

RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA PENAL NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Mário Ferreira Monte¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.9>

1. Razão da escolha do tema

1.1. A razão próxima e atual

Sobre este tema já não é a primeira vez que temos a oportunidade de escrever. Pelo menos por duas vezes já o fizemos, e delas daremos conta nas referências bibliográficas que deixaremos. Mas, então, por que razão uma vez mais voltar ao tema?

Não raras vezes, o tema é discutido e pode dizer-se que sobre ele não há unanimidade. Mais do que isso, este texto comemora os 30 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho, por ocasião do centésimo aniversário de Salgado Zenha². Sucede que a Escola de Direito há muito que tem trilhado um caminho que, não sendo exclusivo, bem podemos dizer que a caracteriza. Tem uma Licenciatura em Direito, mas desde cedo com uma unidade curricular de criminologia, todos os anos muito concorrida, apesar de ser opcional.

¹ Professor catedrático. Membro do JusGov, da Escola de Direito da Universidade do Minho, no qual é o coordenador do JusCrim (Grupo de Justiça Penal).

² Francisco Salgado Zenha ofereceu o seu espólio bibliográfico à Escola de Direito da Universidade do Minho. Por isso, nela está a Biblioteca com o nome do causídico e político, o que casa bem com os princípios humanistas que têm guiado o ensino e a investigação nesta Escola de Direito, precisamente naquela que foi a sua terra natal.

Tem uma Licenciatura em Criminologia e Justiça Penal. Tem um Mestrado em Ciências Criminais (Justiça Penal e Criminologia). No âmbito da investigação, no seio do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), tem o Grupo de Justiça Criminal e Criminologia (JusCrim).

Destas palavras iniciais resultam já duas notas muito importantes: nesta Escola o ensino e a investigação em criminologia e justiça penal tem sido uma opção muito claramente assumida; a relação que se pretende aprofundar, seja na vertente pedagógica, seja na científica, é entre justiça penal – e não apenas direito penal – e criminologia.

Por isso, julgamos que vale a pena explorar um pouco sobre os fundamentos de tais opções, quando se comemora 30 anos de um projeto de ensino e investigação científica, que podemos dizer bem-sucedido. Mais do que isso, no entanto, importa aprofundar sobre como é e como deve ser vista esta relação, o que o mesmo é questionar a autonomia da criminologia face ao direito penal – só daqui se parte para a justiça penal –, mas também a sua relação de mútua complementaridade.

1.2. Porquê justiça penal e não direito penal?

Importa analisar, não só a dimensão normativa e teórica que o direito penal convoca, mas as implicações judiciais e práticas que a sua aplicação pressupõe. Por isso, ao preferir encimar este texto com a justiça penal, naturalmente que temos presente o direito penal, enquanto conjunto de normas jurídicas que definem os factos típicos e ilícitos e respetivas consequências jurídicas, mas não apenas enquanto *law in books*, senão também como *law in action*, que se realiza quando se aplica a casos concretos. Portanto, a dimensão prática, traduzida na aplicação de normas a casos concretos, envolve a consideração do direito penal como parte da justiça penal. Norma e caso, sistema e problema como que se encontram numa realização integral que parte das prescrições normativas em ordem a uma concretização prática. Como muito bem explicou Figueiredo Dias³, «o jurista-penalista desce da sua mansarda até à sala nobre do solar: ele não mais é considerado simplesmente

³ FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 24.

um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução *mais justa* para cada um daqueles problemas». Tudo isto faz sentido se considerarmos o estudo do direito penal como parte do sistema global de justiça penal⁴. Mas sistema num sentido dinâmico, como foi explicado por Castanheira Neves⁵: o sistema jurídico não é mais «um *dado* (pressuposto) e sim uma *tarifa* (objectivo), já que há de assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo».

1.3. Porquê a relação entre justiça penal e criminologia no âmbito das ciências criminais?

Há duas razões fundamentais para relacionar a justiça penal com a criminologia: por um lado, esta, a par com a dogmática do direito penal e a política criminal, fazem parte da chamada ciência conjunta do direito penal, pelo que a abordagem de uma não pode deixar de convocar as outras ciências; por outro lado, porque se considerarmos que a justiça penal leva tanto as implicações dogmáticas do direito constituído como as orientações de política criminal, do que se trata é de saber como a criminologia pode contribuir para uma sua melhor realização. Logo, parece inevitável a consideração da criminologia quando pretendemos aferir o modo como se deve realizar a justiça penal.

Ora, como já vimos, há uma certa tendência para, na Escola de Direito da Universidade do Minho, tanto do ponto de vista científico quanto pedagógico, sistematizar a investigação e o ensino através desta visão interdisciplinar, convocando, do lado do direito penal, não só o estudo das normas, mas também dos casos e, do lado da criminologia, a diversidade de saberes que

⁴ Não vamos aqui aprofundar o conceito. Mas podemos remeter para M. FERREIRA MONTE, «Sistema global de justiça penal: longe do improviso casuístico, perto do problema e da norma», in Maria Elizabeth Rocha/Débora Veneral/Alexandre Pagliarini (Org.s), *Filosofias das Abordagens Jurisdicionais no Direito Constitucional e Internacional*, Curitiba: Editora Intersaberes e Madrid: Editora Marcial Pons, 2023, p. 57 e ss., onde fazemos uma abordagem mais profunda desta ideia.

⁵ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 158-159.

permitem conhecer os factos enquanto fenómenos humano-sociais e os efeitos das normas e da atuação das instâncias de controlo nesses factos.

Eis que, recuperando ideias já publicadas e trazendo outras que certos desafios têm vindo a convocar, não podemos deixar de voltar a este tema, nesta efeméride comemorativa.

2. Ciência conjunta do direito penal⁶

A “ciência conjunta (total ou global) do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), como Franz von Liszt a enunciou⁷, assenta em três ciências distintas, mas complementares: a criminologia, a política criminal e a dogmática penal. Mais recentemente, começou a ganhar relevo, na área da criminologia, a vitimologia.

Por que razão surgiu esta proposta? Franz von Liszt preocupou-se essencialmente com o facto de que a legislação e a ciência não se abandonassem à casuística, sob pena de a administração da justiça se tornar insegura e incoerente, salientando a necessidade de um conhecimento sistemático⁸, traduzido, tanto quanto é possível perceber, numa dogmática perfeitamente definida. Só que, para isso, a dogmática não estaria só. Antes, von Liszt concebeu um modelo tripartido que, ademais da dogmática, convocava as outras duas ciências. O Autor propôs que estas três ciências se relacionassem, atribuindo a cada uma um claro campo de atuação: a criminologia seria a «ciência das causas do crime e da criminalidade»⁹; a política criminal consistiria no «conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das

⁶ Este ponto é, com alguns matizes, a reprodução do ponto 4 do nosso artigo «Sistema global de justiça penal...», pp. 67 e ss. Entendemos que é aqui indispensável para a compreensão dos pontos seguintes que, como o leitor verá, têm, contudo, objetivos diferentes daqueles que estão pressupostos naquele artigo. O assunto já havia sido aflorado por nós em M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral do direito penal», in Costa Andrade *et. al.*, (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 739 e ss. Mas a sua importância impõe que a ele se regresse no contexto do trigésimo aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho.

⁷ LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlim: Guttentag, 1905, p. 293.

⁸ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24

⁹ Assim se refere Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24, tendo como modelo o proposto por LISZT. *IDEM*, *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I: *As Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 20.

causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionados»¹⁰; e a dogmática jurídico-penal seria o «conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicados dogmática e sistematicamente»¹¹.

A proposta de Liszt foi inovadora porque constituiu a primeira tentativa de alcançar a interdisciplinaridade nas ciências criminais. Só que, mais do isso, o Autor dispôs-se a lançar a primeira pedra de uma ciência conjunta, englobante, complexiva. Uma ciência capaz de enlaçar os seus elementos constitutivos, não apenas numa união formal, mas cingindo-os materialmente, de tal modo que o todo supera a soma das partes. É certo que a interdisciplinaridade perseguida deve ser entendida *cum grano salis*, na medida em que, na conceção de Liszt, ela em rigor apenas se verificava entre a política criminal e a criminologia (por via da Escola Positiva italiana). A dogmática penal permanecia, não apenas autónoma, mas isolada em relação às restantes ciências criminais. Enquanto a política criminal e a criminologia representavam a dimensão causal-explicativa e teleológica do crime e da sanção, a dogmática penal tendia para uma dimensão compreensivo-axiológica do crime¹². Isto, no entanto, não surpreende. A posição de Liszt não deixa de ser filha do seu tempo, nomeadamente do Estado de Direito em sentido formal ou de mera legalidade (liberal) em que se inseria. Assim se compreende a afirmação lisztiana da dogmática penal como «barreira intransponível da política criminal»¹³.

Está clara qual terá sido a principal razão para a conceção deste modelo tripartido. Assim a explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao abordar a criação da ciência conjunta global (total, universal, integral ou conjunta) do direito penal: «por esta forma quis ele [Franz von Liszt] acentuar que a consideração solipista tradicional do direito penal e da sua ciência normativa – a chamada *dogmática* jurídico-penal ou ciência jurídico-penal em sentido

¹⁰ LISZT, *Strafrechtliche*, p. 292, e Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, 24; *IDEM*, *Direito Penal*, p. 20.

¹¹ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24; *IDEM*, *Direito Penal*, p. 20.

¹² Neste sentido e a considerar a dogmática penal e a criminologia como «dos mundos diferentes, que incluso hablaban dos distintos idiomas», MUÑOZ CONDE, «La herencia de Franz von Liszt», in *Revista Penal México*, nº 2, 2011, p. 60.

¹³ Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, p. 22.

estrito – era manifestamente impotente para lograr o controlo e domínio do inteiro problema do crime ou do fenómeno da criminalidade»¹⁴.

Ao fim de mais de um século, podemos dizer que o princípio é o mesmo, mas a dinâmica mudou o modo como as três ciências atuam e se relacionam. A criminologia começou por ser a ciência que se ocupava das causas do crime. Mais recentemente, também se ocupa dos efeitos das soluções penais e da atuação das instâncias formais de controlo na resposta ao crime. Compreender o fenómeno criminal nas suas múltiplas causas (bio-psico-sócio-económicas) é fundamental para qualquer resposta ao crime. Mas também os efeitos das penas e da ação das instâncias formais de controlo do crime vêm a ser relevantes e a constituir objeto da criminologia.

Tem vindo a ganhar expressão e uma certa autonomia a vitimologia que, entre outros contributos, trouxe a vítima para o centro do discurso jurídico-penal e veio também sublinhar a dimensão problemática que o sistema deve comportar no confronto com as necessidades da vítima.

Em traços assumidamente breves, a ponderação da vítima no âmbito do sistema de justiça penal atira-nos para três tópicos problemáticos a ter em conta. No primeiro está a *vítima do problema*, que será, não só a que sofre o crime, mas também os que a rodeiam e as vítimas potenciais. A todos o direito penal deve orientar-se. Se o não fizer, até para o agente do crime pode ter um efeito perverso: se o Estado trata mal a vítima do crime, que expectativas pode o agente ter na sua própria ressocialização se esta tiver de ser assegurada pelo aparelho estadual?¹⁵ No segundo, temos o *problema da vítima*: ter sofrido os danos de um crime e de não poder participar ativamente na sua resolução. E seria lamentável acreditar que isso possa resolver-se com uma indemnização civil. Na terceira dimensão está a *vítima como problema*, melhor, a vítima começou a ser um problema, ao ponto de se ter falado numa mudança de paradigma: do «auxílio ao autor (mal socializado)» para o da «proteção da vítima inocente da criminalidade»¹⁶. Na medida em que se impõe «não

¹⁴ Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminológica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 93.

¹⁵ Questão que também emerge das preocupações manifestadas por Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 251 e s.

¹⁶ HASSEMER, «El derecho penal en los tempos de las modernas formas de criminalidade», Trad. de Alfredo Sánchez, in H. Albrecht et al. (Org.s), *Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en*

abandonar a vítima, nem converter a vitimização num *prémio*»¹⁷, aquela surge como um “problema”. Encontrar um equilíbrio é um desafio difícil. Podemos dizer que é por estes três tópicos que a vitimologia tenta resgatar a vítima para o direito penal. Não sem resistências, é certo, porque sempre se olha de soslaio quando se pretende funcionalizar o direito penal aos interesses da vítima. Mas, em todo o caso, como tarefa indispensável, quando vemos como a vítima tem sido destrutada pelo sistema de justiça penal.

A política criminal é a ciência que, arrancando dos resultados da criminologia, acaba por elaborar propostas e estratégias para a intervenção, ou não, da dogmática penal. A política criminal estabelece prioridades, como de resto sucede com a política em geral. Simplesmente, essas prioridades não são o resultado de um exercício exclusivamente político. Antes, têm em conta, por um lado, os contributos da criminologia – procurando objetividade e cientificidade nas proposições que faz – e, por outro, assumem também os princípios que regem o direito penal – nomeadamente os da intervenção penal mínima e da subsidiariedade – e os critérios de intervenção jurídico-penal – como os da dignidade, da necessidade e da eficácia penal.

Em Portugal, para além dos reflexos da política criminal nas normas jurídico-penais, podemos dizer que uma forma de manifestação (pretensamente) forte da política criminal está na chamada “Lei-Quadro da Política Criminal” – Lei nº 17/2006 de 23 de maio – e sucessivas leis sobre política criminal que são aprovadas a cada biénio, em concretização daquela Lei-Quadro. A última foi recentemente publicada e é a Lei nº 51/2023, de 28 de agosto. Naturalmente que não deixa de ser discutível a existência de leis sobre política criminal quando, na verdade, cada norma jurídico-penal do ordenamento existe em virtude de opções de política criminal devidamente ponderadas. Principalmente quando as leis de política criminal se apresentam lacunares. A título de exemplo, ao contrário do que se encontra previsto na Lei-Quadro, não foram publicadas as leis de política criminal referentes ao biénio 2011/2013 e 2013/2015. E manda o princípio da legalidade criminal – e outros princípios do processo penal, tais como o princípio da legalidade,

la Actualidad (Die Gegenwart der Kriminalität, der Strafrechtsentwicklung und Strafrechtskritik), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009, p. 17.

¹⁷ Costa ANDRADE, *A Vítima*, p. 259.

da oficialidade e da acusação, entre outros – que, sempre que um fenómeno criminal deva ser objeto de atenção por parte dos órgãos encarregados de aplicar as leis, estes não se subtraíam a esse ónus. Como está no artigo 3º da Lei-Quadro, as leis sobre política criminal não devem «prejudicar o princípio da legalidade, a independência dos tribunais e a autonomia do Ministério Público», nem «conter diretivas ou ordens sobre processos determinados», nem «isentar de procedimento qualquer crime». Pelo que, do que se trata, em rigor, como se explica no artigo 1º daquela Lei-Quadro, é de definir «objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança», para cada biénio. Em suma: de racionalizar os meios, tendo em conta os objetivos, prioridades e orientações que são atualizados a cada dois anos¹⁸. Mas sem comprometer o princípio da legalidade criminal¹⁹ e o princípio da legalidade no processo penal.

E, por fim, a dogmática jurídico-penal, partindo das propostas político-criminais, sistematiza, positivando, as soluções mais adequadas. Donde a dogmática não deve ser o resultado do improvisado, do espontâneo, do imediato, do fugaz. Pelo contrário, deve atender aos resultados da criminologia e às proposições e estratégias da política criminal.

Fenómenos como o do populismo penal são opostos à lógica da ciência conjunta do direito penal. Suponhamos que num determinado momento sucede um facto, com grande repercussão pública. Sabemos que, vivendo numa sociedade de informação, o mais certo é esse facto e os seus efeitos serem amplificados perante a comunidade (nem só por parte de uma certa imprensa mais seduzida pelo sensacionalismo criminal, mas também pelo efeito das redes sociais). E também sabemos que não é raro, em ocasiões como essas, alguns protagonistas políticos não resistirem à tentação de lançar mão do aparato penal para imediatamente anunciarem novas medidas penais em jeito de resposta ao fenómeno e aos “anseios” da turba. Ora, isso

¹⁸ Para se ter uma ideia de como isto deve ser feito, há que analisar cada Lei sobre política criminal. *Brevitatis causa*, não o podemos fazer aqui relativamente a todas as leis que entretanto foram sendo aprovadas. Mas para se ter uma ideia, é suficiente espreitar a última que é a Lei nº 55/2020 de 27 de agosto, acessível no Diário da República electrónico, em <https://dre.pt/home/-/dre/141259621/details/maximized>.

¹⁹ Uma das suas implicações é a de que a um facto cometido e previsto na lei deve corresponder um processo penal e, se for o caso, o respetivo julgamento e eventual condenação. Isso decorre das normas do direito penal e do processo penal, independentemente do que as leis de política criminal determinarem.

nem sempre é avisado. Porque não respeita os resultados da criminologia e da política criminal, podendo desaguar em leis populistas, muitas vezes simbólicas, inadequadas para lidar com o fenómeno criminal, indiferentes a todo um paradigma devidamente estudado e alicerçado, que mais danos do que benefícios trazem à convivência comunitária. Não é de hoje, por outro lado, que as questões criminais são motivo de discussão eleitoral e de haver nesses debates quem apresente soluções sedutoras à procura de um certo resultado favorável. Isso não seria um problema, não fosse o modo oportunista e imponderado com que não raras vezes sucede. Por isso, o populismo penal é impróprio de um Estado de Direito democrático, porque desde logo não atende ao rigor científico que subjaz à ciência conjunta do direito penal.

A dogmática é indispensável porque a sistematicidade que lhe é inerente garante segurança jurídica resistente a intervenções ideológicas²⁰, muitas vezes de cariz populista. Essa segurança jurídica, que em grande parte se projeta na teoria geral do crime, é fundamental porque, como explica Jescheck, os seus elementos possibilitam «uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária, de modo que contribuem de forma essencial para garantir a *segurança jurídica*» e permitem «uma *aplicação mais proporcionada e justa* do direito penal às diversas situações criminosas»²¹.

Só que a dogmática não pode ser indiferente às necessidades do caso concreto. Se a predominância da dogmática e quase alheamento face às outras ciências era aceitável no quadro do Estado de Direito formal, de vertente liberal e individualista, onde se projetou a proposta de Franz von Liszt, no Estado de Direito material contemporâneo isso é quase impossível. Não basta aplicar a norma ao caso. É necessário encontrar a solução mais justa e não apenas legal. A solução mais justa acaba por supor «a “penetração axiológica” do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a *valorações político-criminais co-naturais ao sistema*»²².

²⁰ Cf. M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral...», pp. 743 e ss.

²¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. I. Parte General* (Trad. de Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, p. 264.

²² Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, p. 28.

Isto obrigou a uma *reformulação* do papel das ciências: agora, metodologicamente, o problema adquire relevância, penetrando e, até, sobrepondo-se ao sistema. À dimensão de sistematicidade, junta-se e até sobrevém uma dimensão de problematicidade: visa-se a decisão mais justa para cada caso. Claro que a solução deve ser encontrada no seio do sistema. Mas o sistema passa a contar com as valorações político-criminais e da criminologia como antes não tinha sucedido.

Naturalmente que se pretende, entre as três ciências, uma «relação dialéctica capaz de conduzir, no fim, a uma *unidade axiológico-funcional*»²³. Sem mais delongas, em que consistiria essa unidade? Como explicou Figueiredo Dias, consistiria na construção de um sistema teleológico-funcional e racional da dogmática jurídico-penal, através do estabelecimento das *finalidades político-criminais primárias do sistema*, de tal modo que «o caso concreto tem de ser projectado no contexto do sistema funcional-teleológico e racional do direito penal, aí tratado e – a ao menos de forma provisória – aí resolvido»²⁴, mas que, por outro lado, não impede que, no caso de a solução se revelar «injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema», então «a “justiça do caso” deve sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas» e levar «ao reexame ou reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito»²⁵. Isto significa que a dogmática deixa de ter um lugar de proeminência no seio da ciência conjunta do direito penal (como tinha na proposta de Liszt), cedendo esse lugar, em grande parte, à política criminal. Tal é claramente o sentido que tem vindo a ser seguido até hoje, sobretudo desde a década de 70 do século passado, devido a um profundo movimento reformista que aí conheceu o seu zénite, quando se reivindicou uma dogmática aberta, *rectius*, um “sistema aberto”. Um sistema que, projetando-se no seu aspeto mais paradigmático que é a teoria geral do crime, procuraria uma construção sistemática estruturada em distintas categorias do direito penal de acordo com os contributos da política criminal²⁶. Um sistema aberto

²³ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 38.

²⁴ *Idem*, p. 40

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ Nesse sentido, ROXIN, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, 2000, p. 14.

ao problema e às valorações das diversas ciências sociais. Uma dogmática determinada e cunhada a partir de proposições político-criminais, aberta ao problematismo de cada caso²⁷. A tudo isto se junta o facto de na década 60 do século passado a criminologia ter deixado de ser uma ciência meramente explicativa e, assim sendo, meramente auxiliar, e passar a ser *ciência crítica*, tendo como objeto não só o crime, melhor, as causas do crime, mas todo o sistema de realização da justiça penal.

Hoje, sem prescindir do rigor dos conceitos, da construção sistemática, própria de uma dogmática robusta, a ciência conjunta do direito penal deve orientar-se à efetiva e justa resolução dos casos jurídicos: tanto no momento da prescrição normativa, quando o caso se projeta na norma, como no momento da concretização normativa, ou seja, da judicativa decisão de cada caso. E isto muito simplesmente porque as valorações político-criminais devem projetar-se nos dois momentos em ordem a uma decisão justa de cada caso.

Tudo isto pode resumir-se na ideia de sistema global de justiça penal, que se realiza de um modo *integral* tanto quando se concebe a norma jurídico-penal como quando se aplica a norma ao caso. E que, por isso, convida não só a dimensão científica oferecida pela ciência conjunta do direito penal, mas também a dimensão prática dada pelo processo e pela execução das sanções, sem prescindir da dimensão orgânica imposta pelas instâncias formais de controlo.

3. Direito penal e criminologia não se confundem, mas complementam-se

Depois do que se expôs, seria um erro, e até um perigo, supor e ensinar que direito penal e criminologia vêm a ser, mais coisa menos coisa, a mesma coisa. Quando uma ciência tem um objeto e um método próprios e prossegue finalidades específicas, tem autonomia científica, teleológica e até axiológica.

²⁷ Como aliás, explica Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 159, o sistema deve ser «aberto (problemativamente aberto), não pleno (não intencionalmente auto-suficiente) e autopoietico (de racionalidade prático-normativa autónoma)»

O direito penal é o conjunto das normas jurídicas que definem os factos típicos e ilícitos e respetivas consequências jurídicas. Logo, o seu objeto são as normas jurídicas e as decisões judiciais. Aplica-se a casos, mas não estuda os casos enquanto fenómenos do agir humano, antes como factos juridicamente relevantes, procurando as melhores soluções jurídicas para esses casos. O estudo dos casos, enquanto fenómenos humano-sociais, é feito pela criminologia²⁸. Por isso, o método jurídico, que envolve estudo de normas e de decisões jurídicas, não se confunde com os métodos empíricos e teóricos de que a criminologia se serve para estudar as causas dos factos e os efeitos das decisões e da atuação das instâncias de controlo sobre esses factos.

A criminologia estuda os fenómenos criminais desnudados de qualquer caracterização jurídica. Naturalmente que não deixa de a ter em conta quando perscruta os efeitos que as normas e as decisões jurídicas têm nesses fenómenos. Ao passo que o direito penal arrebatava tais fenómenos juridicamente relevantes para o direito. Será enquanto factos juridicamente relevantes que vêm a ser tratados.

Por isso, as finalidades de uma e outra ciências não são as mesmas. O direito penal tem a pretensão de interferir na prevenção do crime: quer protegendo os bens jurídicos que estão inscritos nas normas que tipificam os factos, quer recuperando socialmente os agentes desses factos. A criminologia tem desde logo um papel precursor em relação ao direito penal: ao estudar as causas dos crimes, tem como finalidade compreender o fenómeno criminal, ponto de partida para a definição de estratégias que previnam tal tipo de fenómeno (papel da política criminal). E tem um papel sucessor da atuação do direito penal, uma vez que pretende compreender qual o efeito que as normas e as decisões judiciais, bem como a atuação das instâncias de controlo criminal, têm na prevenção do crime, ao mesmo tempo que contribui para a mais adequada execução das sanções penais.

Saber se a partir daqui a conformação axiológica é diferente ou não torna-se tarefa bem mais difícil. Mas não será descabido afirmar que o direito

²⁸ É claro que o direito penal incide sobre fenómenos humanos, na medida em que as normas e as decisões judiciais pretendem prevenir ou sancionar determinados comportamentos ilícitos. Possui, portanto, um conjunto de dados simultaneamente ontológicos e sociais (onto-sociais, se preferirmos) que lhe servem de base de trabalho. Mas é a criminologia que estuda os fenómenos humanos (ontológicos e sociais) enquanto tais e, deste modo, prepara o terreno para a intervenção normativa e jurisprudencial de cariz jurídico-penal.

penal encontra a sua fundamentação axiológico-normativa na Constituição, sendo até de algum modo direito constitucional aplicado²⁹, enquanto a criminologia, não podendo atuar contra os limites constitucionais, nomeadamente em contramão com os direitos fundamentais, não está axiologicamente conformada pela Constituição. Tem plena liberdade de atuação, dentro daquilo que são os princípios éticos de investigação científica. Melhor dito: a sua fundamentação axiológica não está necessariamente na Constituição. É na sociedade, como tal, com a sua diversidade, que encontra o seu fundamento. Podemos até ir mais longe e afirmar que em certo sentido a criminologia é neutra em relação à Constituição. Ao contrário do direito penal cujos enunciados inconstitucionais possuem inegável repercussão prática, a criminologia, enquanto espécie de “ciência preparadora do direito penal” parece possuir maior liberdade de conformação. De onde resulta uma profunda imbricação entre direito penal e criminologia, funcionando a dogmática como barreira ou filtro contra postulados criminológicos inconstitucionais, mercê da prévia intervenção da política criminal. Em suma, o direito penal possui mais vinculação constitucional do que a criminologia.

Naturalmente que se há espaço para uma forte aproximação da criminologia com outra ciência, esse espaço, preferencialmente, há de ser preenchido pelo direito penal. Direito penal e criminologia, apesar da autonomia que detêm, complementam-se justamente na norma e na realização da justiça penal. Em rigor, é na norma que o primeiro encontro se dá. A norma não é mais do que o produto de toda a investigação criminológica, levado à conta de estratégias político-criminais que desaguam em positivizações jurídicas. Mas é sobretudo na justiça penal que ambos convergem em realizar-se. Se a criminologia estuda os efeitos das decisões e da atuação das instâncias de controlo do fenómeno criminal, o juiz, o ministério público, numa palavra,

²⁹ A expressão tem sido amplamente usada para o direito processual penal e até, como o fez Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Trad. da 25a edição alemã, por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, revista por Julio Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 10 [mais tarde, em edição alemã: Roxin/ Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28.a Auf., München: Beck, 2014, p. 9], como “sismógrafo” da Constituição do Estado. Em Portugal, como lembra MARIA JOÃO ANTUNES, «Direito processual penal – “Direito constitucional aplicado”», in *Que Futuro Para O Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por Ocasão dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 745, a expressão foi introduzida por Figueiredo Dias – cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1a edição 1974, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 74, com as explicações que o Autor oferece. Mas, sendo o direito processual penal uma parte do direito penal quando considerado em sentido amplo, não é descabido utilizar tal expressão para abranger o direito penal.

os sujeitos processuais, não podem ser indiferentes aos contributos que os criminólogos oferecem para essas decisões. Finalmente, na execução das decisões, vem a ser fundamental a intervenção da criminologia na procura dos melhores métodos dessa execução.

4. O exemplo do fenómeno da violência doméstica e da utilização dos meios de vigilância eletrónica

Talvez um exemplo possa ilustrar o que acabamos de dizer. Um exemplo muito atual e ilustrativo desta relação entre direito penal, *rectius*, justiça penal e criminologia.

A violência doméstica é um fenómeno que tem sido amplamente estudado pela criminologia. Saber em que consiste o fenómeno, quais as suas causas, como poderão as normas e as instâncias de controlo contribuir para decrescer ou aumentar este fenómeno são algumas das questões que a criminologia analisa. Em Portugal, os resultados são claros³⁰: desde um tratamento apagado, enquanto crime de maus tratos, até à sua autonomização, como crime de violência doméstica, passando pela sua consideração como crime público, ao contrário do que já fora anteriormente, por saber que medidas preventivas devem ser tomadas para impedir o fenómeno, mesmo antes de sobre os factos haver uma decisão formal, indo até ao modo como devem ser executadas as sanções aplicadas aos infratores na violência doméstica, há um vasto campo de estudo que tem sido levado a cabo pela criminologia e que tem desaguado em normas jurídicas muito assertivas. Soma-se a isto o maior ou menor préstimo de novas tecnologias, da inteligência artificial. Novo desafio para a criminologia. Pois bem, podemos aqui identificar algumas dessas normas jurídicas que são claramente o resultado do esforço da criminologia, aliado às oportunidades que a inteligência artificial, ou pelo menos as novas tecnologias apresentam³¹. Pelo menos, acredita-se que assim tenha sido.

³⁰ Uma aproximação ao tema já foi por nós feita em M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral do direito penal», in Figueiredo Dias *et. al.* (Orgs.) *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 755, quando o crime ainda assumia a feição de crime de maus tratos.

³¹ Sobre este tema, mais desenvolvidamente, veja-se o nosso contributo em M. FERREIRA MONTE, FRANCISCO DE ANDRADE E PEDRO FREITAS, «Probation em Portugal e implicações da inteligência artificial», in Nuno Franco

Em primeiro lugar, nas medidas de coação a aplicar quando existem sinais dessa violência, mas ainda não existe sequer acusação, o art. 31º da Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, veio permitir a aplicação de medidas de coação urgentes por crime de violência doméstica, para além daquelas que já estão previstas no artigo 200º, nº 1, al. d) e no art. 201º do CPP. Aquelas medidas urgentes são claramente traçadas a partir de particulares exigências que o fenómeno da violência doméstica coloca. Repare-se que as medidas de coação já permitiam uma certa proibição de contactos. Mas não era suficiente. Por isso, com recurso a meios de vigilância eletrónica, é possível aplicar estas medidas de coação urgentes, «sempre que o juiz entenda que devem ser utilizados tais meios para proteção dos direitos da vítima», como prevê o artigo 36º daquela Lei. Negar o contributo que a criminologia, particularmente a vitimologia, terá oferecido para esta solução seria inaceitável.

Depois, no âmbito da suspensão provisória do processo, a Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, no artigo 35º, prevê o uso de meios técnicos de controlo à distância quando em causa esteja a aplicação dessa medida em casos de violência doméstica. Uma claríssima demanda que decorre da criminologia, que percebeu que a suspensão provisória não tem por que não ser aplicada a casos de violência doméstica, desde que estejam salvaguardados os direitos da vítima quando tal instituto merece a sua concordância. Contrariamente a uma percepção intuitiva que apontaria no sentido de que neste tipo de crime nunca deveria haver lugar a qualquer tipo de transação, os estudos criminológicos terão apontado num sentido mais racional que, indo ao encontro das necessidades da vítima, não descure as finalidades do direito penal, entre as quais também está a ressocialização do agente do crime.

Mas mesmo em sede de aplicação das sanções, a criminologia empurrou o direito penal para novas soluções mais adequadas ao fenómeno da violência doméstica. De facto, o artigo 152º, nº 4, do CP determina que, além da pena principal, é possível sujeitar o arguido a pena acessória de proibição de contactos com a vítima. E aqui, uma vez mais, com recurso aos meios técnicos de vigilância à distância. Se a realidade impõe que não basta punir,

Caiado (Org.), *Execução das Penas e Medidas na Comunidade – Probation, Vigilância Electrónica e Justiça Juvenil – no Futuro Digital*, Braga: Nova Causa, 2023, pp. 187 e ss. (neste momento, a obra ainda se encontra no prelo, mas prestes a ser publicamente apresentada).

se não se conseguir proteger a vítima, a pena não pode unicamente expressar um sentido punitivo. A pena tem de revestir-se de um caráter utilitarista, qual seja, o de impedir que o agente contacte a vítima. Negar o papel que a criminologia, *rectius*, a vitimologia terá oferecido para a compreensão desta necessidade seria imprudente.

Que dizer sobre isto?

Que é inegável o papel de mútua complementaridade que existe entre direito penal e criminologia – o mesmo se podendo dizer para a política criminal. Porém, mútua complementaridade não se confunde com mesmidade. Cada ciência tem um objeto próprio, um método específico e finalidades distintas. Mas que se encontram naquilo que é o fenómeno criminal e sua superação.

5. Conclusão

Tudo o que se disse deve ser levado à conta da assunção de duas linhas de orientação: a de que criminologia e direito penal não se confundem; e a de que criminologia e direito penal complementam-se sobretudo na realização da justiça penal.

Por isso, faz todo o sentido o estudo sistematizado da criminologia ao lado da (ou com a) justiça penal.

No campo mais estritamente pedagógico, valendo-nos agora do caminho trilhado pela Escola de Direito da Universidade do Minho, ao longo destes 30 anos, compreende-se que a tradição tenha levado à existência de licenciaturas distintas – assim sucedeu com a criação da Licenciatura em Direito, se bem que com o matiz de nele se ter concedido sempre lugar a uma unidade curricular de criminologia. Mas uma visão como a que acabámos de expor admite um outro modo de projetar o ensino do direito penal e da criminologia. A um tempo, trazendo para o campo do direito penal a prática judiciária e, portanto, alargando o seu objeto, enquanto justiça penal. Depois, trazendo a criminologia como ciência autónoma, mas complementar do direito penal, *rectius*, da justiça penal, para esse estudo curricular. Ora, se isto até na formação de base é possível – exatamente o que sucedeu com a Licenciatura em Criminologia e Justiça Penal daquela Escola–, mais sentido

faz em estudos de pós-graduação, como já sucede atualmente com o Mestrado em Ciências Criminais (Justiça Penal e Criminologia) e como é desejável que venha a suceder em sede de doutoramento. Tudo isto nada mais é do que o reflexo de uma opção científica que tem como o seu lado mais visível, para além da produção científica de muitos investigadores, o modo como a criminologia e a justiça penal se cruzam no âmbito do Centro de Investigação em Justiça e Governação, naquele que é muito apropriadamente denominado Grupo de Justiça Penal e Criminologia (JusCrim).

Todos compreenderão que, quando se trata de festejar os 30 anos da Escola de Direito, se não resista a escrever sobre coisas desta Escola. E mais ainda se espera a compreensão de que se enfatize a importância da consideração da justiça penal como sistema global, onde também entra o processo penal, e onde não podem deixar de ser considerados os contributos da criminologia e a da política criminal.

É que, para nós, o estudo do direito faz sentido, não só quando toma as normas e as decisões como objeto, mas quando olha para a realização da justiça como desígnio essencial do Estado de direito democrático. Isto faz ainda mais sentido quando, ao comemorarmos o trigésimo aniversário desta Escola, o fazemos por ocasião do centenário de Francisco Salgado Zenha. É com as suas palavras³², em jeito de preito à importância da justiça como tarefa do Estado, que terminamos este contributo:

«Esquece-se muitas vezes que o cidadão é o sujeito último da democracia e a justiça é um dos bens essenciais de que ele deve usufruir. A justiça, como a liberdade, é um bem cujo valor, infelizmente, o cidadão só se apercebe quando a perde ou a sente ameaçada».

³² FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, constituição e democracia», *comunicação ao congresso da Ordem dos Advogados realizado em Dezembro de 1990 no Porto*, acessível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B82d6a896-d471-451a-9f7d-322f9ad59f33%7D.pdf> (consultado em 5 de setembro de 2023).