

A Problemática da Atenuação Especial da Pena Prevista no Decreto-Lei 401/82 de 23 de Setembro e os Contributos da Psicologia do Desenvolvimento e da Sociologia

DORA ISABEL MENDES LOPES FONSECA *

§ É sobejamente conhecido que o Direito não é uma ciência isolada, e como tal, deverá o jurista lançar mão, sempre que a praxis lhe o permita, de uma necessária e fundamental interdisciplinaridade, tendo sempre em vista uma mais justa resolução a atingir a final.

Entre as várias áreas do conhecimento, a Psicologia tem-se revelado ao longo dos tempos uma ajuda preciosa no estudo dos comportamentos humanos, como tal, entendemos por bem realizar esta breve incursão pelo que se segue.¹

A Psicologia do desenvolvimento é o segmento da psicologia que se ocupa do estudo dos processos de mudança psicológica que ocorrem ao longo da vida humana, nela são esquadrihadas as mudanças atinentes aos processos de desenvolvimento das pessoas, respectivos processos de crescimento e experiências vivenciais.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 155-169.

* Advogada, Pós-graduada em Direito do Desporto, Mestre em Ciências Jurídico-criminais e Doutoranda em Direito Penal. Professora universitária na FD-ULHT e no ISMAT.

¹ Relativamente a este tema, *Vide*, http://psidesenvolvimento_e_desporto.webnode.es/kohlberg, nossa pesquisa efectuada em 3-11-2011.

Para tal estudo, relevam três factores, nomeadamente, a etapa de vida em que a pessoa se encontra, as próprias circunstâncias culturais, sociais e históricas, e sobretudo, as experiências particulares de cada um, não generalizáveis a outras pessoas.

Lawrence Kohlberg, um conhecido psicólogo e professor nas universidades de Chicago e Harvard, influenciado pela teoria do desenvolvimento cognitivo de Jean Piaget, desenvolveu a conhecida “Teoria do desenvolvimento moral”. Esta teoria constituiu um dos contributos mais significativos de uma teoria moral centrada na defesa dos princípios éticos e preocupada com o desenvolvimento do raciocínio moral.

Assim, e antes de tudo, importa atentar no que se deve entender por desenvolvimento moral.

O raciocínio moral diz respeito ao modo como classificamos «de certo ou errado» determinado acto, e ainda que não equivalendo ao que entendemos por comportamento, é, contudo, com base nele – no raciocínio moral – que o alcançamos, ou seja, que deste jeito classificamos internamente determinado comportamento como lícito ou ilícito, ainda que nem sempre o resolvamos colocar em prática.

A sua indiscutível pertinência prende-se com o facto de permitir a integração do indivíduo na sociedade, e respectivos grupos.

Kohlberg, ampliando o estudo de Piaget,² investigou o desenvolvimento do raciocínio moral durante largos anos, tornando-se por essa razão um dos mais influentes em áreas do conhecimento como a Criminologia, Educação e claro, a Psicologia.

Esta sua tese de doutoramento – com início em 1955 – consistiu num estudo que envolveu cinquenta indivíduos norte-americanos do sexo masculino com idades compreendidas entre os 10 e os 26 anos de idade, tendo estes sido questionados por períodos de três em três anos.

Para tal, Kohlberg apresentou aos mesmos o famoso “dilema de Heinz e o farmacêutico”, o qual passamos a transcrever:

Na Europa, uma mulher estava à beira da morte, devido a um tipo especial de cancro. Havia uma substância que os médicos pensavam que poderia salva-la. Era uma espécie de rádio que um químico dessa mesma cidade havia descoberto recentemente. A produção da substância era cara, mas o químico cobrava 2000 Dólares, ou seja, dez vezes o

² Vide, PIAGET, *Le Jugement et le Raisonnement Chez L'Enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1967.

custo da substância por uma pequena dose (capaz de salvar a vida). Heinz, o marido da doente conseguiu 1000 Dólares emprestados, metade do que era necessário. Disse ao químico que a mulher estava a morrer e pediu-lhe que vendesse a substância mais barato ou que o deixasse pagar mais tarde. O químico respondeu: «Não. Eu descobri a substância e vou fazer muito dinheiro com ela». Heinz ficou desesperado e assaltou a loja para roubar a substância para a mulher. Devia Heinz ter feito aquilo?

De seguida confrontou os indivíduos com singelas questões como: Deve ou não Heinz assaltar a farmácia para roubar o medicamento? Porquê?; Se Heinz não gostar da mulher deve roubar ou não o medicamento? Porquê?; Se a pessoa que estava a morrer não fosse a mulher mas fosse um desconhecido, devia ou não Heinz roubar o medicamento? Porquê?; Como deve Heinz roubar o medicamento sabendo que por lei é proibido roubar?; É importante que as pessoas façam tudo o que podem para salvar a vida a alguém? Porquê?

Assim tendo sido, e conforme as respostas obtidas, Kohlberg identificou o respectivo estágio de desenvolvimento moral, *id est*, criou três níveis de raciocínio moral³ sendo que cada um destes se subdividia em dois estádios.

Kohlberg entendeu que os indivíduos progredem de estágio para estágio, formando uma sequência sem saltar qualquer um dos seis – ainda que por tendência se sintam atraídos a tal – ou mesmo a regredir para um dos estádios anteriores.

Ora, no primeiro nível, estágio 1 – pré-convencional – que o autor definiu como aquele em que se encontram: as crianças com menos de 9 anos de idade, bem como alguns adolescentes, e muitos adolescentes e adultos agentes da prática de crimes. Neste o indivíduo raciocina em relação a si mesmo e ainda não consegue compreender as regras e expectativas sociais, reduzindo a justiça e a moralidade a um conjunto de regras externas, a que obedece para evitar o castigo ou para satisfazer os seus desejos individuais. Guia-se por ideias de castigo ou punição, bem como de obediência. Não distingue perspectivas, não as coordena, apenas a solução imposta pela autoridade se apresenta como a opção correcta.

Neste estágio 1, a resposta seria mais ou menos esta: «Deveria roubar a substância porque se deixasse a sua mulher morrer teria problemas».

³ Vide, KOHLBERG, «*Moral Stages and Moralization. The Cognitive Development Approach*», *Moral Development and Behavior, Theory, Research and Social Issues*, London, Holt, Rinehart and Wiston, 1976.

Ainda neste nível, mas já no estágio 2, a orientação é baseada na moral do interesse, calculista e instrumental. O indivíduo já distingue perspectivas, coordena-as e até as hierarquiza de acordo com os seus próprios interesses individuais e dos outros.

Neste estágio 2 do primeiro nível a resposta ao dilema seria: «É possível que a pena de prisão não fosse muito elevada, mas provavelmente a mulher morreria antes de ele sair, por isso não seria muito bom».

No nível 2, estágio 3 – nível convencional, o qual se define como aquele em que os indivíduos já interiorizaram as normas e as expectativas sociais, é o nível da maioria dos adolescentes e adultos sendo normalmente atingido após os 10 anos de idade e muitos adultos não vão além dele, neste estágio o indivíduo tenta garantir a aprovação dos outros, – moralidade do «bom-menino» – aqui distingue perspectivas, coordena-as, hierarquiza-as mas do ponto de vista de uma terceira pessoa afectivamente significativa. A resposta seria: «Ninguém pensa que ele é mau por roubar a substância, mas a família iria pensar que seria desumano se não o fizesse».

No estágio 4 do segundo nível, conforma-se com a autoridade, orienta-se pela moral da lei e da ordem, distingue perspectivas, coordena-as e hierarquiza-as do ponto de vista de um terceiro imparcial, institucional e legal.

Aqui a resposta seria: «É natural que Heinz quisesse salvar a mulher, mas mesmo assim não é correcto roubar».

No nível 3 – pós-convencional -, atingido por uma minoria dos adultos e apenas a partir dos 20 anos de idade, o indivíduo aceita e compreende as regras da sociedade no geral, mas só porque comunga de determinados princípios morais gerais.

Em caso de confronto entre esses seus princípios e a lei, julgaria de acordo com os princípios, relativizando as normas legais.

Neste estágio 5, o indivíduo orienta-se pela ideia de contrato social, para o bem maior, para o maior número, sendo a lei relativizada, distingue perspectivas, coordena-as e hierarquiza-as do ponto de vista de um terceiro moral, racional e universal.

Aqui a resposta ao dilema seria algo como: «Não se pode aceitar que todos roubem quando estão em estado de desespero, os fins até podem ser bons, mas não justificam os meios».

Já no nível 3, estágio 6, o indivíduo orienta-se pela razão universal, por princípios éticos universais, auto-seleccionados e generalizáveis, distingue perspectivas, coordena-as de um ponto de vista ideal hierarquizando as mesmas de acordo com uma

perspectiva moral, racional e universal, como são exemplos o direito à vida, a liberdade e a justiça.

Neste estágio de desenvolvimento moral, a resposta ao dilema seria: «Se roubasse a substância deixando a mulher morrer passaria o resto dos seus dias a autocondenar-se, considerando não ter estado à altura dos seus próprios padrões de consciência».

Cada um destes seis estádios espelha uma determinada orientação moral bem como o modo de distinguir, coordenar e hierarquizar diversas perspectivas ou acervos axiológicos que se encontrem em confronto. Representam assim, a evolução do indivíduo.

Concluindo, alguns adolescentes – e alguns adultos – permanecem no nível 1 (estádios 1 e 2) tal como os pequenos infantes, procuram evitar castigos e tentam satisfazer necessidades próprias. No entanto, a maioria dos adolescentes e adultos situam-se no nível 2, – estádios 3 e 4 – sujeitando-se já às convenções sociais, fazendo o correcto para agradar aos outros ou às leis. Muito poucas pessoas atingem o nível 3 no qual podem já escolher entre dois padrões socialmente aceites.

De salientar, que neste estudo são fortemente valoradas, para além da cognição, o desenvolvimento emocional, a experiência de vida, pois que se entendeu afectarem o julgamento moral do indivíduo.

Kohlberg em 1969, tendo revelado alguma preocupação com a delinquência juvenil, entendeu que os jovens delinquentes actuariam a um nível de compreensão moral inferior relativamente a jovens que respeitavam a lei, tendo mesmo confrontado alguns adolescentes com historial de comportamentos desviantes com o dilema de Heinz.

Comparando as respostas, chegou à conclusão que os jovens delinquentes recorriam sempre a juízos pré-convencionais, já os cumpridores da lei argumentavam com juízos de nível superior. Concluiu ainda que tais discrepâncias se ficavam a dever a experiências infantis difíceis e frustrantes proporcionadas pelos respectivos progenitores.⁴

Assim, e no que aos jovens adultos respeita, tudo indica se encontrarem já no nível 2 ou convencional, ou até mesmo no nível 3 ou pós-convencional – o que raramente acontece – o que revela que se encontram já a um nível moral em que estão interior-

⁴ Neste sentido, *vide*, ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, “A delimitação entre o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos”, *in*, *O DIREITO*, ano 133º, 2001, p. 651.

izadas as normas e as expectativas sociais. Já consideram correcto o que está conforme e que respeita as regras e as convenções da sociedade em que se inserem.

A este nível o indivíduo procura já comportar-se de acordo com a sociedade e respectivos acervos axiológicos, revela, pois, uma orientação para a moralidade interpessoal, isto em casos ditos normais, nos quais não se verificaram carências educativas, afectivas ou sociais.

Também a psicologia nos mostra que um processo de socialização malsucedido ou fracassado tende a gerar situações de delinquência juvenil.

A nossa questão será, no entanto, a seguinte: Estarão, a sociedade e as leis penais, aptas ao preenchimento de tais lacunas presentes – quando estejam – nos jovens adultos delinquentes? Será possível a alguns jovens tomar como seus, revendo-se neles, valores e princípios comungados pela comunidade onde se inserem, valores que não lhe foram inculcados em idades mais tenras? Esperemos fortemente que sim. Esperemos que as instâncias competentes cumpram as suas finalidades, o que numa conjuntura económica e social como a que vivenciamos se tem revelado cada vez mais relativo ou muito pouco – demais - prioritário.

Mais uma vez se corre o perigoso risco de – no lugar de uma ressocialização – cairmos numa total impunidade.

...se bem que Direito e Moral não possam confundir-se ou identificar-se, é inegável que as concepções morais mais relevantes de uma determinada época e sociedade se projectam no plano jurídico, contribuindo, em não pequena medida, para conformar o seu sistema jurídico em sectores como o direito penal; o direito da família ou o direito das obrigações, o que significa que, apesar de os preceitos morais e as regras jurídicas terem fundamentos e razões de ser diversos, as segundas não deixam de acolher em si e dar forma jurídica a certas concepções morais”.⁵

§ Conhecendo agora um pouco melhor a classe etária em estudo, atentemos então na possibilidade da aplicação da atenuação especial da pena prevista no art. 94 do regime penal especial para Jovens Adultos.

⁵ Vide, ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito – Introdução à filosofia jurídica*, 3ª edição, Lisboa 2006, p. 173.

Sabemos que o legislador, ao estabelecer as molduras penais – limites mínimos e limites máximos – garante, em princípio, de antemão, que o julgador, ao aplicar uma determinada pena, quer esta se situe no limite mínimo ou no limite máximo, o faz sempre com a segurança de que as necessidades de prevenção geral estejam garantidas.

No entanto, seria impossível ao legislador, no momento em que exerce a sua função, prever todas as possíveis circunstâncias atenuantes relativas ao facto, (até porque a norma é geral e abstracta e o caso é particular e concreto) e por essa razão, o artigo 72.º do Código Penal apenas exemplifica algumas dessas situações em que, tratando-se de circunstâncias contemporâneas ao facto – que relevam por via da culpa – ou de circunstâncias prévias ou posteriores à prática do facto – que relevam através da prevenção – diminuem significativamente a culpa ou a própria necessidade da pena, respectivamente.

Funciona aqui, neste preceito legal, uma cláusula geral de atenuação especial da pena.⁶

Assim, sempre que estejamos perante uma circunstância diminuidora da culpa, da ilicitude ou da necessidade da pena, que não se encontre nos alíneas exemplificativas do artigo 72.º do Código Penal, o próprio sistema penal é portador desta cláusula geral de atenuação especial que permite «acrescentar» – para além dos casos expressamente previstos na lei – tal situação ao rol fornecido e assim atenuar especialmente determinada pena.

In concreto, no que aos jovens adultos respeita, em geral, tudo indica tratar-se de mais um dos casos expressamente previstos na lei, isto é, casos em que é a diminuição da necessidade da pena, e como tal das exigências de prevenção geral, que acentuam as exigências da prevenção especial, ou seja, da ideia de ressocialização dos jovens adultos.

Como bem frisa Figueiredo Dias:⁷ “...princípio regulativo da aplicação do regime da atenuação especial é a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena e, portanto, das exigências da prevenção”, ou ainda:

A existência de situações especiais (ou «extraordinárias», ou «excepcionais») de atenuação da pena **expressamente consagradas**, justifi-

⁶ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 303.

⁷ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 305.

cativas de que o legislador se afaste, quanto a elas, da aplicação da moldura que previu para o facto e lhe prefira uma outra moldura penal mais leve, é coisa de cujo bom fundamento político-criminal mal pode duvidar-se. Esta é a situação característica de qualquer circunstância atenuante modificativa, ficando logo assim justificados todos os casos de atenuação especial «expressamente previstos na lei»: do que se trata é de uma situação que atenua a *imagem global do facto*, a gravidade do crime como um todo.⁸

Tudo indica a existência de um *iter* no sentido da conciliação entre as exigências de ressocialização e o instituto da atenuação especial.

Como tal, foram precisamente tais imperativos de prevenção especial que originaram a redacção do artigo 4.º do Decreto-Lei 401/82 de 23 de Setembro sob a epígrafe: «Da atenuação especial relativa a jovens», e com o seguinte texto: “Se for aplicável pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos artigos 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” – hoje, artigos 72.º e 73.º do Código Penal.

De notar que alguma doutrina⁹ tem considerado «demasiado exigente» a jurisprudência dos tribunais portugueses, na medida em que, na maioria das decisões, apenas têm entendido ser de recorrer a esta atenuação especial da pena quando, de facto, se comprovem as referidas sérias razões a que alude a letra da lei.

Não nos permitimos concordar com tal crítica, na medida em que, e porque se trata de jovens adultos, um excessivo facilitismo do funcionamento do sistema penal, pode por vezes gerar um sentimento de plena impunidade, o que não se coaduna de todo com o direito (re)educador que se pretende para esta classe etária. É um risco que se corre, um risco demasiada e perigosamente arriscado.

Não esqueçamos que todo este entendimento relativo aos jovens adultos se funda em dois pilares, *id est*, na educação e na responsabilização, jamais na impunidade ou desresponsabilidade.

Por tudo isto, entendemos ser crucial a devida ponderação, no caso concreto, da existência, ou não, de reais vantagens para a ressocialização do agente, de uma atenuação especial da respectiva pena. Aliás, a própria letra da lei assim o indica.

⁸ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 312.

⁹ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 305.

Numa análise mais atenta ao DL 401/82, mais concretamente à sua verdadeira *ratio essendi*, se é certo que são razões de prevenção especial – no sentido de atenuar especialmente a pena relativa aos jovens adultos quando dessa mesma atenuação resultem claramente vantagens para a reinserção social do mesmo -, que animam o diploma legal, também o é a menor gravidade do juízo de censura que recai sobre o jovem adulto, *id est*, todo um espírito de menor censurabilidade por não se tratar de um adulto com o respectivo processo de maturação devidamente completo.

Ficou patente a intenção do legislador balizar a tarefa do juiz, cometendo-lhe apenas as finalidades de prevenção especial, sendo que as orientações respectivas à prevenção geral, já ficaram salvaguardadas no momento legiferante.

No entanto, alguma jurisprudência tem entendido que existem situações em que a culpa se revela de tal modo grave, que se torna impossível coadunar a mesma com a suposta ideia de «culpa mitigada» pensada para fundamentar o âmbito do DL 401/82:

Em casos graves e com contornos de violência, como o presente, não se vê como pode o julgador alhear-se da gravidade do comportamento ajuizado, não podendo olvidar-se que estamos perante um homicídio qualificado, por produzido em circunstâncias que revelam especial censurabilidade e perversidade do agente, e face a esta qualificação, que tem como fundamento a agravação da culpa, uma culpa mais grave, como se poderá compaginar um quadro com tais contornos com a necessária culpa mitigada que deve ancorar a solução de atenuação, em geral, e no que se reporta à situação dos **jovens**, com a existência de razões sérias, que possam projectar um futuro conforme ao direito, com a completa subalternização da consideração daqueles parâmetros. Não pode deixar de atender-se à muito elevada ilicitude da conduta plural do arguido naquela noite de Janeiro de 2008, com comportamentos sucessivos, começando pelo perigo criado com o incêndio da habitação do DD, a que se seguiu a obtenção da arma e finalmente as múltiplas facadas em zonas vitais, tudo a demonstrar uma culpa intensa, não sendo caso em que se possa entender e defender a sobreposição do direito reeducador ao direito sancionador, da finalidade ressocializadora aos demais fins das penas.¹⁰

¹⁰ *Vide*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2009, processo n.º 6/08.1PXLSB.S1, no qual se considerou a idade do arguido apenas como atenuante geral na determinação da pena, e ainda, entre outros, os acórdãos de 18-02-2009, processo n.º100/09-3ª e de 12-03-2009, processo n.º 3773/08-5ª. Em sentido contrário, enfatizando a perspectiva da ressocialização, *Vide*, a título de exemplo, os acórdãos do STJ de 10-07-1991, processo n.º41950, BMJ n.º409, p.

Por esta razão, entendemos – em determinados casos – não dever bastar ao julgador a verificação da existência de vantagens para a reinserção social do jovem, para efeitos de atenuação especial da pena, até porque situações há, em que o grau de culpa demonstrado na prática do facto terá sido tão ferozmente elevado que a própria prevenção geral, anteriormente garantida pelo legislador aquando da criação do tipo, poderá vir a ser colocada em causa, e se entendemos que as finalidades de prevenção especial devem prevalecer – na medida do possível – não o deverão a todo e qualquer custo.

Terá o julgador de verificar se o limite mínimo da manutenção da prevenção geral oferecido anteriormente pelo legislador não resulta «ferido de morte».

Como bem explica SOUSA E BRITO:¹¹

...deve considerar-se que, sendo as necessidades de prevenção geral determinantes da própria medida legal da pena, enquanto a pena se mantiver dentro desses limites, está em princípio garantida a satisfação daquelas necessidades. Só não será assim quando seja de admitir que a própria lei quis deixar ao juiz, dentro de certos limites, a medida das necessidades de prevenção geral, em função de circunstâncias que implicam diferenças de ilicitude material – que fazem variar correspondentemente a culpa – dentro do mesmo tipo de crime”;

387, onde se considerou que a reiteração e gravidade dos factos praticados, bem como a especial intensidade da vontade criminoso não seriam suficientes para afastar a aplicação do artigo 4.º do DL 401/82 de 23 de Setembro, mas sim caso se verificasse a inexistência de sérias razões para crer que da atenuação resultassem vantagens para a ressocialização do jovem adulto; o Acórdão de 15-02-2007, processo n.º 4681/06 -5ª, no qual se considerou que a atenuação prevista no artigo 4º do diploma legal em apreço se funda apenas em razões de prevenção especial e que contra esta não poderá invocar-se a gravidade do crime praticado, a defesa da sociedade ou a prevenção da criminalidade mas apenas a ausência de sérias razões para crer que da atenuação especial não resultariam vantagens para a reinserção do jovem; o Acórdão de 06-09-2006, processo n.º 1916/06-3ª, CJSTJ 2006, TOMO 3, p. 181, entendendo-se aqui uma interpretação do artigo 4º bem mais restritiva, ou seja, que a gravidade do crime praticado e o grau de ilicitude revelado no facto apenas poderão ser considerados na medida concreta da pena, depois de encontrada a respectiva moldura penal; o Acórdão de 28-06-2007, processo n.º 1906/07 – 5ª, considerando-se que para que se possa negar a atenuação especial não basta que se coloquem reservas à capacidade de ressocialização do jovem e que a atenuação do artigo 4º não exija a diminuição acentuada da ilicitude e da culpa bem como a irrelevância da gravidade do crime praticado ou a defesa da sociedade.

¹¹ Vide, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal,” in *“Problemas Fundamentais de Direito Penal”*, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusfada – Lisboa 2002, p. 174.

...a prevenção geral nunca pode aprovar a pena acima da medida da culpa e só intervirá como impedimento excepcional, que se opõe à relevância da prevenção especial para determinar a pena dentro da medida da culpa e abaixo dela”.

Assim, deverá por regra prevalecer a prevenção especial sobre a prevenção geral, mas já assim não será quando o grau de ilicitude material for bastante elevado, pois que esta fará aumentar a culpa e a pena tornar-se-á mais necessária.

Entendemos ser este um dos casos extremos em que o legislador cometeu ao juiz tarefas de cariz preventivo geral, aliás, se assim não fosse, se apenas fosse tido em linha de conta o fundamento subjectivo – centrado no agente – de todo o Decreto-Lei 401/82 e respectivo artigo 4.º, estaríamos a correr o sério risco de, contrariamente aos imperativos constitucionais, aplicar um puro direito penal do agente e não já como a Constituição da República Portuguesa o comanda, do facto,¹² como aliás bem faz notar Faria Costa,¹³ referindo-se ao direito penal moderno como um direito penal do facto e não um direito penal dos estados de ânimo, “...o que é a todos os títulos de repudiar...”.

Tudo se aperfeiçoará no momento em que se encontre o ponto de equilíbrio¹⁴ necessário a uma mais justa adequação entre os fins em questão.

Ponderando adequadamente as finalidades das penas e respectivos interesses, – dos jovens adultos na prevenção especial e dos bens jurídicos e interesses da comunidade – considerando ainda a globalidade da actuação e da situação pessoal e social

¹² No mesmo sentido, *Vide*, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusíada – Lisboa 2002, p. 167, ao afirmar que: “O ponto é claro quando se considera a prevenção especial como fim da pena. A consequência é a de que a pena se determina segundo tipos de criminoso e não segundo tipos de facto. Numa consideração autónoma da prevenção especial a pena resultante é claramente contrária a um direito penal de facto exigido pela Constituição” e ainda: “...a consideração da prevenção especial pode levar a uma pena que não corresponde à culpa”.

¹³ José de Faria Costa, *Direito Penal*, 1.ª edição de 2017, Imprensa Nacional-Casa da moeda, p.240 e p. 518.

¹⁴ No mesmo sentido, *Vide*, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusíada – Lisboa 2002, p. 167, ao afirmar que: “O ponto é claro quando se considera a prevenção especial como fim da pena. A consequência é a de que a pena se determina segundo tipos de criminoso e não segundo tipos de facto. Numa consideração autónoma da prevenção especial a pena resultante é claramente contrária a um direito penal de facto exigido pela Constituição” e ainda: “...a consideração da prevenção especial pode levar a uma pena que não corresponde à culpa”.

do jovem,¹⁵ conhecendo a sua personalidade, condições pessoais, condutas anteriores e posteriores à prática do crime, mas atendendo também ao grau da ilicitude e da culpa revelados no mesmo, estaremos certamente mais perto de uma solução mais justa, mais equilibrada, devidamente delimitada e em conformidade com os imperativos da Lei Fundamental.

No Acórdão do STJ de 12-07-2000, processo n.º 1773/00, BMJ 499, 199, entendeu-se que embora sejam considerações de prevenção especial de socialização e de reintegração na comunidade que estão na base da atenuação especial do artigo 4.º do DL 401/82, tais fundamentos não colidem de modo algum com a própria finalidade de protecção de bens jurídicos da sociedade e à defesa dos respectivos interesses fundamentais. Mais uma vez se dá a devida nota que tais interesses não rumam em sentidos opostos, mas sim num interesse mútuo.

Quanto à obrigatoriedade ou faculdade de atenuação – repetimos – nos termos do preceituado no supracitado artigo 4.º, entendemos não ser este de aplicação obrigatória, mas sim uma mera faculdade concedida ao julgador – bem diferente da situação prevista no Código Penal de 1886, onde seria automática – que atentando nos pressupostos já aqui expendidos, há-de decidir.

Diferente já será a obrigatoriedade de ponderação relativamente à aplicação ou não do próprio Decreto-Lei 401/82, pois que este, e porque se trata de um regime especial, será sempre de ponderação obrigatória quando se verifique o preceituado no seu artigo 1.º, ou seja, que estejamos perante um agente de idade compreendida entre os 16 e 21 anos de idade que haja praticado um facto previsto na lei como crime.

Assim, o juiz deverá obrigatoriamente recorrer ao Decreto-Lei em assunto, mas nada o obrigará a atenuar especialmente a pena nos termos do respectivo artigo 4.º, apenas o caso concreto que se revele merecedor de acordo com o que acima se disse o poderá impor.

Por vezes surge alguma confusão no que respeita à obrigatoriedade do recurso, por banda do julgador, ao Decreto-Lei 401/82 e ao seu artigo 4.º. No entanto, se a ponderação do mesmo é obrigatória, portanto um poder-dever, já assim não será – reiteramos – relativamente à atenuação especial contida no seu artigo 4.º.

Como tal, a falta de ponderação da aplicação deste regime especial já tem levantado alguns problemas processuais penais, tais como a nulidade por omissão de pronúncia sobre questão de conhecimento oficioso nos termos do artigo 379.º, n.º1 alínea c) e

¹⁵ Neste sentido, *Vide* ELIANA GERSÃO, “Menores agentes de infracções – Interrogações acerca de velhas e novas respostas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4 – Fasc. 2 (1994), p. 255.

n.º2 do Código de Processo Penal – repete-se – quando não é sequer considerada a aplicação do regime do próprio Decreto-Lei.

Ainda, e no caso de se entender que esta «não aplicação» não terá sido devidamente fundamentada, esta constituirá uma violação da injunção constante do artigo 374.º, n.º2 do Código de Processo Penal, gerando assim a nulidade prevista no artigo 379.º, n.º1 alínea a) do Código de Processo Penal.

Deverá, portanto, o julgador fundamentar a sua decisão, indicando as razões de facto e de direito que o levaram à mesma, até porque só uma decisão judicativa¹⁶ pode ser devidamente criticada.

Relativamente à redacção do artigo 4.º do DL 401/82 e dando assim pleno cumprimento ao referido no ponto sete do respectivo preâmbulo, talvez devesse conhecer uma redacção que abarcasse também, para além das finalidades imperativas de prevenção especial de ressocialização, uma parte final referente ao limite mínimo – à última barreira – imposto pela prevenção geral: “Se for aplicável pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos artigos 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” – aqui a actual redacção atinente às finalidades preventivas especiais – devendo acrescentar-se: “...ressalvados que estejam os limites mínimos atinentes à prevenção geral”, isto porque entendemos que o juízo de culpa por vezes é tão forte ou tão grave que não se torna, em caso algum, mais tolerável ou menos censurável e como tal, deve existir um limite que não permita que em tais casos se ponderem somente finalidades de prevenção especial de ressocialização, ainda que se tratem de jovens adultos.

Não podemos olvidar que “A adolescência é um período da vida em que a sociedade e a família concebem uma moratória social de experimentação ao jovem, permitindo-lhe a experimentação de papéis e relações fundamentais para a solidificação do seu processo de construção identitário”.¹⁷ A psicologia assim o defende e quanto a nós, concordamos cegamente.

¹⁶ Vide, neste sentido, FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006, p. 747 à 832, respeitantes à 17.ª lição, II parte, atinente ao estudo da metodonomia jurídica (e a concorrência de normas no tempo).

¹⁷ Vide, DIAMANTINO SANTOS e ISABEL ALBERTO, in “Família e delinquência juvenil: práticas e singularidades. Um estudo exploratório com cuidadores de adolescentes delinquentes”, in *Ousar integrar - Revista de reinserção social e prova*, n.º11, 2012, p.24.

Mas também a sociologia nos deixa um precioso contributo, pois foi precisamente num estudo sociológico que o legislador se inspirou aquando da redacção do preâmbulo do DL aqui em estudo.

Este Decreto-Lei relativo aos jovens adultos radicou, fundamentalmente, no estudo sociológico de Cláudio Besosi, no qual é destacado o facto de, o «tornar-se adulto», não se processa hodiernamente como um acontecimento de curta duração como sucedia há muitos anos atrás, como quando, após a formação, o cumprimento do serviço militar e o casamento – que funcionavam como um tradicional «rito» de passagem – se era considerado adulto. Sabemos que hoje não é assim!

Esta transição processa-se, hoje, de uma forma muito mais prolongada do que então.

A autonomia, relativamente ao meio parental, não se dá tão repentinamente, o que também se deve, como não poderia deixar de ser, à conjuntura económico-social que presentemente vivenciamos.

A estabilidade na vida profissional e a constituição da própria família, fornece ao jovem o necessário grau de autonomia, o que por sua vez também lhe permite adquirir um maior sentido de responsabilidade perante os que o rodeiam, ou seja, perante a comunidade em que se insere, visto o próprio estatuto de adulto acarretar um maior leque de acções e omissões, a cumprir obrigatoriamente perante a ordem jurídica, bem como alguns riscos materiais que não «pesam» na adolescência.

Entre estas duas fases, há, na opinião do autor – o que se concorda por razões óbvias – um período de latência social, um ciclo de vida em que as responsabilidades sociais não são, ainda, uma prioridade para o jovem, pois que ainda constituem, no seu «verde» entendimento, apenas uma perspectiva, e são os que se encontram neste espaço de vida, que o mesmo autor considera, «jovens adultos», ainda que por razões ligadas ao estudo por si desenvolvido, haja considerado que estes se situam nas idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos de idade, isto sempre em referência ao conceito por si adoptado de integração social, – o processo pelo qual o indivíduo, ou mesmo uma geração, é levado a exercer progressivamente os papéis sociais que fazem dele um adulto, um membro completo da sociedade.¹⁸

Considera também os desvios comportamentais desta classe etária: “um epifenómeno, destinado a dissolver-se por si só, a partir do momento em que as imposições da vida adulta passem a primeiro plano”.¹⁹

¹⁸ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude*, n. °4/91 Outubro/Novembro, p. 15.

¹⁹ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude* n. °4/91 Outubro/Novembro, p. 9 e seguintes.

Entendeu-se neste estudo sociológico, que será a própria sociedade a absorver estes desvios de trajetória, e que faculdades humanas como a criatividade, a experiência, a força física, a inteligência, entre outras, se encontram intimamente ligadas à idade.

Para a Sociologia, o ciclo de vida estrutura-se em função dos papéis que se é chamado a assumir nas várias instituições sociais, bem como através dos diferentes processos de adaptação às exigências da própria vida em sociedade.

O autor destaca o facto de – no seu entendimento – o Direito Penal «encontrar» estes ciclos de vida através de um critério da responsabilidade penal e da culpabilidade, salvo no caso das crianças, não abrangidas pela lei criminal, pois que essas, não se consideram totalmente responsáveis pelos actos por si praticados, não possuindo ainda uma consciência suficientemente estruturada ao ponto de compreender a relação existente entre esses e as normas penais – tratar-se-á de um desenvolvimento moral deficiente ou de uma carência educativa e como tal, o direito penal apenas intervém quando os agentes socializadores, escola e família, não obtêm sucesso na sua função.

“É o grau e a natureza da carência educativa (e/ou da personalidade) que calibra a amplitude das medidas em que o menor delinquente incorre”.²⁰ Mas não será «só» assim!

No entanto, o autor afirma que quando se trate de uma socialização malsucedida, não será o caso de se considerar diminuída a culpa do «delinquente adulto» – diferente-mente do delinquente jovem adulto, fazendo ainda referência à existência de uma «parede falsa» entre o direito dos adultos e o direito dos menores.

De facto, parece-nos ser a expressão que melhor define este Decreto-Lei.

A final, quem só de Direito conhece, nem de Direito conhece...

*As vossas preocupações alcançaram em mais de um aspecto o que constitui uma das missões da Igreja: o restabelecimento moral do homem que delinuiu e a sua emenda em vista de uma progressiva re-integração numa sociedade acolhedora onde ele possa reencontrar a sua plena dignidade.*²¹

²⁰ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude* n.º 4/91 Outubro/Novembro, p. 12.

²¹ Sua Santidade, o Papa Paulo VI in, *Revue International de Droit Penal*, 1970, p. 1.