

CRITÉRIOS DE ESCOLHA DE PENA NÃO PRIVATIVA DA LIBERDADE, EM ALTERNATIVA E EM SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO – algumas questões, à luz dos fins das penas

Irei centrar esta minha comunicação na análise dos critérios de escolha da pena criminal, com particular enfoque na pena não privativa da liberdade, alternativa à pena de prisão e em substituição desta, com exclusão da pena de multa.

Numa primeira e sucinta observação, o que pode salientar-se é a sensação generalizada de que, apesar da clara preferência da letra e espírito do Código Penal por este tipo de penas, a pena de prisão continua a ter, na prática, um peso que não será muito conforme a esse espírito.

O que me parece importante afirmar a este respeito é que a melhor forma de evitar essa situação e explorar mais em profundidade as virtualidades dessas penas é a de as conceber como verdadeiras *penas*, não as confundindo com benesses ou medidas de clemência, ou com medidas de assistência social ou meramente pedagógicas. É certo que a elas subjazem finalidades de prevenção geral positiva; que elas tendem a favorecer (sobretudo no confronto com a pena de prisão, com os malefícios a esta indiscutivelmente associados nesse plano) a reinserção social do condenado (ou até a simples não desinserção social deste): mas também outras finalidades da pena (de retribuição ou de prevenção geral) com elas podem, e devem, ser alcançadas. Mais: estas penas podem, e devem, satisfazer as finalidades das penas (todas elas, e não apenas a prevenção especial positiva) de uma forma melhor do que a pena de prisão.

A minha reflexão remete mais para questões radicais e profundas, relativas aos fundamentos e finalidades da pena, do que para a análise da interpretação (eventualmente controversa na doutrina e na jurisprudência) de preceitos em concreto.

Assim, tal reflexão há-se ser realizada à luz das várias teorias sobre as finalidades das penas.

A discussão em torno dos fins das penas nunca se esgota, é recorrente e há-de acompanhar sempre a reflexão a respeito da estrutura e da evolução do sistema jurídico-penal. No fundo, quase todas as opções que, no âmbito desse sistema, possam ser tomadas se relacionam, mais ou menos directamente, com essa questão. É uma questão filosófica e que atinge os princípios que fundamentam e alicerçam tal sistema. No entanto, é uma questão que «nos leva bastante alto, mas não até às nuvens». Não se trata de pura especulação abstracta sem reflexo na nossa actividade judicial quotidiana. Pelo contrário, a reflexão sobre essa questão é imprescindível para quem toma decisões relativas à aplicação de penas e, naturalmente, há-de pensar sobre o sentido profundo (o *porquê?* e o *para quê?*) do que faz.

Procurarei, a propósito das várias teorias, analisar algumas das suas implicações práticas e algumas tendências da prática judiciária numa perspectiva crítica, centrando-me, em particular, no que diz respeito à escolha de penas não privativas da liberdade, alternativas à pena de prisão e em substituição desta, com exclusão da pena de multa. Terei presente o que vou observando da prática judiciária nas minhas actuais funções de juiz desembargador. Será dessa forma que tentarei descer das “nuvens” para a “terra”, da reflexão teórica para o quotidiano de todos nós.

Pedro Maria Godinho Vaz Pato