

Revisitando as relações entre a Política Criminal, a Dogmática (Penal) e a Criminologia: breves notas*

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Investigador integrado do CIJ – Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (FDUP)

Resumo: As relações entre a Política Criminal, a Criminologia e a Dogmática foram sendo modificadas desde a “enciclopédia das ciências criminais” até à ciência conjunta do Direito Penal. O específico modo de relacionamento entre elas é analisado à luz dos modelos de Estado de Direito historicamente surgidos, para depois se explanar uma visão hoje maioritária e que, em vários aspectos, é disputada pelo autor.

Palavras-chave: “Ciência conjunta do Direito Penal” / Dogmática (Penal) / Política Criminal / Criminologia

Abstract: The relationship between Criminal Policy, Criminology and Dogmatics has changed from the ‘encyclopaedia of criminal sciences’ to the “joint science of Criminal Law” (*gesamtes Strafrechtswissenschaft*). The specific way in which they relate to each other is analysed in the light of the models of the Rule of Law that have emerged historically, in order to explain a view that is now the majority and which, in several respects, is disputed by the author.

Keywords: “Joint science of Criminal Law” (*gesamtes Strafrechtswissenschaft*) / (Criminal) Dogmatics / Criminal Policy / Criminology

* Por vontade expressa do autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

I. Razão de ordem

As relações entre a Política Criminal, a Criminologia e o Direito Penal (Dogmática Penal) foram sempre alvo de discussão e, se bem que hoje se encontre, ao menos em Portugal e nos países da Europa continental, uma matriz de resposta comum, certo é que o tema não navega, ainda, por águas calmas.

Mais do que aludir às principais correntes que, ao longo da História das Ciências Criminais, se vêm digladiando por saber, no essencial, qual das ciências deve ocupar um lugar de primazia, interessa-nos, em estilo assumidamente ensaístico, verificar se esta é uma *vexata quaestio* com relevo prático considerável ou não. De permeio analisaremos – porque fundamental ao nosso problema de investigação – o espaço de actuação de cada uma delas e as relações que se entretecem, muitas vezes de antinomia, a reclamar uma solução do intérprete e aplicador.

Para o efeito, após uma breve referência às teorias mais destacadas sobre a matéria, enfrentaremos a questão central, usando, para o efeito, quando necessário ou conveniente, alguns exemplos concretos, a benefício de ilustração.

II. Da “enciclopédia das ciências criminais” à “ciência conjunta do Direito Penal”

Aquando do surgimento da Criminologia¹ e da sua autonomização face a outras ciências, a perspectiva reinante quanto a todas aquelas que tinham o crime como objecto de estudo era a de uma amálgama de saberes, em que não se distinguia a função específica da Política Criminal, da Criminologia ou da Dogmática Penal. Daí que a designação “enciclopédia das ciências criminais” seja usada (JIMENEZ DE ASÚA). Não deve admirar o leitor que tal suceda, se pensar, desde logo, nas Ordenações do Reino, em que o Livro V juntava normas de Direito Penal subs-

¹ Para uma referência aos seus objectos sociais, fundamentalmente ligados à etiologia do crime, hoje bastante desfasados da realidade criminológica, cf. EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. I, reimp., Coimbra, Almedina, 1968, pp. 3-8, e MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, 4.^a ed., Lisboa, Verbo, 1992, pp. 35-37. Já CLAUD ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, reimp., Madrid, Civitas, 2003, p. 46, depois de sublinhar o carácter normativo da Política Criminal e da Dogmática e o cariz empírico da Criminologia, dá-nos nota da definição desta última, que vai buscar a KAISER: “é a totalidade ordenada do saber empírico sobre o crime, os delinquentes, a reacção social negativa e o controlo dessa conduta”.

tantivo e adjetivo². Do mesmo passo, o tempo de autonomização das ciências é factor constante em todas elas, desde as ditas “exacta” às nomotéticas.

A partir de finais do século XIX, com o advento do Positivismo jurídico e com a instauração de um *Estado de Direito formal*, em que o mais relevante era assegurar os direitos dos cidadãos quanto aos desmandos do Estado, como reacção ao Absolutismo, e porque houve um incremento nas taxas de reincidência, autores como FRANZ V. LISZT defenderam um novo ângulo de análise do problema, esforçando-se por assinalar a cada uma daquelas ciências um particular campo de actuação e uma específica forma de relacionamento. Pretendia-se que as ciências criminais *hoc sensu* fossem dotadas da mesma ou de similar cientificidade que as ditas “ciências naturais”, tidas, à época, como as únicas que verdadeiramente podiam ostentar esse epíteto, por seguirem o método científico.

Assim, a Criminologia e a Política Criminal nada mais eram que ciências auxiliares do Direito Penal em sentido amplo (Dogmática, Consequências Jurídicas do Facto Ilícito-Típico e Direito de Execução das Reacções Criminais) e o papel mais destacado entre as três era ocupado pela Dogmática Penal. Entende-se esta abordagem, visto que esta última era a única dotada de conceitos e critérios mais conformes a uma ciência que deve, desde logo, na sua matriz essencial, respeitar uma grelha de análise dos problemas, como sucede com o conceito material de crime: uma conduta humana, típica, ilícita e culposa (ou com o processo de determinação da sanção). Pode dizer-se que quanto mais complexo fosse esse *iter*, mais a Dogmática seria uma ciência aos olhos dos autores de Oitocentos. A Criminologia só se relacionava com a Política Criminal, oferecendo-lhe os seus estudos, dos quais a última retirava a conclusão de punir ou não certo comportamento e de como o fazer (em termos de medida ou de específica existência de tipos justificadores ou de causas de exclusão da culpa, por exemplo). A Política Criminal ir-se-ia, depois, relacionar com a Dogmática, assinalando os comportamentos puníveis e deixando a esta última a tarefa de construção de um específico *modus aedificandi criminis*. De nada adiantava que a Criminologia se relacionasse directamente com a Dogmática, visto que ela era uma ciência empírica e a Dogmática uma ciência especulativa, apesar de “eminente prática, a trabalhar incessantemente a bem das necessidades da administração da justiça e dela recebendo sempre a

² Para um conspecto, cf. o nosso “Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III (2006), pp. 77-135.

força que vivifica”³. Dizia v. LISZT que a Dogmática Criminal era a “barreira inultrapassável” da Política Criminal, no sentido em que a construção dos tipos legais de crime (com a lógica e anterior decisão sobre a sua criminalização ou não) que pudessem ser reclamados pela comunidade no seu conjunto só o poderiam ser se respeitassem o sistema jurídico-dogmático, o que é uma afirmação de grande relevo do princípio da legalidade⁴, na formulação em que o conhecemos, a qual data exactamente do século XIX, pela mão de PAUL ANSELM V. FEUERBACH: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta et certa*. Se tal não sucedesse, estar-se-ia a abandonar o domínio seguro da cientificidade da Política Criminal e a entrar num puro diletantismo. A esta última “incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do Direito que vigora, e revelar-nos o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins”⁵.

Dito por outras palavras, a Política Criminal é alçada em instrumento de aferição da necessidade de pena no que concerne a cada um dos específicos comportamentos humanos, bem como serve para decidir se certo delito ou instituto dogmático-penal respeita as suas injunções. Daqui a incindível ligação entre a Política Criminal e o conceito de *bem jurídico*. Na verdade, não é a Dogmática que nos autoriza a identificar um dado interesse juridicamente relevante, porque socialmente importante. Tal é tarefa da ciência que, em face de perigos (ou sua percepção) concretos, determina o *se*, o *que* e o *como* da intervenção penal. O *padrão crítico* da Dogmática Criminal em que se transformou o bem jurídico deve, assim, ser procurado na Política Criminal. Esta é, por isso, a ciência que mais releva para o desenvolvimento do Direito Penal como um todo considerado, pois é aquela que permite saber que normas estão ultrapassadas e necessitam de reforma ou revogação ou, em sentido inverso, que é responsável pelas “partes móveis” da ciência do Direito Penal (neocriminalizações), garantindo que entre ele e a comunidade que serve não há um desfasamento tal que, na prática, impossibilite a aplicação das suas sanções. É o que sucede com as neocriminalizações em que as

³ FRANZ V. LISZT, *Tratado de Direito Penal alemão*, Brasília, Senado Federal – Conselho Editorial, 2006, p. 2.

⁴ Já FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 26.

⁵ FRANZ V. LISZT, *Tratado de Direito Penal alemão*, *op. cit.*, p. 3.

últimas décadas têm sido pródigas, desde alguns tipos legais nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, nos crimes ambientais, nos crimes que importam, em regra, um relacionamento íntimo (como sucede com a violência doméstica e, em certa medida, com a perseguição), na criminalidade económico-financeira e na que contende com a saúde pública, sobretudo após a pandemia da Covid-19, para a qual o ordenamento jurídico não dispunha, em geral, de um arsenal competente (internamento involuntário de infectados ou suspeitos de infecção, uma actuação mais eficaz quanto à especulação ou o açambarcamento – o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, há muito reclamava uma alteração profunda, o que, este tempo passado desde o fim da pandemia, ainda não sucedeu – e, em geral, tudo o que fossem normas impositivas da proibição do *ius ambulandi*, da concentração de pessoas, do direito de manifestação).

É também habitual relacionar-se o modo como se entretencem as relações entre as três ciências com o modelo de Estado subjacente. Sem dúvida que num modelo positivista e de Estado de Direito formal devia ser a Dogmática a principal ciência de que as outras duas seriam meros auxiliares, exactamente por se exigir uma certeza e segurança mesmo nas ciências sociais que lhes permitissem reclamar o estatuto de ciência das que aplicavam o método científico. Ora, o mais asséptico era uma dada compreensão do ilícito no âmbito de uma construção de crime que seria capaz de filtrar “impulsos populares” da Política Criminal ou os estudos de que ainda muito se desconfiava da Criminologia, em função de se tratar de uma ciência recente.

Com o trânsito para um *Estado de Direito social*, prestacionista e não já meramente abstencionista, a Dogmática não perde a sua proeminência e cada uma das ciências vale *de per se*, o que acaba por colocar em crise a ideia de ciências auxiliares. No domínio das antinomias entre as ciências, a Dogmática continua a ser o porto seguro, visto que é ela que garante, em última instância, a protecção dos direitos fundamentais⁶. Na verdade, este período corresponde também à autonomização completa da Criminologia, que ganha novos objectos e, em boa verdade, cada uma das ciências de um “Direito Penal conjunto” acaba por viver de costas voltadas para as outras⁷. Isto, todavia, não é unânime, pois autores entendem que

⁶ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 29.

⁷ *Ibidem*, p. 28.

sempre que existam antinomias entre a Política Criminal e a Dogmática, a primeira deve ceder em relação à segunda, por só os juristas terem o conhecimento “qualificado” para resolver o problema. Assim, embora se diga que não há nenhuma ciência que ocupe uma posição de maior destaque, esta concepção acaba por ser uma linha de continuidade com a anterior, no que contende com o papel mais relevante da Dogmática⁸. Do mesmo modo que, depois de afirmar que o hodierno Direito Penal não pode viver enclausurado sobre si mesmo, mas só cumpre a sua missão aberto às outras ciências, ROXIN⁹ acaba por concluir que a Dogmática é a disciplina de base, por ser ela que detém as técnicas de transformação de factos sociais desvaliosos em crimes (ou factos ilícitos-típicos). Voltaremos aqui em jeito de crítica.

III. O entendimento hoje maioritário

Com alterações de pormenor, podemos divisar hoje uma concepção maioritária que assenta em alguns dados. A Política Criminal relaciona-se com a Criminologia de tal modo que aproveita os seus conhecimentos empíricos para depois os verter em Dogmática. O papel mais importante é, nessa sequência, o da Política Criminal, que funciona como *entreposto de valoração crítica* da Dogmática, sendo que a Criminologia continua a relacionar-se de modo directo apenas com a Política Criminal, por não ser frutífera a relação entre uma ciência normativa e uma empírica. Independentemente de algumas variações, a Política Criminal e a Criminologia não perdem o seu papel de ciências auxiliares do Direito Penal *lato sensu*¹⁰.

JESCHECK¹¹ define a Criminologia como uma ciência empírica que trabalha com dados de facto e que, por isso, se serve de métodos de distintas ciências naturais e sociais, pelo que pode ser designada como um “ramo científico interdisciplinar”. A Criminologia ocupa-se, sem se sujeitar ao conceito jurídico de crime, “da personalidade do infractor do Direito, do seu desenvolvimento, da sua forma de ser física e psíquica e das possibilidades de sobre elas operar de modo terapêutico,

⁸ De modo claro, DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, t. I, Coimbra, Geslegal, 2021, pp. 354-37.

⁹ *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, *op. cit.*, p. 22.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Granada, Comares, 2002, p. 50.

das formas de manifestação do delito, suas causas, seu significado social e pessoal, assim como da forma como os seus efeitos têm relevo ao nível dos meios de reacção criminal. (...) [A] colaboração do penalista com o criminólogo é imprescindível, uma vez que a Criminologia fornece ao primeiro os conhecimentos extraídos da realidade que podem ser necessários para a legislação". Não obstante, para o autor, o núcleo duro continua a ser a Dogmática, sendo a Política Criminal "a ponte entre a Dogmática Penal e a Criminologia"¹².

Por sua vez, entre nós, FARIA COSTA¹³ entende a Criminologia como "um conjunto orgânico de conhecimentos, experimentalmente determinados, sobre o crime, a conduta social negativamente relevante e ainda sobre o controlo de tal comportamento". Defende, como JESCHECK, que até devido à grande variabilidade dos resultados a que chega, fruto do método empírico que usa, ela se relacione directamente com a Política Criminal, que, assim, funciona como um "*trait d'union*" entre a Dogmática e a Criminologia. Igualmente concede à Política Criminal um lugar de primazia, avançando uma sua definição como a "soma de princípios a cuja consideração se deve adequar qualquer acto de actividade legiferante".

FIGUEIREDO DIAS, partindo de uma *concepção teleológico-racional e funcional*, começa por uma questão metodológica. Segundo ele, o mais relevante na interpretação de uma qualquer norma penal é o *pensamento do problema* e não o *pensamento do sistema*. Deve partir-se da situação fáctica concreta, segregada pela vida social, para, depois, a confrontar com o sistema dogmático e verificar onde ela se enquadra. Seria, portanto, um método de subsunção jurídica. No entanto, pode suceder que a projecção do problema no sistema conduza – e agora dizemo-lo nós – a resultados indesejáveis, como a falta de tutela penal, a existência de mais do que uma norma que se deseje aplicar ou a consideração de que encontrar no sistema resposta para aquele problema seja injusto. Ora, partindo da ideia de que a Justiça deve ser o último reduto – o fim último – de qualquer ramo do Direito, a inexistência de tutela penal não causa grande preocupação, pois é a materialização prática da subsidiariedade da Dogmática. O máximo que merecerá ponderação é se não estaremos perante uma matéria que seja digna de tutela penal, para o futuro, no que será uma resposta a dar em conjunto com a Política Criminal e a Criminologia. Se, ao invés, a reacção do sistema for apontar várias normas aplicáveis, o

¹² *Ibidem*, p. 47.

¹³ *Direito Penal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2017, pp. 47 e 78-80.

regime do concurso aparente resolverá a situação e dará ao intérprete a certeza de que aquele “pedaço de vida” reclama efectivamente a atenção criminal. Por fim, se a resposta dada pelo sistema for injusta, mas tecnicamente correcta, trata-se de uma chamada de atenção para que o legislador a modifique, uma vez que o princípio da legalidade nos impede de afastar a sua aplicação. Ter-se-á descoberto um espaço de *overinclusiveness*. Por seu turno, a conclusão de que aquele facto da vida social não encontra tutela penal quando o deveria, por contender com bens jurídicos fundamentais, e não sendo adequada a tutela de outros ramos, faz-nos concluir pela existência de uma verdadeira lacuna que importa colmatar, sempre obedecendo ao art. 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e ao art. 1.º, n.º 3, do Código Penal¹⁴. O destaque do pensamento do problema sobre o do sistema é aquele que melhor consegue identificar os “espaços livres de Direito Penal”, bem como aqueles que não devem merecer a sua atenção [porque nunca o deveriam ter tido ou na medida em que o tiveram, mas as actuais circunstâncias sociais impõem um afastamento total do Direito Penal (descriminalização pura: art. 2.º, n.º 2), a conversão em contra-ordenação (descriminalização especial: art. 2.º, n.º 4) ou uma despenalização]. E a resposta a esta e outras inquietações só pode ser dada pela Política Criminal, que vive em “unidade axiológica” com a Dogmática¹⁵. Também se encontra eco em autores como ROXIN e ZIPF¹⁶, que, na década de 1970, já haviam propendido para uma “unidade funcional” entre a Política Criminal e a Dogmática, em que as duas ciências estariam em igualdade de circunstâncias, o que também se devia ao facto de cada uma delas estar dotada de um certo campo de actuação. Reconhece-se o desenvolvimento da Criminologia, sobretudo marcado por mais objectos de estudo, mas passa a advogar-se que esta se relacione com a Dogmática apenas, o que será alvo das nossas críticas.

Nesta concepção hoje maioritária, ao menos entre nós, é usual dizer-se que a Política Criminal é *transdogmática e extra-sistemática quanto à Dogmática*¹⁷. O que se pretende dizer com o primeiro termo – e trata-se já de formulação da nossa lavra –

¹⁴ Doravante, qualquer referência a uma norma sem indicação da fonte será atinente ao Código Penal.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 35.

¹⁶ DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal. Parte Geral, t. I, op. cit.*, pp. 39-41.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 39.

é que o conjunto de princípios e regras que permitem identificar os bens jurídicos carecidos de amparo legal e que lhes liga uma dada formulação vive para além de uma qualquer Dogmática. Se o sistema segue a tese do ilícito objectivo ou do ilícito pessoal, se se admitem ou não categorias como a dos crimes abstracto-concretos, de empreendimento, cumulativos, é algo que não releva para a Política Criminal, por ser domínio da Dogmática. No entanto, a existência ou não da necessidade de tutela penal dada pela Política Criminal está identificada. Sobre ela, a Dogmática apenas pode encontrar a melhor forma técnica de a acomodar no sistema. Quanto a ser extra-sistemática por relação com o Direito Penal *hoc sensu*, este caractere não está longe do anterior. Por ele visa-se sublinhar que a Política Criminal não faz parte do sistema penal dogmático e que dele tem autonomia. Aliás, não fora essa autonomia e não funcionaria como padrão de avaliação crítico de comportamentos que são chamados ou removidos da Dogmática. Veja-se o exemplo de um tipo legal de delito de furto simples (art. 203.^o) que era punido com pena de prisão de 8 a 16 anos, exactamente aquela que está prevista para o homicídio simples do art. 131.^o. Sendo a Política Criminal extra-sistemática, vai poder avaliar se a estatuição da norma deve ou não ser alterada, por exageradamente desproporcional (art. 18.^o, n.º 2, da CRP). Se integrasse o próprio sistema dogmático, estava imerso naquela realidade e podia não se dar conta desta completa falta de sintonia entre os mandamentos político-criminais e a construção dogmática. Por outro lado, refere-se que a primeira é intra-sistemática quanto à concepção de Estado, ou seja, que ela é imanente ao sistema jurídico-constitucional¹⁸. Daqui resulta, em nosso juízo, que a Política Criminal não vive desgarrada da tessitura social em si mesma considerada, ou seja, ela será diversa num Estado de Direito democrático e social, num Estado autoritário, autocrático, ditatorial ou mesmo anárquico. E isto porque os valores fundamentais que dão corpo àquela sociedade encontram reflexo na Política Criminal, de novo porquanto, se assim não fosse, ela nunca poderia servir de padrão crítico. Por isso mesmo, deve estar imbuída dos princípios e das regras fundantes e fundamentais de cada Estado, o que vale por dizer que, em função das orientações político-criminais que estiverem em cima da mesa, rapidamente chegaremos ao real estado daquele Estado. Por fim, neste conspecto da posição mais difundida entre nós¹⁹,

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 43-44.

continua a defender-se que uma ciência empírica como a Criminologia não deve relacionar-se directamente com a Dogmática, pois tal seria infrutífero, cabendo à Política Criminal o papel de mediador entre ambas.

IV. De como vemos o problema

1. A primeira questão que nos inquieta consiste em saber se as três comumente designadas por “ciências penais” devem ou não ter um campo determinado de actuação, dentro do qual apenas elas desempenham a sua função. Uma resposta afirmativa seria a assunção de que estamos em face de um sistema que, para funcionar, necessita exactamente de limites claros, até para facilitar a sua apreensão sistemática. Dito de outra forma, a resposta afirmativa dá ao sistema uma segurança e certeza aplicativas de não pequena monta, tornando-a perceptível por juristas e não-juristas, descomplexificando o sistema, *rectius*, atribuindo-lhe apenas aquela que é essencial para que o mesmo funcione.

Quando nos referimos a *sistema* não significa que sejamos adeptos de uma visão funcionalista e sistémica em geral e, em especial, ao nível do Direito Penal. Defendemos sim que esta ciência, tomada em termos *conjuntos*, se se preferir, tem por desiderato fundamental afirmar valores, baseando-se numa axiologia que encontra eco na Lei Fundamental e, depois, em todos os instrumentos de Direito ordinário. É esta, cremos, a forma mais democrática e conforme aos ditames do Estado de Direito da função que assinalamos ao Direito Penal: uma ordem de princípios e regras jurídicos que proíbem ou impõem um certo comportamento activo ou omissivo ancorada naquilo que é a Carta Magna que a comunidade se dá a si mesma. Assim, evitamos os riscos de aprisionamento por concepções morais, éticas, estéticas, religiosas ou outras. Riscos estes que são reais quando, falando apenas do Direito nacional, se discutiram as hipóteses em que a interrupção voluntária da gravidez não é crime (art. 142.º), se introduziu muito recentemente a eutanásia (art. 134.º, n.º 3, e Lei n.º 22/2023, de 25/5), se terminou com uma violação clara do princípio da igualdade no delito de abuso sexual de adolescentes em que se a relação fosse homossexual não se tinha de provar a “inexperiência da vítima”, ao contrário da sua versão heterossexual (art. 173.º)²⁰, para já não falarmos da localização sistemática e do

²⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html> (todos os sítios da internet referidos neste trabalho foram acedidos

bem jurídico que se tinha por protegido na versão inicial do Código Penal de 1982, em que os ditos “crimes sexuais” estavam inseridos nos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade e, dentro destes, nos delitos contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade (arts. 201.º e segs.), bem como da previsão de que qualquer pessoa – homem ou mulher – pode ser vítima de um crime de violação (alteração de 1998 ao art. 164.º).

Os valores com os quais o Direito Penal trabalha são, como se disse, aqueles que se acham recolhidos em toda a Constituição, mas naturalmente mais nos direitos fundamentais. Esta asserção implica que o nosso ramo de Direito, como toda a ciência jurídica, se subordina ao modelo de sociedade escolhido, pelo que não impressionam – neste sentido – normas como as da punição da homossexualidade em Marrocos ou na Tunísia, por exemplo, o não trajar de uma dada forma no Irão e em outros Estados do Médio Oriente. Essencial se torna que retiremos as nossas lentes de cidadão ocidental acostumado ao *Rechtsstaat* para compreendermos o que sucede em outras latitudes muito diferentes da nossa. Observar, conhecer, estudar não significa concordar. E não o dizemos sobretudo quanto aos estrangeiros, pois esses acham-se imbuídos de um caldo de cultura que, mesmo partindo para a análise dos problemas como uma *tabula rasa*, nunca conseguirão fazer uma total suspensão metodológica à maneira de BACHELARD. Referimo-nos, pois, aos cidadãos desses Estados que, em face do comportamento de quem detém o poder e/ou devido às influências da aldeia global em que vivemos, do interior (muitas vezes também com o auxílio interessado e interesseiro do exterior, em especial no tempo em que escrevemos e em que já estamos perante uma 2.ª Guerra Fria com potencialidade para extinguir todas as espécies) criam mutações constitucionais que podem ser verdadeiras rupturas ou simples mudanças mais ou menos cirúrgicas.

Esta *relatividade dos valores*, no sentido em que os grupos sociais podem escolher governar-se por determinados princípios de acção diversos uns dos outros, não leva envolto qualquer juízo axiológico. Não o pode, desde logo por uma questão de respeito pela soberania das pessoas, das comunidades e dos Estados, mas também porque não está provado que o modo de funcionamento das sociedades

em Maio de 2024). Veja-se, ainda, RICARDO G. BARROSO/ANDRÉ LAMAS LEITE/CELINA MANITA/PEDRO NOBRE, “Between public agenda and the emergence of intervention programmes: sexual offenders within the Portuguese context”, in *Sexual Offender Treatment*, 6, 2 (2011), pp. 1-10.

ditas “ocidentais”, “desenvolvidas”, “democráticas” seja necessariamente melhor que, por exemplo, uma teocracia. Naturalmente que numa outra escala – e pensando em sistemas jurídicos próximos, que beberam da mesma matriz civilizacional e cultural – as sucessivas normações da União Europeia em sede criminal visam um escrínio de princípios comuns a todos os Estados-Membros e que, por isso, devem estar plasmados em lei, deixando-se, como por definição sucede nas directivas ou nas decisões-quadro (os instrumentos de Direito europeu derivado mais usados para esse fim), para os Estados liberdade de forma e do estabelecimento do *quantum* sancionatório. A liberdade de escolha dos Estados não deve ser unilateral, ou seja, reconhecemos os nossos tipos legais e os de países próximos devido ao seu *background* comum e entendemos que esses são os “certos” e todos os demais são atrasos civilizacionais inadmissíveis ou penas cruéis ou degradantes. Que as punições corporais ou a lapidação, por exemplo, fazem parte desse conjunto de penas que ostentam esse rótulo não nos merece dúvida. Mas então isto não entra em choque com o que *supra* se deixou dito sobre não haver melhores ou piores formas de *ius puniendi*? Não cremos, desde que se proceda à explicação devida. Num *plano principiológico*, desde que as normas penais se achem numa linha de continuidade com as Constituições dos Estados, não lhes podemos censurar nada numa visão formal. Coisa diferente sucede no momento em que nos aproximamos da materialidade. Aí, seja por via do “Direito Natural”, seja por qualquer outra construção de *ius cogens*, por exemplo, teremos um instrumento de “medição” da conformidade ou desconformidade do *Tatbestand*, mas em especial da *Rechtsfolge*, face a um conjunto de princípios que – julgamos – se podem caracterizar à volta de uma noção antropocêntrica²¹. O que se questiona é se aquele específico *modus aedificandi criminis* viola ou não a *dignidade da pessoa humana*, bem como as correspondentes sanções. Sabemos todos da cada vez menor capacidade de rendimento dogmático do conceito em mérito, fruto de um uso e abuso que dele se tem feito. Todavia, não excogitamos outro que o possa substituir. É evidente que esta resposta leva implícita uma ideia de que uma norma não é necessariamente jurídica porque respeita o processo legislativo e todas as exigências

²¹ O que é um problema distinto, mas com conexões óbvias com a questão de saber se existem obrigações constitucionais de incriminação. *Inter alia*, veja-se o nosso “Obrigações de criminalização nos textos constitucionais? (Breves) notas soltas”, in *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 20, n.º 119, Abr./Maio de 2024, pp. 120 e segs.

meramente formais, mas deve-lhe ser sim reconhecida uma valia axiológica ou apenas funcional, conforme a perspectiva filosófica de que se parta. Se tal não acontecer, então, segundo cremos, nem sequer há norma jurídica, dentro da concepção de que existem valores supra-constitucionais e supra-estaduais.

2. Assim enquadrados, afrontemos agora o problema de saber se há ou não vantagens no aglomerado das ciências criminais, ao modo de uma “enciclopédia”. Segundo esta concepção, não havia nenhuma distinção entre Política Criminal, Criminologia e Dogmática, sobretudo por se não saber com exactidão o que cada uma delas era. Por outro lado, quando se falasse em “penal”, tudo estaria contido na expressão, tornando o seu uso muito mais fácil e, sobretudo, operativo. Nada que nos deva admirar, pois as ciências necessitam de tempo e labor até se autonomizarem, bastando lembrar o que sucedeu com o Direito do Trabalho, em tempos mais recuados, com o Direito do Desporto, mais próximo de nós, e, até, o Direito da Moda com cursos em Universidades. Considerar um conjunto de normas e princípios jurídicos em volta de um certo fenómeno humano e social, i. é, dar-lhe a “carta de alforria”, sempre foi visto como o desiderato último dos seus cultores. Porém, em boa verdade, essa fronteira externa que se visa desenhar face a outros ramos de Direito só se efectiva quando também existem *fronteiras internas, intrínsecas* à própria ciência jurídica. Não é pelo facto de os crimes contra o património terem certas normas particulares que os tornam num autónomo ramo de Direito Penal: as regras da Dogmática são as mesmas. Por mera comodidade de linguagem e em sentido impróprio, podem assim ser designadas, mas sem perder de vista a raiz de onde procedem. Veja-se, aliás, que, no Direito Penal, a única verdadeira *summa divisio* conhecida é entre o Primário ou de Justiça e o Secundário ou Económico-Financeiro. E, como se se tratasse da “lei do eterno retorno”, o que distingue cada um deles é exactamente haver ou não ressonância na consciência ético-jurídica de certos tipos legais de crime e, por consequência, de determinados bens jurídicos, ou melhor, de certas formas em que se recortaram esses bens jurídicos para os cobrir com o manto penal. Assim, o art. 209.º, n.º 2, não encontra ressonância na generalidade da população, que, ao violá-lo, não actualiza na sua consciência que estará a cometer um delito mas, no máximo, uma “incivilidade”, algo contrário à ética ou à religião. Daí a necessidade que sentimos sempre em sublinhar que as normas de Direito Penal Clássico são aquelas que estão *tendencialmente* contidas no Código Penal. O movimento inverso é também verdadeiro,

bastando recuar à pandemia provocada pelo vírus SARS-Cov2 para nos recordarmos que os casos de açambarcamento ou de especulação, embora contidos no DL n.º 28/84, de 20/1, integram normas de Direito de Justiça.

Retirando as vantagens de uma certa simplicidade que mais parece simplismo, as desvantagens numa abordagem complexiva global dos blocos formados pelas três ciências criminais são muito superiores, impossibilitando o modelo. Só através da adscrição de cada uma delas a um certo âmbito de aplicação poderemos evitar largas zonas de confluência que, visto cada uma delas seguir uma determinada *intentio*, vêm introduzir ruído no sistema até ao ponto em que é possível não se chegar a qualquer decisão. Isto não significa – longe disso – que não existam sempre zonas de confluência, que, desde que não impeditivas de uma resposta à problemática, apenas significam que aquele “pedaço de vida” (FIGUEIREDO DIAS) pertence, efectivamente, à “ciência conjunta do Direito Penal”. Vejamos um exemplo: a recente alteração no sancionamento do consumo de estupefacientes teve uma motivação político-criminal que é suportada por estudos criminológicos. Estes vêm-nos dizendo que a fronteira entre tráfico e consumo é essencial (mas também ténue, embora nas normações técnicas o não possam ser), uma vez que os consumidores necessitarão de tratamento e não da aplicação de sanções criminais, por estas serem ineficazes em sede do que delas se espera – art. 40.º, n.º 1. Onde se traça essa mesma linha deve ser dado ao legislador pela Criminologia. Ora, este é, porventura, um dos domínios em que melhor se surpreende esta última ciência como interdisciplinar, como um “arquipélago” (CÂNDIDO DA AGRA)²², porquanto são os conhecimentos da Medicina Legal, em especial da Psiquiatria e da Toxicologia Forenses, que irão transmitir ao legislador o *quantum* diário necessário para os dependentes dessas substâncias. Cabe depois à Política Criminal decidir se vai ou não segmentar os destinatários da lei entre aqueles que devem ser tratados como doentes e os que serão criminosos. E, por fim, as normas jurídicas emanadas da Política Criminal são conformadas pelos conhecimentos da Dogmática, decidindo esta, *v. g.*, se estamos perante um crime de perigo ou de dano, se existe ou não alguma condição objectiva de punibilidade, se aquela situação reclama uma qualquer nova causa de exclusão da culpa ou, pelo menos, um diverso entendimento dos elementos que se exigem para o seu preenchimento, se deve ocorrer alguma especificidade ao nível do Processo Penal (por exemplo, ao nível da prova).

²² *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto, U. Porto Press, 2012.

3. Pelo exposto e pelo mais que se dirá de seguida, parece-nos claro que *é a Política Criminal que ocupa o lugar mais destacado de entre as três ciências que têm por objecto o crime ou, se se pretender, sobretudo devido à Criminologia, a déviance*. Não temos por particularmente relevante a posição ocupada por cada uma delas, visto que só da consideração e da actuação harmónica de todas existe o *outcome* pretendido. Todavia, pode, eventualmente, a definição de uma hierarquia ser importante quando existirem conflitos entre a Política Criminal, a Criminologia e a Dogmática.

Assim, é indisputado que a primeira ocupa a posição mais destacada, já que assinala o *se*, o *que*, o *como* e o *porquê* da intervenção do Direito Penal *lato sensu*. É ao legislador democraticamente eleito que cabe, nos termos do art. 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, decidir *se* haverá intervenção criminal porque ela se justifica em virtude dos princípios da necessidade, da adequação e da subsidiariedade penais, fazendo sempre uma leitura do tempo e do lugar em que actua e para quem essas normas se destinam.

Com o ilícito de mera ordenação social (*Ordnungswidrigkeiten*), o legislador passa a deter uma margem mais ampla para lidar com acções e omissões humanas que, não merecendo a tutela penal, não podem quedar impunes. Já se não pode afirmar que as contra-ordenações desempenham somente um papel de garantia da boa organização social e que não contendem com os bens jurídicos essenciais. E isto devido ao conhecido *movimento de fuga do Direito Penal para o Direito de Mera Ordenação Social*, que tem hipertrofiado e descaracterizado o primeiro. Com as chamadas “grandes contra-ordenações”, o fenómeno tem ficado cada vez mais claro. Neste sentido, vivemos num tempo, a este propósito, de “burla de etiquetas”. Muitas condutas sancionadas como contra-ordenações deveriam ser, na verdade, delitos. A destriça entre ambos os ramos²³ pode fazer-se através da sanção que se liga a um dado *facere* ou *omittere*, dizendo, ao fim e ao cabo, que a distinção encontra grandes dificuldades se se ficar pelo bem jurídico protegido, razão pela qual o único critério operativo é saber se há ou não aplicação de uma coima e eventualmente de sanções acessórias. É um critério operativo, por certo, mas que

²³ É hoje essencial a dissertação de doutoramento de NUNO BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, *passim*. Também com interesse, com diferente abordagem, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

nada nos diz em relação ao *conteúdo do ilícito*, que, cremos, deveria ser o critério distintivo, visto que a sua feição *qualitativa* deve prevalecer sobre a quantitativa. É óbvio que este é um tema complexo e que na economia deste escrito apenas consente algumas palavras. Palavras estas para defender que, em nosso juízo, o legislador deveria rever todo o Direito Contra-Ordenacional e decidir se o mesmo deve manter-se como formalmente se encontra ou se o bem jurídico subjacente o deve fazer ascender à tutela penal. Em poucas palavras e de novo: um critério qualitativo e não quantitativo. Cremos de sublinhar a urgência desta distinção, não apenas por motivos político-criminais, mas também dogmáticos. Na verdade, o ilícito contra-ordenacional transformou-se numa manta de retalhos ao nível da sua aplicação, na medida em que o DL n.º 433/82, de 27/10 (regime geral das contra-ordenações) é cada vez mais de aplicação subsidiária ou mesmo totalmente afastado por normação especial dos mais variados domínios da vida social, que prevêem soluções contrárias (*v. g.*, a existência ou não da proibição da *reformatio in pejus* como garantia recursória para o arguido). A Criminologia pode ser também aqui útil, quanto às percepções comunitárias de um dado facto como contra-ordenação ou crime, o que auxilia o legislador na sua tomada de decisão. Do mesmo modo, a determinação do grau de reincidência nas hipóteses de delito ou de contra-ordenação constitui um outro campo de actuação criminológica de interesse para a problemática abordada.

Quando se diz que a Política Criminal desempenha o *se punir*, estamos a lidar com os conceitos de (neo)criminalização e de descriminalização, mas também de despenalização, que consideramos como as “partes móveis” do Direito Penal, visto que lhe permite adequar-se à realidade cada vez mais multímoda. A Criminologia deve fornecer ao legislador estes dados, ou seja, por exemplo, no caso de (neo)criminalização (pensemos na tutela penal dos animais de companhia, como ilustração), se existe ou não um consenso comunitário sobre o tema, se a comunidade consideraria melhor a intervenção penal ou contra-ordenacional, qual o nível de punitividade que a sociedade está disposta a atribuir a tais ilícitos, *inter alia*. Para tudo isto dispõe a Criminologia de ferramentas próprias, de cariz quantitativo, qualitativo ou de junção das duas metodologias numa só. Uma vez decidida a intervenção do Direito Penal, baseada em dados seguros da Criminologia, cabe à Dogmática a concretização dessa mesma vontade do prisma da pura técnica legislativa. Ora, também aqui o exemplo dos arts. 387.º e 388.º (protecção dos animais de companhia) é eloquente, porquanto o legislador ordinário decidiu criar

tipos legais sem curar da sua conformidade constitucional. Estamos, neste momento, perante uma situação complexa, em que há vários acórdãos do Tribunal Constitucional que se pronunciaram pela inconstitucionalidade material por falta de referente nos bens jurídicos do texto fundamental e outros que conseguem encontrar ainda um reflexo desses interesses jurídicos. A incerteza jurídica reina até que aquele Tribunal se pronuncie através de um aresto com força obrigatória geral ou que o legislador decida alterar a Constituição, de modo a que, de jeito expreso, tal protecção não levante dúvidas. Assim fez a Alemanha, em que o legislador constituinte introduziu o art. 20a na *Grundgesetz*, onde se lê: “[o] Estado protege os fundamentos naturais da vida e dos animais, também a favor das gerações futuras, no quadro da ordem constitucional, através da legislação e, de acordo com o Direito e a justiça, através do poder executivo e da administração da justiça”²⁴. Este descuido do legislador ordinário poderia ter sido evitado se, antes de a norma ser aprovada, se tivessem considerado os dados fornecidos pela Criminologia, visto que estes poderiam indicar que bem jurídico é que os cidadãos identificavam numa situação fáctica que lhes seria fornecida, ou mesmo através de análise de entrevistas semi-estruturadas com os principais *stakeholders*, procurar-se-ia compreender quais as principais dificuldades sentidas na tutela do bem-estar animal, o que nos conduziria, se não ao específico bem jurídico, ao menos a mostrações que lhes seriam próximas e que teriam o condão de demonstrar ao legislador que o texto constitucional *qua tale* podia não ser suficiente para garantir a manutenção das normas dentro de margens admissíveis de constitucionalidade. No que tange à Dogmática, mantendo-nos nos problemas derivados da escolha sobre *se* se deve ou não punir, é também um dado que todas as análises de um crime envolvem, *ab initio*, a dilucidação sobre o bem jurídico. Portanto, neste concreto exemplo, falhou não apenas a desconsideração, *rectius*, o total esquecimento, dos dados criminológicos, mas também o nível inicial da análise dogmática. Esta é mais uma das razões pelas quais o legislador deveria sempre usar a Criminologia como ponto prévio da decisão de criminalizar ou não, uma vez que o recorte do bem jurídico, sendo uma tarefa hermenêutica, comporta um maior nível de subjectivi-

²⁴ Nossa tradução de “Art. 20a: Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung”.

dade, razão pela qual pode falhar com maior frequência o trabalho dogmático. Se a este juntarmos o labor criminológico, reduz-se consideravelmente o risco de inconstitucionalidade material.

O que punir é, como se disse já, igualmente uma tarefa político-criminal. Nela, o legislador, tendo em conta a dignidade, a necessidade, a tutela de ultima ratio do nosso ramo de Direito, mas também o seu viés fragmentário, escolherá, de entre os comportamentos violadores de bens jurídicos, as situações fácticas que merecem ser levadas ao conjunto de acções e omissões recobertas pelo Direito Penal. Uma vez mais, não o deverá fazer sem os dados da Criminologia, que, aqui, por exemplo, pode dar uma importante ajuda com conceitos como os de insegurança objectiva e subjectiva, o que habilitará o legislador a saber se estamos perante um problema com feição real e justificada ou se, ao invés, existe apenas um sentimento de insegurança, uma insegurança percebida que, muitas vezes, não tem adesão aos números. A Dogmática desempenha o papel de auxiliar a Política Criminal a construir os tipos legais de acordo com o campo de intervenção assim delimitado: se deve haver uma antecipação da tutela penal por via da construção de crimes de perigo em detrimento dos de dano (e, dentro dos primeiros, se se deve ir tão longe quanto é sempre a proposta de um crime de perigo abstracto) ou mesmo se se deve fugir à regra da não punição dos actos preparatórios (art. 21.º). Não é só ao nível do tipo-de-ilícito objectivo que a Dogmática desempenha um importante papel, mas também no âmbito subjectivo, podendo tratar-se de tipos legais de crime (como sucede com os arts. 224.º e 235.º) em que a actuação do agente apenas se puna se praticada com dolo directo ou necessário ou em que, para além do elemento subjectivo comum [o chamado “dolo natural”, ou seja, o conhecimento (elemento intelectual) e a vontade (elemento volitivo) de realização do tipo objectivo], se exijam elementos subjectivos especiais, como particulares direcções de vontade ou tendências²⁵.

A Política Criminal também define *como* punir. Alcançada a conclusão de que estamos perante um sector da vida social que reclama a tutela penal, em boa verdade já não está em causa o problema de saber se a dita tutela tem mesmo de ser criminal ou se basta ser contra-ordenacional. Tal juízo já foi empreendido no momento do *se* punir, pois quando o legislador ordinário, actuando nas vestes de in-

²⁵ Sobre o tema, A. M. DE ALMEIDA COSTA, *Elementos subjectivos especiais do ilícito-típico*, Coimbra, Almedina, 2023.

térprete legítimo da Política Criminal, decidiu que havia necessidade de o Direito Penal se aplicar àquela situação concreta, o juízo quanto à conveniência e necessidade do nosso ramo de Direito já estava implícito. Assim, este *como* punir contende, desde logo, com a estatuição da norma, decidindo-se se se justifica a previsão, na moldura penal abstracta, da pena de prisão e/ou da pena de multa, para além das sanções acessórias. Em função da moldura abstracta, temos igualmente a possibilidade de aplicar ou não uma pena substitutiva²⁶, embora, como se saiba, o sistema de determinação da sanção tem em conta, neste particular, a pena aplicada e não a aplicável. Donde, esta questão político-criminal encontra-se profundamente vinculada ao que vimos a propósito de *o que* punir. É ela o campo de actuação por exceção da Dogmática, com os exemplos que vimos de fornecer.

Quando nos referimos às perguntas a que a Política Criminal visa dar resposta, que é o mesmo que saber que funções ela ocupa, aludimos também ao *porque* punir. Trata-se de saber quais as finalidades punitivas que se visam concretizar com a criação do tipo legal de crime. Sobre a matéria, desde 1995, como se sabe, o legislador – em movimento que não encontra grande eco nos diplomas congêneres de países que nos são jurídica e culturalmente próximos – passou a fornecer ao intérprete a actual redacção do art. 40.º, n.º 1, sendo taxativo nas funções desempenhadas pelas medidas de segurança e penas (todas elas, principais, acessórias e de substituição, aplicadas a pessoas singulares ou colectivas e entes equiparados): protecção de bens jurídicos e ressocialização²⁷ do agente. Não é este o momento ou o local para desenvolvermos a sempiterna questão dos fins das reacções criminais²⁸, mas sempre se dirá que o resultado hermenêutico mais directo aponta no sentido da prevenção geral positiva e da especial, também positiva, embora não seja de pôr de parte que, sempre que não for possível este tipo de intervenção, entrarão em linha de conta as feições negativas das duas modalidades preventivas. Assim, responder ao *porque* punir constitui-se um fundamento *a se* das reacções criminais, a sua verdadeira teleologia. Se a resposta à questão deve surgir no início do processo dialético da Política Criminal com as demais ciências penais ou só no final é mais complexo do

²⁶ Matéria que estudámos em *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015.

²⁷ Sobre o modo como hodiernamente deve ser entendido o conceito de ressocialização, cf. o nosso “Ressocialização, hoje? Entre o mito e a realidade”, in *Revista do Ministério Público*, 156 (2018), pp. 75-119.

²⁸ Entre tantos, veja-se o nosso “Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in *Julgare*, 32, 2017, pp. 203-232.

que à primeira vista nos surge. Poder-se-á argumentar que, antes de tudo o mais, o legislador deve saber com que finalidade é que se demanda a sua intervenção, por ser o dito étimo fundante da sua intervenção. Por outro lado, não é fora de hipótese cogitar que após responder a todas as demais perguntas o legislador encontra agora uma outra questão que podemos apelidar de *fechamento da abóbada do sistema* e que pode servir de critério aferidor de todo o percurso trilhado anteriormente. Embora se não trate de uma problemática de grande alcance, entendemos que o mais lógico é que esta resposta ao *porque* punir deva estar no início do *iter*, uma vez que funciona como critério heurístico de todo o processado subsequente: tem sentido que a decisão sobre *se* punir se faça à luz do *porque* punir, visto que este fornece ao primeiro limites que o ajudarão a concretizar-se na prática. Dito por outras palavras, os fins das sanções criminais são um fio condutor de todo o discurso de (neo)criminalização ou de descriminalização, ocupando, em consequência, um lugar elevado nesta hermenêutica.

4. Uma outra questão que habitualmente se coloca no tópico que escolhemos para este estudo é a de saber se as três ciências devem ser consideradas “principais” ou se alguma ou algumas delas são meramente auxiliares de outra ou outras. É evidente que tudo depende do ângulo de análise. Se se está somente a pensar na Criminologia e no seu estudo, poder-se-á dizer, com meridiana clareza, que as outras duas são auxiliares, no sentido em que os seus conhecimentos colaboram naquilo que é o seu resultado final. Esta afirmação solipsista de cada uma das ciências do Direito Penal surge-nos como altamente redutora e até desnecessária.

Sabemos que o habitual – mesmo agora – é escrever-se que a Política Criminal e a Criminologia são apenas ciências auxiliares da Dogmática. Não podíamos estar mais em desacordo. Esta concepção parte de uma certa soberania da última, a ideia segundo a qual as outras duas não têm o arcabouço teórico e técnico da Dogmática. Quase faz lembrar os ensinamentos kelsenianos de um sistema auto-referencial ou auto-poiético²⁹, fechado sobre si mesmo e recolhendo aquilo que lhe

²⁹ GUNTHER TEUBNER, *O Direito como sistema autopoiético*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Entre nós, com todo o interesse, CÂNDIDO DA AGRA, “Sujet autopoiétique et transgression”, in P. Mardaga (ed.), *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice pénale*, Liège, Pierre Mardaga, pp. 415-426, e, mais recentemente, “A Epistémè das Ciências Criminais – exercício empírico-teórico”, in Manuel da Costa Andrade et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 545-578.

vai sendo útil. Em primeiro lugar, não é verdade que uma Política Criminal teleologicamente fundada não disponha da sua técnica, muitas vezes vazada em grandes princípios que têm caracterizado o movimento legislativo do pós-II Grande Guerra (para só nos centrarmos no Direito Penal substantivo): a intervenção mínima e fragmentária da tutela penal de *ultima ratio*, um programa de descriminalização claro e centrado no bem jurídico, a recusa das penas curtas de prisão e o movimento internacional de criação e desenvolvimento de penas substitutivas, a concepção de que, em certos domínios, deve admitir-se a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas, mesmo no Direito Penal clássico. Estes são apenas alguns exemplos. Todavia, seria farisaico não reconhecer que vivemos, em Portugal, pouco tempo depois do Código Penal da democracia, um movimento inverso, de neohipertrofia do sistema criminal, com a elevação a bens jurídicos de condutas de duvidosa constitucionalidade, de transformação *ex novo* ou por via do que chamamos uma “descriminalização especial” de condutas que, na sua base, são contra-ordenações travestidas de verdadeiros crimes, um *punitive turn*³⁰ – aumento da severidade punitiva (à qual Portugal tem resistido bem no concerto de outras Nações juridicamente próximas), de uso exagerado de crimes de perigo e punição de actos preparatórios, de sancionamento, por exemplo, do branqueamento (art. 368.º-A), sem que se exija sempre a existência de uma *predicate offense*, um exagero nos limites da perda alargada ou ampliada ou mesmo no instituto da perda simples dos arts. 109.º e segs. Numa palavra: não vivendo o sistema jurídico, e o criminal em particular, em nenhuma redoma de vidro, o *populismo* tem deixado marcados os seus comandos na Política Criminal, em especial depois do atentado contra as Torres Gémeas, em 2001, facto que veio alterar profundamente a sempre periclitante tensão entre liberdade e segurança. Mas reconhecer estes desvios não minoriza a Política Criminal enquanto ciência em si mesmo considerada e que tem os seus princípios e técnicas. Urge não esquecer que, pela sua própria natureza e pelos fins que visa, esta é sempre a ciência que mais se ressent das alterações políticas, económicas, sociais e culturais, tal como aconteceu, entre nós, depois do 25 de Abril, em que as normas jurídicas tiveram de ser modificadas exactamente para responderem a novos desafios que, à cabeça,

³⁰ Cf. o nosso “Nova penologia, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna”, in Manuel da Costa Andrade *et al.* (coords.), *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 376-395.

a Constituição de 1976 lançou a todas as ciências jurídicas e à comunidade como um todo. Bastará ilustrar com as alterações de 1977 ao Código Civil no tocante à posição jurídica da mulher.

Em relação à Criminologia, também não é uma ciência auxiliar da Dogmática, em primeiro lugar, porque o seu objecto, sendo interdisciplinar, é mais vasto. Não é por acaso que se não pode dizer sem erro que a Criminologia estuda o crime. Uma expressão aparentemente tão próxima de um truísmo encerra um plano de acção. De facto, aquando dos seus primórdios com a escola biologista e anatómo-morfológica, o que relevava era essencialmente aquilo que a lei prescrevia como delito. Mesmo aí, todavia, já interessavam à Criminologia os estudos de fenómenos para-, pré- ou quase-delinquentes. Com as sucessivas escolas de pensamento, a psicológica e a sociológica, passou a ser claro que muito do que interessava eram condutas que não estavam descritas como crime e em relação às quais a Criminologia podia perceber, de entre o mais, o seu potencial ofensivo, por forma a que esses estudos pudessem ser tidos em consideração pela Política Criminal no que contende com o *se* e o *como* punir. Abriram-se novas áreas de estudo, que se não ficam pelas instâncias formais de controlo, mas partem para o estudo das informais, a vítima – durante tanto tempo esquecida – faz a sua aparição e o conjunto dos seus estudos dá lugar à Vitimologia. A Criminologia Clínica, começando com os *inputs* da Psicologia e, em tempos muito mais próximos, das neurociências e da genética forense, eleva a análise a patamares de uma complexidade desconhecida. A justiça restaurativa e, dentro dela, a mediação penal³¹, que conheceu a luz do dia entre nós através da Lei n.º 21/2007, de 12/6, mas que é um morto-vivo³², defende mesmo uma nova forma de administrar a justiça e a existência, ao lado das penas e medidas de segurança, de uma nova sanção que seria a reparação. Como se sabe, um grupo de professores de Direito Penal de língua germânica chegou mesmo a propor um “Projecto Alternativo de Reparação” (*AE-W: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), o qual, todavia, nunca foi aprovado. Os custos do crime³³ são outra área que em muito deve

³¹ *Inter alia*, veja-se o nosso *A mediação penal de adultos – um novo «paradigma» de justiça penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

³² Algumas das razões para este estado de coisas podem ser compulsadas no nosso “A mediação penal de adultos em Portugal: a síndrome de Lázaro?”, in *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Ano XX, n.º 117, Dez.-Jan. de 2024, pp. 126-153.

³³ Com interesse, PEDRO SOUSA/TÁLIA DIAS, “Explicit social costs of crime in a time of crisis: costs of law enforcement in the drivers’ crimes”, in *Managing Structural Changes – Trends and Requirements*, Belgrade, Institute of Economic Sciences of Belgrade, 2013, pp. 111-128.

fazer interessar a Política Criminal, desde logo para que esta seja capaz de decidir se dadas acções ou omissões devem conhecer novos espaços de oportunidade e consenso. A delinquência juvenil, a criminalidade organizada e violenta, os *white-collar crimes* e as redes criminais são outros objectos criminológicos, para além do modelo de policiamento, da forma como actuamos comunitariamente em relação às drogas ilícitas, em que Portugal tem um património ímpar³⁴. A história desta ciência tem sido a do contínuo crescimento daquilo que se propõe estudar. Em todos esses novos objectos, a Criminologia aplica o método científico, realizando estudos empíricos, que, em visão muito breve, como referido *supra*, podem ser quantitativos (e aqui os conhecimentos da Estatística são essenciais, bem como o domínio de programas como o *SPSS*), qualitativos (através de entrevistas semi-estruturadas e análise de conteúdo em programas como o *NVivo* ou o *Cauliflower*) ou mistos.

Em conclusão: as ciências que compõem a *gesamtes Strafrechtswissenschaft* colaboram umas com as outras, interpenetram-se em todos os movimentos e, em consequência, nenhuma é auxiliar de outra. O que fazem (*ou devem fazer*) é, partindo do seu nível de análise e com os seus “óculos”, procurar retirar das demais ciências as informações, os estudos, os dados, os princípios e normas que lhe permitirão conhecer de forma multifacetada aquela realidade social, maximizando, portanto, o trabalho de cada uma delas.

5. É ainda habitual estudar-se se uma dada ciência se pode relacionar directamente com outra ou se essa ligação tem de ser mediada. Por exemplo, como vimos acima, é corrente dizer-se que a Criminologia não se relaciona directamente com a Dogmática, fundamentalmente devido à circunstância de a primeira, ao invés da segunda, usar um método empírico. Pelo que já dissemos, a fim de evitar repetições, não vemos como se possa manter esta ordem de ideias. Qualquer das três ciências pode relacionar-se com as demais. A diferença de método ou de metodologia não impediu nunca as ciências – sejam elas quais forem – de se relacionarem e de, por isso mesmo, delas brotarem conhecimentos de relevo. Se se diz que uma ciência empírica não pode lidar com uma outra que é normativa, está-se a dizer que os seus concretos protagonistas não conseguem encontrar pontos em comum ou que não se conseguem explicar de uma forma que os torne per-

³⁴ JORGE QUINTAS, *Regulação legal do consumo de drogas. Impactos da experiência portuguesa da descriminalização*, Porto, Fronteira do Caos, 2011.

ceptíveis pelos outros. Ora, isto simplesmente não corresponde ao que nos é dado observar e, em bom rigor, seria uma escapatória para negar todo o trabalho inter, multi e transdisciplinar de que a sociedade mundial tanto tem beneficiado.

V. Síntese conclusiva

Depois de termos passado em revista as formas de relacionamento da “ciência conjunta do Direito Penal”, que erradicou o conceito de “enciclopédia das ciências criminais”, vimos o modo como cada uma delas se relaciona entre si, tendo por base um campo de actuação próprio. Assim o fizemos para um modelo de sociedade do Estado de Direito formal, material e para um Estado de Direito democrático e social. Foi perceptível que a maior ou menor importância dada à Política Criminal, à Criminologia ou à Dogmática em muito dependia dos próprios fins que a construção do Estado se dava a si mesma.

Partimos, depois, para a exposição crítica do modelo largamente maioritário hoje entre nós, para concluirmos com um outro. Um modelo em que não há ciências auxiliares, mas em que todas têm o mesmo relevo, desde logo na medida em que prosseguem diferentes finalidades e em que o relacionamento entre todas se verifica de modo directo, sem necessidade de intermediações. Tendo em conta o que dela se espera e o que ela visa nas sociedades hodiernas, a Política Criminal continua a ter um papel de maior destaque, mas agora, sobretudo, como instância crítica de avaliação dos comportamentos humanos com relevância penal, vazados em específicos bens jurídicos.

É tempo de terminar. O que fica escrito resulta da reflexão de vários técnicos do Direito, da Política Criminal e da Criminologia, com o desiderato – comum a todo o ordenamento jurídico – de propor um modelo através do qual as normas sejam pensadas e estudadas, com base em métodos normativos e empíricos, bem como acompanhadas ao longo da sua vigência, pois só assim se sabe o que necessita de alteração ou mesmo eliminação. E qual é a realidade portuguesa – e, porventura, de outros Estados? Encontramos vários tipos de reacção: proferem afirmações grandiloquentes e não se preocupam com o ambiente que envolve um diploma legal, vivendo divorciados da Política Criminal; legislam em cima do joelho, com a pressão de eventos mediáticos que, é bom de ver, só dará asneira; criam comissões ou unidades de missão que, tirando muito poucos casos – uma mão chega para os contar –, de pouco ou nada adiantam ao acompanhamento da vigência da lei. Se nos é

permitido o paralelo com a Medicina, deveríamos fazer o que aqui é obrigatório: o primeiro acto clínico é sempre de diagnóstico, começando pela narrativa do paciente, ajudada por meios complementares, se necessário; só depois disso é que surge a terapêutica, a qual é sempre monitorizada, uma vez que pode ser necessário alterar a medicação que entra em interacção ou não está a ter o efeito desejado, ou mesmo submeter o doente a nova observação. O que releva é que o médico não olha para a cara do paciente e desata a prescrever drogas. Pelo menos não é isso que deve suceder. Se é assim na Medicina, em que após a remissão de um cancro se mantém a vigilância sobre o doente, porque será o Direito Penal diferente? Uma lei não baseada em dados empíricos tende a não ser respeitada, porque o empirismo é o dia-a-dia dos cidadãos; uma lei que não é monitorizada é como um filho a quem não se transmitem valores e que, por isso, se pode transformar num bom ou mau selvagem.