito significativamente, a exposição de motivos do P. de 1962 fala também do «perigo de que a graduação da pena possa ficar demasiado abaixo do quantum de pena exigido pela gravidade da culpa».

(*) Esta proposta de ROXIN converteu-se entretanto em realidade na Alemanha Federal. Com efeito, enquanto o § 23 I do StGB, vigente ao tempo da publicação da 1.ª edição deste trabalho (1966), não admitia a suspensão da execução da pena para penas privativas da liberdade de mais de nove meses, as alterações introduzidas pela 1.ª Lei da Reforma do Código Penal (1. StrRG), de 25-6-1969, já permitiam tal suspensão para penas de prisão que não excedam um ano e, excepcionalmente, para as que não excedam dois anos. Este é, aliás, o regime actualmente vigente, nos termos do § 56, I e II da Parte Geral do StGB. (Nota do tradutor).

meses ([31]). De resto, o princípio da subsidariedade também encerra todo um conjunto de exigências de reforma para a aplicação da pena; apenas mencionarei a substituição das penas privativas da liberdade de curta duração por multas, assim como por admoestações e prestações de trabalho. Também nesta sede existem pontos a aperfeiçoar no nosso Código Penal e nos planos de reforma apresentados até agora.

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a protecção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa. Pode ver-se que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado com as componentes de prevenção especial da sentença, mas que, simultaneamente, através da função limitadora dos conceitos de liberdade e culpa, e em consonância com a nossa lei fundamental, se desvanecem as observações que se opõem a que aquele princípio seja levado em conta na graduação da pena.

III. Por fim, a execução constitui o terceiro e último estádio da realização do direito penal. Como vimos, servindo a pena exclusivamente fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações. Com efeito, o interesse da comunidade em recuperar o delinquente após o cumprimento da sua pena como membro apto para a vida e fiel ao direito, corresponde ao verdadeiro bem do condenado e à ideia de desenvolvimento da personalidade em consonância com o art. 2.º da Constituição.

Não é todavia certo, como opinam de modo unilateral alguns defensores da finalidade ressocializadora, que essa ideia justifique por si só

([31]) Sobre o assunto, acertadamente, HILDE KAUFMANN, *Gedächtnisschr f. Grünhut*, 1965, p. 1.

o direito penal e que, consequentemente, se possam descurar as etapas precedentes nas quais pode não ser eficaz. Pelo contrário, os esforços de ressocialização apenas são legítimos e bem sucedidos sob todos os aspectos no sentido descrito, dentro dos limites que atrás cuidadosamente traçámos.

Tal significa que não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídico-penais pessoas que não são culpadas de agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação colectivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade.

As consequências da garantia constitucional da autonomia da pessoa devem, pois, respeitar-se igualmente na execução da pena. É proibido um tratamento coactivo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que possua eficácia ressocializante — o que é válido tanto quanto à castração de delinquentes sexuais, como quanto à operação cerebral que transforma contra a sua vontade o brutal desordeiro num manso e obediente sonhador.

Por outro lado, também não cabe eliminar completamente da fase de execução o ponto de partida da prevenção geral, pois é evidente que a especial situação coercitiva em que entra o indivíduo ao cumprir a pena privativa da liberdade, traz consigo graves restrições à liberdade de conformar a sua vida, das quais, tendo em atenção a eficácia das cominações penais, se não pode prescindir nos crimes graves, nem mesmo quando, por exemplo, a renúncia a uma pena privativa da liberdade fosse mais útil para a ressocialização. Por isso, também será possível no futuro a suspensão da execução da pena para crimes de carácter claramente gravoso.

Todavia, tanto quanto a autonomia da personalidade do condenado e as exigências iniludíveis da prevenção geral o permitam, os únicos fins legítimos de execução são os ressocializadores. Concretamente, é inadmissível inflingir um mal a um sujeito com o mero fim de retribuição. Bem pelo contrário, como o estabelecimento da paz jurídica é o único fim que legitima a pena, esta tem de adquirir um sentido construtivo, o que também é possível quando a personalidade do sujeito não necessita de uma especial promoção terapêutico-social.

Assim, no caso limite daquele que se converteu em assassino por uma motivação irrepetível, há que executar a pena de modo a dar-se a oportunidade ao sujeito de exercitar as suas forças no estabelecimento de um modo de vida produtivo e de acordo com as suas aptidões, e de

que, dessa forma, o produto do seu trabalho chegue aos herdeiros da vítima e a pessoas necessitadas. Se se entender o conceito de ressocialização num sentido mais amplo, como reparação do dano, mesmo nestes casos pode o delinquente com o seu honrado esforço conseguir forças construtivas para a sua personalidade, em lugar de a pena de vários anos de privação da liberdade ter como consequência um embrutecimento prematuro que pode ir até ao vegetar abúlico do sujeito, como ocorre actualmente. E igualmente nas curtas penas privativas da liberdade, se deve conferir em geral um maior realce à ideia de reparação de danos.

Quando, como naturalmente sucede com a maioria dos presos, a primeira coisa que se deve fazer é conduzir a personalidade do sujeito ao caminho recto, o modo de o fazer não é moralizar em tom magistral, mas sim formar espiritual e intelectualmente, despertar a consciência da responsabilidade e activar e desenvolver todas as forças do delinquente, e muito em particular as suas especiais aptidões pessoais. A personalidade do delinquente não deve, pois, ser humilhada nem ofendida, mas desenvolvida. O criminoso, não é como pensa o leigo, um homem forte cuja vontade de animal feroz se deve quebrar, mas sim um homem normalmente débil, inconstante e pouco dotado, frequentemente com rasgos psicopáticos, e que tenta compensar por meio do crime o seu complexo de inferioridade provocado pela sua deficiente aptidão para a vida. Para o ajudar, e assim nos ajudarmos, é necessária a cooperação de juristas, médicos, psicólogos e pedagogos. Não é possível agora precisar os pormenores de tal programa de ressocialização, mas toda a gente sabe que a realidade do nosso sistema penitenciário não corresponde, em múltiplos aspectos, nem sequer às mais modestas exigências deste tipo. Todos os peritos estão de acordo que a execução da pena constitui o ponto mais débil da nossa praxis do direito penal e que necessita de uma reforma muito mais urgente que o direito material.

Por outro lado, devemos prevenir-nos face a utopias de aperfeiçoamento demasiado cor-de-rosa. Qualquer esforço ressocializador apenas pode constituir uma oferta ao delinquente para que se ajude a si próprio com o trabalho, mas fracassa inevitavelmente quando ele não está disposto a esse esforço. E sempre existirão alguns que voltarão a tropeçar por fraqueza. Nunca será possível acabar completamente e para sempre com a criminalidade. Ela inclui-se na faceta mais obscura da vida social, do mesmo modo que dificilmente se encontra uma existência individual sem falta ou sem tragédia. Mas tal facto não desvincula a sociedade da obrigação que tem face ao delinquente. Assim

como *este* é co-responsável pelo bem-estar da comunidade, aquela não pode iludir a responsabilidade pela sua sorte (32). Somente se esta compenetração provar a sua eficácia na execução da pena e na posterior reintegração do delinquente na comunidade, se poderá dizer com a consciência tranquila que a pena está justificada na sua totalidade.

IV. Com isto, chegámos ao fim. Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual. Trata-se, se me é permitido dar um nome a esta concepção, de uma teoria unificadora dialéctica, a qual deve ser claramente distinguida, tanto do ponto de vista metodológico como pelo seu conteúdo, das tradicionais teorias monistas, assim como da teoria dominante da unificação por adição. Este último ponto requer uma explicação na forma de um breve resumo:

1. As teorias monistas, quer atendam à culpa, à prevenção geral ou à especial, são necessariamente falsas, porque, quando se trata da relação do particular com a comunidade e com o Estado, a realização estrita de um só princípio ordenador tem forçosamente como consequência a arbitrariedade e a falta de verdade. Este fenómeno é-nos, aliás, familiar nas constituições estatais: tanto o domínio ilimitado do povo como o domínio de um indivíduo, classe ou partido, conduzem à ditadura. O mesmo sucede na vida económica; um liberalismo ilimitado traz consigo, inevitavelmente, como o demonstram exemplos históricos, a exploração e a opressão da maioria por uma minoria dominante; e numa economia planificada consequente, que deveria ser considerada como o oposto daquela, ocorre precisamente o mesmo, A pureza do modelo (33) constitui, aliás, uma consideração fundamental em toda a problemática social, satisfazendo certamente os partidários de doutrinas formalistas, mas nunca conseguindo abarcar toda a complexidade dos fenómenos. Vimos, de início, quais os seus resultados nas teorias da pena: a intimidação unilateral, o tratamento do delinquente sem restrições

(32) Sobre a ideia de co-responsabilidade, cfr. especialmente NOLL, *Die ethische Begrüdung der Strafe*, 1962.

(33) Cfr. numa perspectiva de teoria do Estado, E. R. HUBER, *Nationalstaat und Verfassungsstaat*, 1965, pp. 249, 269 e *passim*.

e no sentido da adaptação social e a ampla retribuição da culpa, obedecendo a um mandato metafísico, convertem o direito penal, em lugar de uma força protectora e construtiva, num instrumento de opressão que escraviza a mentalidade. A história da justiça penal, é de resto, claramente ilustrativa a este respeito.

2. Esta situação não se modifica com uma teoria unificadora aditiva, isto é, que acumule numa mera adição os diversos pontos de vista particulares. Bem pelo contrário: permitindo que se passe para primeiro plano, tanto este como aquele ponto de vista, e permitindo que se utilize, em lugar de *uma* faculdade de ingerência já em si demasiado ampla, nada menos que *três*, apenas possibilita aperfeiçoar o sistema de regulamentação. Graças a Deus que de momento não se pratica nem se defende seriamente esta teoria. Se ela é hoje invocada, tal não é mais do que um tímido pretexto da falta de pontos de vista práticos e da desorientação teórica. Mas deveria ficar assente, de uma vez por todas, que esta teoria, ou nada quer dizer, sendo bastante supérflua, ou, sendo tomada à letra, é extremamente perigosa.

3. Em contrapartida, uma teoria unificadora dialéctica, como a que aqui se defende, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Também neste ponto podemos apontar como exemplo a ordem política do Estado: as melhores constituições são aquelas que, através da divisão de poderes e de um sistema ramificado de outros controlos ao poder, integram no seu direito todos os pontos de vista e proporcionam ao particular o máximo de liberdade individual; a melhor constituição económica é a reunião dos princípios do estado social e do liberal. E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a ideia de correcção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito.

Pode denominar-se esta concepção de dialéctica, enquanto acentua o carácter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese. Tal procedimento não constitui um esquema construtivo, sendo antes previamente fixado pela natureza das coisas. Com efeito, a realidade social exige que a comunidade seja protegida de agressões do indivíduo, mas também que o indivíduo o seja de uma excessiva pressão por parte da sociedade. E o próprio delinquente constitui, por um lado, uma pessoa débil e urgentemente carenciada de um tratamento terapêutico-social e, por outro lado, há que encará-lo de acordo com a concepção de homem livre e responsável, na medida em que um ordenamento jurídico que possua uma noção demasiado pequena do homem, acaba por dar origem à tutela e à falta de liberdade. Esta dupla polaridade entre indivíduo e colectividade, e também entre o fenómeno empírico e a ideia de homem, constitui o ponto de tensão de *qualquer* problemática social, que em cada caso também se representa na sua totalidade por uma fragmentação como aquela que o direito penal contém. Uma teoria da pena que não pretenda manter-se na abstracção ou em propostas isoladas, mas que tenha como objectivo corresponder à realidade, tem de reconhecer estas antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialéctico, poder superá-las numa fase superior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é afinal o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta. Precisar em todos os pormenores esta concepção, que aqui apenas foi esboçada quanto aos seus objectivos e alguns pontos fundamentais, e levá-la à prática, eis a tarefa que em grande parte temos que enfrentar.

NOTA POSTERIOR — O presente trabalho foi escrito para introduzir os estudantes na problemática global da pena estatal; por isso se indica em notas de pé de página a literatura que me parece particularmente importante para um tratamento da matéria em profundidade. A minha concepção fundamental da «teoria unificadora dialéctica» tem sido pouco contrariada (cfr. a este respeito as tomadas de

posição dos manuais e comentários de direito penal); em contrapartida prossegue a discussão da sua concretização no que diz respeito à «culpa» constituir apenas o limite, mas não o fundamento da pena estatal. A discussão mais alargada é mantida por ARTHUR KAUFMANN in: *Dogmatische und Kriminalpolitiche Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht* (JZ, 1967, pp. 553-560). KAUFMANN objecta que a culpa, enquanto limita a extensão da pena, é uma condição necessária da pena e, portanto, também a fundamenta simultaneamente. Isto é logicamente correcto. Mas a minha ideia era a seguinte: enquanto a medida da culpa por si só limita a pena, a culpa, em contrapartida, por si só não pode fundamentar a pena. Uma conduta culposa somente justifica sanções jurídico-penais quando estas sejam necessárias por razões de prevenção geral ou especial. Deste modo, como também ARTHUR KAUFMANN concorda, os autores do Projecto Alternativo desenvolveram de comum acordo tal ideia, consagrada no § 59, 2, do P. A.: «apenas se aplicará integralmente a medida da culpa determinada pelo facto, quando a reintegração do sujeito na comunidade jurídica ou a protecção dos bens jurídicos o requeiram». O juiz deve permanecer abaixo da medida da culpa na aplicação da pena, tanto quanto o permitam as exigências de protecção especial e geral. A questão de saber se esta exigência deve ser apoiada do ponto de vista da política criminal ou se, pelo contrário, deve ser recusada por «esvaziar o pensamento da culpa», permanece até hoje objecto de viva controvérsia. A discussão iniciou-se com as conferências e debates no Congresso de professores de direito penal em Münster em 1967 (ZStW, vol 80, 1968, pp. 1-135); o artigo seguinte sobre «Franz von Liszt e a concepção político-criminal do Projecto Alternativo», tenta reconhecê-la e prossegui-la. A 1.ª Lei de Reforma do direito penal, de 25-6-1969, instituiu um compromisso pouco claro com o novo § 13, 1, do StGB, declarando por um lado, que a «culpa do agente» é «fundamento da medida da pena» (primeira fase), e, por outro, considerando também que «os efeitos da pena se podem esperar para a vida futura do sujeito na sociedade» (segunda fase), e para a «defesa da ordem jurídica» (§ 14, 1, e 23, 3). Acerca da polémica com a concepção teórica sobre a pena dos tratados de BAUMANN, JESCHECK, SCHMIDHÄUSER e STRATENWERTH, posso remeter para as minhas recenções na ZStW, vol. 80 (1968), p. 694 e ss.; vol. 82 (1970), p. 675 e ss.; vol. 83 (1971), p. 369 e ss.; vol. 84 (1972), fasc. 4. O ponto de vista da teoria retributiva aqui recusada é sustentado por MAURACH com particular clareza na recente edição do nosso Manual mais extenso sobre a parte geral (4.ª ed.,

1971): «A característica principal da pena retributiva é... a sua majestade desvinculada de fins, tal como se exprime na exigência de KANT de que, no caso de dissolução voluntária da sociedade humana, mesmo o último assassino seja castigado» *(ob. cit.*, p. 77). Sendo assim, «não deve a pena, mesmo que não exista necessidade de prevenção ou que tal necessidade seja muito reduzida (como por exemplo no caso de uma prognose social especialmente favorável para o sujeito), permanecer abaixo da medida fixada pela necessidade de retribuição justa da culpa revelada no facto» *(ob. cit.*, p. 81).

Entre a literatura dos últimos anos que se ocupa das questões tratadas neste artigo, mencionarei ainda (sem pretensão de ser exaustivo) para uma leitura subsequente:

BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, in «Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform», 1969, p. 9 e ss.

HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in GA, 1970, pp. 272-281; *Determinismus und rationales Strafen*, in ARSP, 1971, pp. 77-88.

SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed. reelaborada e ampliada, 1971 (sobre a 1.ª ed., 1963, cfr. a minha recensão in ZStW, vol. 77 (1965), p. 70 e ss.

A revista «Recht und Gesellschaft (Zeitschrift für Rechtskunde)» fornece uma boa introdução para principiantes no seu fascículo de Maio de 1971, que recolhe, com base no denominador comum, «A Pena», trabalhos de HERZBERG, CHRIST, HOERSTER, SCHOREIT e LUETJOHANN.