

AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO
Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra
e da Universidade Católica Portuguesa — Curso de Direito no Porto

CONDICIONALIDADE SÓCIO-CULTURAL DO DIREITO PENAL

Análise histórica. Sentido e limites



COIMBRA
1985

Separata do número especial do
Boletim da Faculdade de Direito de
Coimbra — «Estudos em Homena-
gem aos Profs. Manuel Paulo Merêa
e Guilherme Braga da Cruz» — 1983

à *EDUARDA*

e

à *MÓNICA* e à *ANDREA*, nossas filhas,
que não percam as razões
que dão sentido à vida

CONDICIONALIDADE SÓCIO-CULTURAL DO DIREITO PENAL

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO: 1 — Dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia. 2 — Relevância da história da evolução do direito penal para a investigação jurídico-criminal. 3 — Precisão do conceito de historicidade do direito penal. 4 — Objecto e sequência do presente trabalho.

II. A ALTA IDADE MÉDIA E O DIREITO PENAL (sécs. VIII-XII): 5 — A invasão maometana e o clima geral de insegurança dos povos ibéricos. 6 — Os valores da solidariedade, da fidelidade e da paz. 7 — Manifestações, no direito penal, da solidariedade familiar e municipal. 8 — Manifestações, no direito penal, do valor da fidelidade. 9 — Direito penal de autotutela.

III. A BAIXA IDADE MÉDIA (sécs. XII-XV) E A IDADE MODERNA (sécs. XV-XVIII) E O DIREITO PENAL: 10 — Razão da associação da baixa Idade Média à Idade Moderna: o novo condicionalismo sócio-cultural que naquela se gera, nesta se afirma. 11 — Factores económico-sociais. 12 — Factores culturais. 13 — Factores político-jurídicos. 14 — Reflexos deste novo condicionalismo sócio-cultural e político-jurídico no direito penal: publicização do «ius puniendi». 15 — (cont.) — Crise dos valores altomedievais da solidariedade e da fidelidade. 16 (cont.) — Imputação à pena de um sentido de prevenção geral de intimidação: penas crucis, penas infamantes, confisco, transmissibilidade dos efeitos da pena aos descendentes. 17 (cont.) — Instrumentalização do «ius condonandi» (direito de clemência ou direito de graça).

IV. A IDADE CONTEMPORÂNEA (da 2.ª metade do séc. XVIII aos nossos dias) E O DIREITO PENAL: 18 — Reflexão sobre a denominação «Idade Contemporânea». A) *A Ideologia da Ilustração e o Direito Penal*: 19 — Antecedentes históricos do ideário ilu-

minista. 20 — O ideário filosófico-político da Ilustração: prioridade do indivíduo face ao Estado e os direitos naturais; autossuficiência racionalista. 21 — A nova filosofia político-criminal (contratualismo, utilitarismo, legalismo e secularização) e a sua projecção no direito penal positivo. 22 — Autores mais representativos do «iluminismo criminal»: BECCARIA, FEUERBACH e, em Portugal, MELO FREIRE. B) *A Filosofia Idealista Alemã e a Escola Clássica*: 23 — Reacção do idealismo alemão ao utilitarismo jurídico-penal dos iluministas. 24 — Fundamentação metafísica do direito penal da escola clássica. 25 — O problema fundamental da legitimação do «ius puniendi». 26 — O princípio da retribuição como exigência metafísica e como garantia política. C) *A Escola Correccionalista*: 27 — O pensamento humanitarista de RÖDER e a pena como correccção ou emenda do delinquentes (prevenção especial humanitária). 28 — A especial repercussão do ideário correccionalista na península ibérica. D) *O Cientismo Oitocentista e a Escola Positiva*: 29 — A «mundividência» positivista: ontologismo positivista e positivismo epistemológico. 30 — A transposição, para o direito penal, do reducionismo positivista-naturalista: determinismo, perigosidade e medidas de segurança; confluência do positivismo naturalista com o positivismo jurídico; a política criminal como profilaxia e terapêutica sociais. 31 — Reflexos positivos da «escola positiva»: consideração da personalidade concreta do delinquentes, as investigações criminológicas (a criminologia) e a adopção de «medidas» alternativas à pena de prisão. 32 — Aspectos negativos: o direito penal reduzido a mera ciência empírica (negação de qualquer fundamentação ético-axiológica do direito penal), despersonalização do delinquentes, desprezo pelas garantias legais e jurisdicionais. E) *O Direito Penal na Actualidade*: 33 — O repensar do estatuto jurídico-penal do delinquentes face à necessidade da defesa da sociedade, recusa das ontologias idealista e positivista bem como do indeterminismo absoluto e do determinismo naturalista. a) *A «defesa social» radical*: 34 — continuação do positivismo criminológico de oitocentos. b) *«Nova defesa social»*: 35 — Política criminal humanista e pragmática. 36 — Apreciação crítica: coloca entre parêntesis os problemas éticos fundamentais — um certo agnosticismo ao serviço de um deliberado pragmatismo congruador de consenso. c) *Concepções sociológicas do direito penal*: 37 — A complexidade das sociedades «desenvolvidas» actuais e o direito como o «reductor-sistematizador» das relações sociais: a «Konsensustheorie» e a «Systemtheorie», a sanção jurídica como reafirmação da norma e revigoração das «expectativas», i. é, garante da funcionalidade do sistema social. 38 — Apreciação crítica: o «consenso» como via para a apreensão

da verdade e da justiça, certo; mas não como critério-fundamento da validade. 39 — Repercussão da análise sociológica sistémico-funcional no direito penal: a redução do «bem jurídico» às «possibilidades de participação no diálogo social», o delito como violação das «expectativas» (noção sociológico-funcional), a pena como reafirmação das «expectativas» («Rechtstreue»). 40 — Crítica: referem uma condição necessária; a estabilidade e funcionalidade do sistema; nada nos dizem sobre o essencial, ou seja, a materialidade do justo (relativismo axiológico), podendo servir qualquer visão totalitária do homem e da sociedade. d) *Concepções ético-axiológicas do direito penal*: 41 — Princípios comuns: dimensão axiológica do bem jurídico, fundamento da pena na culpa ético-pessoal, política criminal como «ultima ratio» da política social. 42 — Função do direito penal: protecção do mínimo ético-jurídico fundamental; bem jurídico: dimensão axiológica e dimensão pragmática; determinação dos bens jurídico-penais: apelo à consciência ético-axiológica da comunidade histórica, mediatizada pela Lei Constitucional. 43 — O princípio da culpa como exigência ética, como garantia política e como condição de eficácia do direito penal; referência a um conceito material da «culpa da personalidade». 44 — A pena: a «ratio», função ou fim da pena: tutela do «mínimo ético-jurídico fundamental»; sentidos ou «dinâmica» da pena; o problema dos princípios e critérios da escolha e determinação da pena concreta; a relação entre o princípio da culpa e a prevenção: o princípio da culpa como princípio inviolável (pressuposto e limite máximo da pena); divergências quanto ao papel desempenhado pela culpa na determinação concreta da pena: a «Punktstrafe» ou «teoria da pena exacta»; a «Spielraumtheorie» ou «teoria da margem de liberdade»; a «Stellenwerttheorie» ou «teoria do valor de emprego»; a nossa posição: a culpa e a prevenção (geral e especial) devem ser tidas em conta pelo legislador, pelo julgador e pelo juiz de execução da pena (princípio tendencial); o momento da escolha e medida concreta da pena: a «concepção unilateral» e a «concepção bilateral» do princípio da culpa e as razões da nossa opção pela segunda; o critério da culpa material como, político-criminalmente, o mais eficaz — fundamentação desta asserção; referência ao «modo» de execução da pena privativa ou restritiva da liberdade: o simplismo acrítico do «mito» da ressocialização na década de sessenta e o seu abandono a partir da década seguinte — explicação desta viragem brusca; a nossa posição quanto às «finalidades» da execução da pena privativa ou restritiva da liberdade.

I. Introdução

1. Reagindo contra a perspectiva tradicional que remetia o estudioso do direito penal para uma tarefa meramente técnica, dogmática e não interveniente, com todos os riscos que tal pensamento comporta e que a história recente já o demonstrou¹, a investigação jurídico-penal tende, hoje, embora com hesitações, a projectar-se para além da restrita dogmática, substituindo ou, mais correctamente, dando prioridade ao *pensamento problemático* face ao pensamento sistemático-dedutivo.

Tal viragem significa consciência de que o sistema só logra sentido, e assim se legitima, quando ao serviço da justa resolução do caso concreto, perdendo todas as suas possíveis e necessárias virtualidades e convertendo-se, até, num obstáculo à realização da *Justiça*, quando se fecha sobre si mesmo, absolutizando-se, e, assim, desvirtua o *existente*.

Esta metanóia de uma «consciência» jurídica acrítica, neutra e hipotecada ao Estado e à sua lei numa autêntica (e autónoma)

¹ FIGUEIREDO DIAS, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa (1983), 6-8 (sep. da «Revista da Ordem dos Advogados» 1983, n.º 1); CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*, Coimbra (1967), 63-68 589-598 *passim*; ID., *Justiça e Direito* in «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» LI (1975), 228-230; BAPTISTA MACHADO, *Sobre o Discurso Jurídico*, Coimbra (1965), 9-12 e 52-60; PAOLO DE LALLA, *Note sulla Coscienza Giuridica* in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» XXI (1978), 502; GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?* in «Problemas Atcuales de Derecho Penal y Procesal», Salamanca (1971), 108; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona (1976), 279 e ss..

Para o pensamento sistemático em geral, vide, entre outros, MOUNIER, *O Personalismo*, Lisboa (1960), 14-15; J. LACROIX, *Marxismo, Existencialismo, Personalismo*, Porto (1964), 76-95.

consciência jurídica², conduziu ao reconhecimento da indispensabilidade de um diálogo aberto entre a dogmática jurídico-penal, por um lado, e a política criminal e a criminologia, por outro.

Abertura à *política criminal*, pela simples razão de que, sendo esta, a política criminal, uma necessária e adequada expressão da política social geral³ e, portanto, de uma determinada concepção do Estado e das relações deste com a sociedade e com a pessoa humana, os seus princípios — norteados pela *eficácia* e limitados pela *validade* — deverão penetrar na dogmática penal⁴.

² Sobre a natureza, função, limitações e virtualidades da dogmática jurídica, v. CASTANHEIRA NEVES, *Questão...* (nota 1), 278 e ss., 599-606; ID., *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra (1983), 239 e ss.; ID., *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido* in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro» II, Coimbra (1979), 81-90, 96-100 e 135 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra (1983), 368 e ss.; ID. (nota 1), 11, 14-20, 30, 36-37; FIGUEIREDO DIAS (nota 1), 9; ID., *Direito Penal e Estado-de-Direito Material* in «Revista de Direito Penal», Rio de Janeiro (1982), 40-42; ID., *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra (1969), 6-7 e 18-22; BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O Discurso e o Poder* in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro» II, Coimbra (1979), 229-233; P. LALLA (nota 1), 520-526 e 534-540; MIR PUIG, *Dogmática Creadora y Política Criminal* in «Révue Internationale de Droit Pénal» (1978), 215 e ss.; ID. (nota 1), 305-324; JESCHBECK, *Tratado de Derecho Penal I*, Barcelona (1981), 58-59.

³ Correcta e sensatamente, afirma MEZGER: «uma boa política social é a melhor política criminal». Evidente é que tal não implica que se negue autonomia e especificidade próprias à política criminal face à política social geral. Sobre este ponto ver HEINZ ZIPF, *Introducción a la Política Criminal*, Madrid (1979), 158 e ss.

⁴ F. DIAS (nota 1), 9 e ss.; H. ZIPF (nota 3), 5-9; MUÑOZ CONDE, no prefácio à edição espanhola do livro de CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid (1981), 27; JESCHBECK (nota 2), 28-36; C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona (1972), 40: «os problemas político-criminais fazem parte do conteúdo próprio da teoria geral do delito... e as categorias desta «devem sistematizar-se, desenvolver-se e perspectivar-se, desde o princípio, em ordem à sua função político-criminal».

Abertura (*crítica*) aos resultados das *investigações criminológicas* pelo facto de o direito penal, mais que qualquer outro ramo da ordem jurídica, não poder (dever) fechar os olhos, sob pena de perder eficácia e mesmo legitimidade, ao existir humano, individual e comunitário, na complexidade dos múltiplos factores de conflitos que o condicionam e, não poucas vezes, o dramatizam⁵.

⁵ Para nós, no tocante ao problema do objecto, da função e da autonomia da política criminal frente à criminologia, é adequada a afirmação de H. ZIPF (nota 3), 9-14, ao considerar a política criminal — na expressão de MEZGER — como «ciência valorativa axiológica» e a criminologia como ciência fáctica (experimental), salientando que tal como «o que deve ser não resulta do que é», também os resultados das investigações criminológicas constituirão um contributo imprescindível, a ser utilizado, criteriosamente (isto é, no quadro dos princípios normativos enformantes e dinamizadores da política criminal) pela política criminal, a fim de que esta se torne mais eficaz na luta contra o fenómeno criminal.

Digamos, em síntese, que, para nós — que sentimos e pensamos que se torna cada vez mais urgente o combate («o bom combate») à difusa e corrosiva relativização e ao reducionismo sociológico do Direito —, a criminologia tem a ver, sobretudo, com a dimensão de *eficácia* da política criminal, não relevando, pelo menos directamente, na componente da *validade* da política criminal.

O que acabo de afirmar não afecta, em nada, o nosso entendimento do contributo imprescindível que a política criminal deve buscar nos resultados das investigações criminológicas. O que pretendemos afirmar, isto sim, é que não se pode conceber a política criminal, enquanto «ciência valorativa axiológica», como resultado ou derivada (logo, subordinada) da ciência experimental em que consiste e a que se deve reduzir a criminologia. — Não estranhas ao cerne da problemática em causa, as considerações de BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 44-49 e 253-272.

Numa perspectiva um pouco divergente, segundo creio, da por nós seguida e acabada de referir, v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra (1984), 107-113; COSTA ANDRADE, *O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia* in «Jornadas de Direito Criminal — o novo código penal português e legislação complementar» — fase I, Lisboa (1983), 187 e ss.

— Sobre a importância da criminologia para a política criminal e, assim, também, para a dogmática jurídico-penal, v., ainda, JESCHBECK (nota 2), 57 e 62-63: «o direito penal sem criminologia é cego, a criminologia sem o direito penal é inútil»; o meu *Problemas de Prognose Criminal*, Coimbra (1978), 5-6 (sep. do «BFDC» LIV (1978), 45-46).

2. A compreensão do papel que o direito penal é chamado a desempenhar nas hodiernas sociedades democráticas não pode prescindir, também, da *história* da evolução das instituições jurídico-criminais⁶, história que só cobrará sentido útil, para o presente e para o futuro, na medida em que for inserida na dinâmica do respectivo *contexto sócio-cultural*⁷.

⁶ Como afirma WÜRTEMBERGER, «sem história do direito penal não pode haver uma ciência jurídico-penal de pleno valor». Também nos parece muito legítima a afirmação de GOLO MAN: «A história ensina-nos o que permanece, o que se repete de modo análogo, ensina-nos o diferente e o único. Ensina-nos o surpreendente, o imprevisível: o comedimento e a humildade» — ambas as citações *apud* H. ZIPP (nota 3), respectivamente, págs. 15 e 16. E não resistimos a transcrever PAOLO DE LALLA (nota 1), 524-525: «A *crise* cada vez mais profunda entre filosofia do direito, direito positivo e história do direito resulta especialmente, da perda de identidade jurídica e racional da consciência reflexiva que, forçada por isto a procurar a sua própria legitimação racional no exterior, conduz cada um dos três ramos a agir teoricamente em condições de permanente heteronomia, e a sentir menos a própria «juridicidade» do que o enquadramento num pensamento metafísico abstracto segundo os métodos científico-empíricos, sincrónicos, da organização material ou o sociologismo diacrónico destes. Tal alheamento (...) tirará (...) todo o valor à consciência e à práxis, tornando-a prisioneira da efectividade «lógica» do «espírito do tempo». — Sublinhados nossos.

⁷ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 12.^a ed. (1965), 6; M.J. ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, Coimbra (1980), 10-11 e 13; GARCIA GALLO, *Historia, Derecho y Historia del Derecho* in «Anuario de Historia del Derecho Español»; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O Direito e a História — os caminhos de uma história renovada das realidades jurídicas* in «Revista de Direito e de Estudos Sociais», XVII, n.º 1 (1970), 159-179; ID., *História das Instituições — épocas medieval e moderna*, Coimbra (1982), 22-28, embora nos pareça ambígua a posição do autor quanto à natureza, função e autonomia do Direito face a outras ordens promotoras da coesão social — Leia-se, p. e., págs. 26-29: «O objectivo da acitividade jurídica (...) é manter a *coesão social* através da imposição de um conjunto de regras destinado a resolver os conflitos gerados entre os indivíduos»; na nota 19 da pág. 27, diz: «A expressão «aparelho» procura destacar a ideia de que o direito não constitui um sistema axiológico ideal, mas algo segregado, *produzido* por um conjunto de instituições sociais que, consideradas do ponto de vista do direito (i. é, do seu produto), constituem um aparelho de produção jurídica» — sublinhados do autor.

— Razão tem O. BRUNNER ao considerar como vício metodológico e como um dos factores do descrédito dos estudos histórico-jurídicos a tendência para isolar a história do direito da história social geral.

Assim perspectivada na sua natural e incindível ligação com o todo social de cada povo em cada época, a evolução das instituições jurídico-penais demonstrar-nos-à, por exemplo, a condicionalidade histórico-cultural de toda a política criminal⁸ e a inexistência de um conceito natural de crime⁹.

3. Dizer-se que não existe um conceito de delito natural não significa, de forma alguma, a aceitação ou sequer a rendição a um qualquer relativismo ou nihilismo axiológico, com todos os riscos daqui advenientes para a pessoa humana que se tornaria em objecto «dócil» nas garras do positivismo e do voluntarismo político-jurídico¹⁰. Significa, sim, que o crime se situa no mundo cultural e que, como tal, só se pode determinar e definir por referência aos valores que, em cada época, em cada estádio

⁸ H. ZIPP (nota 3), 14-15: «A política criminal está sempre enquadrada num determinado marco cultural e social e situa-se numa tradição à qual pode sentir-se mais ou menos vinculada, mas nunca a podendo negar como factor socialmente relevante. O homem insere-se na historicidade na qual se tem de realizar, prosseguindo a criação em cada caso, e da qual não pode desprender-se».

Vem, seguramente, a propósito, transcrever uma passagem da vigorosa *História de Cristo* (3.^a ed., Lisboa, pág. 78) do sábio GIOVANNI PAPINI: «Os homens mal domados, mal jungidos à Lei, como se vêem no Mahabarata e na *Ilíada*, no Poema de Izdubar e nos Livros das Guerras de Jehová, teriam sido, sem o terror dos castigos dos Deuses, ainda mais ferozes e desencadeados. Nesses tempos em que por um olho se pedia a cabeça, por um dedo um braço e por uma vida cento e vinte, a Lei de Talião que pedia apenas olho por olho e vida por vida, era uma assinalada vitória da generosidade e da justiça, embora, hoje, depois de Jesus, nos pareça pavorosa».

⁹ Sobre as tentativas — obviamente não logradas — de estabelecer uma definição acabada, compreensiva e anistórica de crime, v. F. DIAS/ /C. ANDRADE (nota 5), 17; H. ZIPP (nota 3), 79-84; JESCHBECK (nota 2) 18-19.

¹⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo* in «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», XLIV (1968), 110-115; ID., *Questão...* (nota 1), 589-598; ID., *Justiça e Direito...* (nota 1), 218 e ss.; ID., *Unidade...* (nota 2), 175-184 e 254; P. DE LALLA (nota 1), 517-520.

da *re-criação humana*, constituem a «estrutura» fundamental da consciência ético-social¹¹.

Tais valores, sendo como que exigências (imanescentes) e manifestações da própria consciência individual e social, dependem (na sua apreensibilidade) do aprofundamento e do *des-envolvimento* dessa mesma consciência humana, apofundamento e desenvolvimento que só na *historicidade* do concreto quotidiano comunitário se realiza¹².

4. A presente investigação tem por objecto analisar a evolução histórica do direito penal dos vários povos a que a história nos ligou. Tal análise, que será feita segundo a perspectiva referida no n.º 2 — o que significa que teremos a preocupação de salientar a dinâmica dos factores sócio-culturais que condicionaram a evolução do pensamento e das instituições jurídico-penais —, naturalmente que só poderá salientar os aspectos considerados mais relevantes no direito penal em devir histórico.

Num segundo momento, que se situará no âmbito da Idade Contemporânea, dedicaremos o nosso esforço à apreciação crítica de algumas teses actuais sobre aspectos ou problemas fundamentais do direito penal.

¹¹ Cf. bibliografia referida em nota 10.

¹² Sobre esta temática, v. BAPTISTA MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra (1965), 65 e ss.; ID., *Introdução...* (nota 2), 254, 287 e ss., *spec.* 296-303; ID., *Participação e Descentralização*, Coimbra (1978), 89-94; CASTANHIERA NEVES, *Questão...* (nota 1), 571-586; ID., *O Papel...* (nota 10), 84-85, 126-131 e 141-142; ID., *Unidade...* (nota 2), 106-108; FIGUREDO DIAS, *O Problema...* (nota 2), 111-116. Embora numa perspectiva diferente, leia-se, com interesse, MAURICE NÉDONCELLE, *Para uma Filosofia do Amor e da Pessoa*, Lisboa (1961), *spec.* 81-98, 131-150 e 200-230.

II. A Alta Idade Média e o Direito Penal (sécs. VIII-XII)

5. A fase histórica dos povos peninsulares designada, vulgarmente, por alta Idade Média¹³ pode considerar-se situada

¹³ O período situado entre os sécs. VIII e XII é, como se referê em texto, normalmente, denominado pelos historiadores jurídico-penais peninsulares por *alta Idade Média*, em contraposição à fase terminal dos últimos séculos da Idade Média (sécs. XII-XV), para a qual se reserva a expressão *baixa Idade Média*. A autonomização destes dois períodos fundamenta-se num conjunto de fenómenos que, ocorridos a partir da segunda metade do séc. XI, e dada a sua interacção, vieram a dar à segunda fase da Idade Média peninsular uma configuração específica e muito diferente da fase anterior. A seu tempo (cf. *infra*, n.º 10), veremos quais foram esses factores.

Para o caso da história do direito português, máxime, do direito penal, parece-nos irrelevante utilizar a expressão *alta Idade Média* ou *Reconquista Cristã* como, por vezes, também é chamado este período da nossa história. Indiferente pela simples razão de que o termo da fase altomedieval, *grosso modo*, coincide, cronologicamente, com o fim da reconquista cristã lusitana, ultimada, em meados do séc. XIII, no reinado de D. Afonso III.

Preferi, contudo, a expressão alta Idade Média por esta ter um alcance espacial mais vasto, abrangendo a generalidade dos povos germânicos que se vieram instalar no âmbito das fronteiras do antigo Império Romano ocidental e, ainda, por ser a designação, comumente, usada para significar, quando referida ao direito penal, um sistema primitivo de índole marcadamente privatística, como teremos oportunidade de constatar (cf. *infra*, n.º 9).

— Refira-se, por último, que iniciamos, aqui, na alta Idade Média, a análise da evolução das instituições jurídico-penais por ser, neste período, que se gerou e confirmou a nacionalidade portuguesa. — Sobre os problemas jurídicos relativos à concessão da *Terra Portucalense*, feita por D. Afonso VI de Leão ao conde D. Henrique, e sobre a formação e constituição da nacionalidade portuguesa, v. ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal* (8.ª ed.) II, 175-200; PAULO MERÊA, *A Concessão da Terra Portucalense a D. Henrique perante a História Jurídica* in «Anuario de História del Derecho Español», (1925), 169-178; ID., *A Concessão da Terra Portucalense a D. Henrique* in «AHDE» XIII (1936-1941), 397-401; ID., *Ainda a Concessão da Terra Portucalense* in «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» XXXIX (1963), 1-12; ID., *Quando começou D. Afonso Henriques a intitular-se Rei?*, Porto (1967), estudo em que o autor salienta que a consciência nacional portuguesa teve o seu berço no território portucalense cuja sede político-administrativa e eclesíástica era a cidade de *Portucale*, povoação situada na margem direita do rio Douro. Consciência nacional que se foi, progressivamente, desenvolvendo a partir, talvez, do início da Reconquista.

entre o séc. VIII e o séc. XII. Como característica fundamental deste período pode assinalar-se a sua profunda *instabilidade*.

Pisando solo ibérico, em 711, os maometanos, num curto espaço de 7 anos, dominaram toda a península, excepção feita ao reduto montanhoso das Astúrias¹⁴. Iniciada, aqui, a necessária e plurissecular resposta a este «vendaval» sarraceno, eis que se gera toda uma situação económica, social, política e jurídica inteiramente nova.

¹⁴ Como já escrevemos na nossa dissertação de pós-graduação (*Traição e Aleivosia na Idade Média*, Coimbra (1981), 19-20 — ed. policopiada existente no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra): «A celeridade com que a monarquia visigótica foi destroçada pelo islão tem motivado opiniões divergentes, entre os historiadores, quanto à solidez do reino visigodo. Se a maioria, segundo penso (veja-se, p. e., MANUEL TORRES, *El Estado Visigótico — algunos datos sobre su formación y principios fundamentales de su organización política* in «Anuario de Historia del Derecho Español» III (1926), 307-475; JOSÉ ORLANDIS, *Las Consecuencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media* in «AHDE» XVIII (1947), 63) defende a tese da existência de um poder público forte, afirmando, p. e., o primeiro dos autores citados que se pode falar de um verdadeiro Estado visigótico, já outros, porém, negam esta tese, afirmando a debilidade da nação visigótica. Nesta linha, escreveu PEREZ PUGOL, *Instituciones Sociales de la España Goda II*, Valência (1896), 257: «...impregnados da cultura latina, constituíram um reino à romana, sem unidade, sem garantias e sem vida; forte e esplendoroso na aparência, débil e miserável por dentro, verdadeiro colosso com pés de barro, cumprindo-se, outra vez, a antiga profecia: caiu com um simples golpe de uma pdera».

Concluamos nós: «O que nos parece é que, embora enfrentando, ao longo dos seus quase três séculos de existência, muitos obstáculos internos e externos, à centralização e fortalecimento do poder político, sempre a monarquia visigótica, a exemplo da Roma Imperial, procurou edificar uma organização política forte e centralizada. A doutrina exposta pelos vários concílios de Toledo comprova-o. Mas é natural que o poder central nunca tenha chegado a ser, de facto, suficientemente forte para se impor às populações». O facto de um dos pilares fundamentais da sociedade política dos godos ocidentais ter sido o sentimento e o dever de fidelidade pessoal do povo para com o rei e a pátria demonstra a inexistência de um tal poder centralizado e forte. — Sobre este ponto acabado de referir, veja-se o meu trabalho supra citado, págs. 9-12 e HERCULANO, *Do Estado das Classes Servas na Península*, Lisboa (1858), 6, onde se refere à forma não sangrenta da conquista e dominação muçulmanas, facto que abona a tese da inexistência de uma sociedade política visigótica bem alicerçada e forte.

A prioridade conferida à *defesa militar* das terras e populações já recuperadas aos árabes e à *reconquista* de novos territórios provocou um clima geral de instabilidade e *insegurança* na vida comunitária peninsular¹⁵.

O edifício político-jurídico que a realza visigótica, em colaboração com os Concílios de Toledo, tinha procurado levantar, desmorona-se por completo. À fraqueza do poder central segue-se a pulverização das instituições sociais, políticas e jurídicas¹⁶.

Em consequência, as populações sentem-se entregues a si mesmas e só com as suas próprias forças poderão contar para se opor aos seus inimigos externos e internos.

¹⁵ Sobre a característica essencialmente militar deste período da Reconquista e seus efeitos na estruturação económica, social, política e jurídica, v. A. PALOMBEQUE TORRES, *Contribución al Estudio del Ejercito en los Estados de la Reconquista* in «Anuario de Historia del Derecho Español» XV (1944), 205-351; GONZALO MARTINEZ DíEZ, *Las Instituciones del Reino Astur a través de los Diplomas* in «AHDE» XXXV (1965), 59-167.

¹⁶ HERCULANO (nota 13), 89-97; MÉRÊA, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra (1923), 27-28; BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra (1955), 248, 296-297 e 311-312; M. J. ALMEIDA COSTA (nota 7), 172-174; EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português*, 9-10 (sep. do «BFDC» LIII, Coimbra (1977)).

— Anote-se, ainda, que o regime senhorial — característico da península por relação com a macro-estrutura agrária do feudalismo de além-pirinéus — deverá ter encontrado no condicionalismo da Reconquista uma das suas causas.

Sobre a relação do regime senhorial com a especificidade da sociedade peninsular deste período e com a figura da «imunidade», v. SALVADOR DE MOXÓ, *Los Señorios: cuestiones metodológicas que plantea su estudio* in «Anuario de Historia del Derecho Español» XLIII (1973), 271-309; FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del Diritto I-Fonti*, Milano (1954), 188-195; MÉRÊA, *Introdução ao Problema do Feudalismo em Portugal*, Coimbra (1912), 5-140, spec. 57-58; ID., *Sobre a Palavra «attondo»* in «AHDE» I (1924), 75-85; BRAGA DA CRUZ, *História... cit.* (nesta nota), 269-276; SANCHEZ-ALBORNOZ, *El Regimen de la Tierra en el Reino Asturleonés hace mil años*, Buenos Aires (1978); ID., *Las Behetrias — la Encomendación en Asturias León y Castilla* in «AHDE» I (1924); ID., *Muchas Páginas más sobre las Behetrias* in «AHDE» IV (1927), 5-157; PÉREZ PUJOL (nota 14) II, 215-235; IGLESIA FERREIROS, *Historia de la Traición*, Santiago de Compostela (1971), 172-173.

6. Esta insegurança e isolamento, consequência da inexistência de uma autoridade pública forte e organizada e da perda do sentimento comunitário nacional, teve, por uma dinâmica de compensação, o efeito psicológico de fomentar uma intensa *solidariedade* entre os membros das micro-sociedades. Estava criado o ambiente psicossociológico para que duas instituições assumissem um papel vital nesta sociedade politicamente desagregada, papel este que o direito haveria de reconhecer. Primeiro, a *família*; posteriormente, o *município*.

A solidariedade, o «um por todos e todos por um», naturalmente que só se pode manter e frutificar na base do sentimento e dever de fidelidade, lealdade e confiança entre os membros do respectivo grupo social. E, assim, efectivamente, aconteceu: o valor da *fidelidade*, interiorizado na sua indispensabilidade, é assumido como vital pelos referidos grupos sociais e como tal reconhecido pelo direito de então ¹⁷.

7. No tocante à *solidariedade familiar*, refira-se que a ofensa cometida sobre um membro da comunidade doméstica era considerada como agravo a toda a família. Assim, a «obrigação» de reparar as ofensas sofridas recaía não apenas sobre o ofendido mas também sobre toda a colectividade familiar — *solidariedade penal activa* ¹⁸. Por outro lado, os efeitos do direito de vingança,

¹⁷ A importância, o apelo constante da consciência social à vivência prática de certos valores e a correspondente protecção jurídica significa, sempre, que se trata de épocas em que tais valores são, frequentemente, infringidos. Como escreve GIOVANNI PAPINI (nota 8): «...a Lei supõe, anterior a si e a seu lado, o domínio do mal e a soberania do instinto. Todo o preceito implica a sua infracção, toda a norma a prática contrária».

De facto, os documentos desta época se, por um lado, salientam a relevância da fidelidade e da solidariedade, não deixam, por outro, de registar as constantes traições que, nestes tempos, se cometiam. Veja-se, p. e., ESPAÑA SAGRADA XX (História Compostellana), Madrid (1765), Liv. I, Cap. CXI.

¹⁸ O direito de vingança, que assistia à família do ofendido (normalmente, até aos parentes em 4.º grau), pressupunha a declaração do estado de

que era reconhecido pela ordem jurídica ¹⁹ à família da vítima (direito penal de autotutela ou de justiça privada), estendiam-se, por vezes, aos próprios familiares do criminoso — *solidariedade penal passiva* ²⁰.

inimicitia, isto é, a declaração da *perda relativa da paz*. Esta tinha os seguintes efeitos: o criminoso tinha de pagar uma determinada soma pecuniária, denominada coima, calúnia ou multa (sendo uma parte para o ofendido ou sua família e a outra para a autoridade pública) — «*pected hominidium*»; podia ser morto pelo ofendido ou familiares deste — «*sit inimicus*»; teria de sair da vila (embora, muitas vezes, sobretudo a partir de certa altura, se concedesse um prazo para que o ofensor abandonasse o concelho, findo o qual, então, já poderia ser morto pelo ofendido ou familiares) — «*exeat de villa*».

Este direito de vingança era reconhecido contra os homicidas ou contra agentes de crimes que, segundo a consciência ético-jurídica da época, lhe eram equiparados (violação e rapto de mulheres).

Ver, sobre este tema, ORLANDIS (nota 14), 75-124; HERCULANO (nota 13) VIII, 181-185; MERÊA, *Lições...* (nota 16), 53-54; EDUARDO CORREIA (nota 16), 12-17; MANZINI, *Scritti Minori*, Torino (1959), 27-33; H. BRUNNER, *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona (1936), 11-14; HINOJOSA, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, Madrid (1915), 32-69; O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* (1943), 47-119.

¹⁹ A principal fonte de conhecimento do direito deste período alto-medieval são os chamados «foros e costumes», «estatutos municipais» ou «fueros extensos», verdadeiro repositório do direito público e privado desta época, criado, principalmente, por via consuetudinária.

Sobre a caracterização desta fonte de direito (importância sócio-política, suas diferentes espécies ou famílias, distinção face ao foral propriamente dito ou «fuero breve»), HERCULANO, *Portugaliae Monumenta Historica — Leges et Consuetudines* I, Olisipone (MDCCCLVI), 739; ID. (nota 13) VIII, 7-37; MERÊA, *Em torno da Palavra «Forum»* (sep. da «Revista Portuguesa de Filologia», v. I, t. II (1948), 490-499; ID., *Lições...* (nota 16), 72-75; BRAGA DA CRUZ (nota 16), 276-280; M. J. ALMEIDA COSTA, *Temas de História do Direito*, Coimbra (1970), 52-59 (sep. do «BFDC» XLIV); A. GARCIA GALLO, *Aportación al Estudio de los Fueros* in «Anuario de Historia del Derecho Español» XXVI (1956), 387-446; GALO SANCHEZ, *Fueros Castellanos de Soria e Alcalá de Henares*, Madrid (1919), 236-237 e 242-244; J. A. SARDINA PARAMO, *El Concepto de Fuero — un analisis filosofico de la experiencia juridica*, Santiago de Compostela (1979).

²⁰ Apesar de certas fontes mais antigas referirem que esta responsabilidade solidária da família do ofensor, embora subsidiária, era total (ficando, como escreve HINOJOSA, os familiares mais próximos do «inimigo» sujeitos à própria «vingança de sangue»), parece que, salvo algumas excepções, e mesmo

A partir do século XI, vão os municípios desempenhar um papel vital na defesa e promoção das respectivas populações. A grandeza do concelho radicava na coesão dos seus habitantes²¹, sendo esta coesão dinamizada pela *solidariedade municipal*. De forma algo semelhante ao que se passou, e passava, com a solidariedade familiar, também, no cenário jurídico municipal, se poderá detectar, ao lado de uma solidariedade activa, uma solidariedade passiva. Assim, quanto à primeira, várias fontes da época (cf. foros e costumes da Guarda) consagram o dever de auxílio mútuo dos convizinhos e referem a proibição de advogar causas de estranhos contra conterrâneos. Mas havia, também, uma certa responsabilidade colectiva, embora subsi-

estas situadas em períodos mais recuados, a responsabilidade da família se limitava aos efeitos económicos derivados da «declaração de inimidade» — ORLANDIS, *Sobre el concepto del Delito en el Derecho de la alta Edad Media* in «Anuario de Historia del Derecho Español» XVI (1945), 154-164; HINOJOSA (nota 18), 18-22 e 46-50.

²¹ Para além dos denominados «homens de fora parte» (os absolutamente estranhos ao concelho), os habitantes dos municípios dividiam-se em duas categorias: «vizinhos» e «moradores». O estatuto sócio-jurídico do vizinho — também designado por «arreigado» — era mais rico (mais direitos e mais deveres) que o do simples morador — ou «não-arreigado». Assim, e a título de exemplo, aquele que cometesse um crime contra um vizinho era considerado alçivoso e quereloso, sendo-lhe aplicada uma sanção mais severa que a aplicada ao agente de um mesmo crime contra um simples morador, caso em que aquele era denominado apenas por quereloso.

Sobre este tema da solidariedade municipal, diferentes categorias de habitantes dos concelhos, relevância sócio-jurídica da distinção entre vizinhos e moradores e seus reflexos no direito penal, ver HERCULANO (nota 13) VII, 89 e ss., VIII, 7-17 e 35-40; Id., *Portugaliae...* (nota 19), 892 (costumes e foros de Castelo-Rodrigo, art. XXXVIII — ano 1209), 935 (costumes e foros de Castelo-Melhor, art. LXX — ano 1209); HINOJOSA (nota 18), 51; ORLANDIS (nota 20), 164-171; T. SOUSA SOARES, *Apontamentos para o Estudo da Origem das Instituições Portuguesas*, Lisboa (1931); BRAGA DA CRUZ (nota 16), 276-280; VITERBO, *Elucidário*, termo *arreigado*; PUJOL (nota 14) II, 259-318; J. M. FONT RIUS, *Origenes del Régimen Municipal de Cataluña* in «AHDE» XVI (1945), 389-525, spec. 415-424; RAFAEL GILBERT, *El Derecho Municipal de León y Castilla* in «AHDE» XXXI (1961), 695-753; URENA SMENJAUD e SAN MARTIN, *Fuero de Usagre*, Madrid (1907), 16 e 19.

diária, dos concelhos pelos delitos praticados por um dos seus membros, os «vicini» (cf. foros de Bragança, Trancoso)²².

8. Época de isolamento, de ausência de um poder político forte e protector, de lutas, tumultos e guerras, vê na paz das suas comunidades o bem mais precioso e a melhor garantia da subsistência individual e colectiva. Mas sente e tem consciência de que a paz só a pode alcançar através da *solidariedade* dos seus membros e que esta solidariedade, por sua vez, só pode converter-se em realidade viva na medida em que for dinamizada pela lealdade e *fidelidade* mútuas. Efectivamente, solidariedade, fidelidade e paz²³ são assumidas pela consciência ético-jurídica de então como valores fundamentais.

²² É certo que esta responsabilidade colectiva municipal era, por maioria de razão que na responsabilidade familiar passiva (cf. nota 20), para além de subsidiária, exclusivamente limitada aos efeitos pecuniários do delito.

²³ Sobre o sentido psicológico, sociológico e jurídico da paz no mundo germânico medieval — sentido que também se afirma nos povos ibéricos da alta Idade Média — veja-se OTTO BRUNNER (nota 18), 23-24, onde o autor estabelece a relação da paz (*Friede*) com a amizade (*Freundschaft*) e com a liberdade (*Freiheit*) — «...Friede ist der Zustand eines menschlichen Verbandes, dessen Glieder untereinander «Freunde» und gegenüber der Aussenwelt «frei» sind...» — e salienta a dimensão positiva da paz medieval em contraposição com o significado negativo que a paz assumiu no mundo moderno — «...der ursprüngliche Sinn des Wortes nicht wie heute wesentlich negativ, Ausschaltung der Feindschaft, sondern er hat eine aktive Bedeutung. Es schliesst den Begriff des Schutzes in sich, der Sicherheit, die die Freunde einander gewähren, der Hilfe und des Beistandes, zu denen sie einander verpflichtet sind. ...«Friede» ist der Zustand des ungekränkten, ungebrochenen Rechts...».

Esta paz geral começou, a certa altura, a ser reforçada com a criação da figura das *pazes especiais* que podiam ser pessoais (quando se visava proteger determinadas categorias de pessoas) ou territoriais (quando o objecto de protecção intensificada eram determinados locais).

— Sobre a paz da casa, v. HERCULANO (nota 13) VIII, 45, 53 e 75; ORLANDIS, *La Paz de la casa en el Derecho de la Alta Edad Media* in «Anuario de Historia del Derecho Español» XV (1944), 107-161; OTTO BRUNNER (nota 18), 172 — nota 3.

— Sobre a paz do mercado, v. LUIS VALDEAVELLANO, *El Mercado* in «Anuario de Historia del Derecho Español» VIII (1931), 201 e ss.. Quanto

Não admira que assim tenha sido pois que a importância de determinados valores só se reconhece quando, precisamente, tais valores se encontram em crise — tal como só nos apercebemos do bem saúde quando estamos doentes²⁴. E, porque assim era, também não nos admirará que a pena aplicável aos violadores da fidelidade e da paz tenha consistido, exactamente, na perda da sua paz jurídica.

O mais grave de todos os delitos era a *traição*. Consistia este crime dos crimes na violação de uma especial relação de fidelidade, existente entre o criminoso e a vítima, mediante a prática do homicídio. Traidor era, pois, um homicida qualificado, i. é, alguém que matava outrem, quando entre ambos existia um especial vínculo de fidelidade e lealdade recíprocas²⁵.

à *paz do caminho* (paz especial que se traduzia numa espécie de «salvo-conduto» que protegia o mercador nas suas viagens profissionais de ida e volta da feira), *IDEM, ibidem*.

²⁴ Transferindo-nos para o nosso tempo, podemos afirmar que as constantes declarações, apelos e manifestações em favor da paz — excluindo as hipócritas declarações dos principais responsáveis pelo «equilíbrio do terror» — mais uma vez comprovam que só nos apercebemos da importância vital de certos valores quando estes se encontram em crise. Tal como a relevância social e jurídica da paz na alta Idade Média estava na proporção directa da permanente e profunda insegurança das populações, também o actual e constante apelo à paz, nos nossos dias, é o efeito lógico e natural da consciência angustiada com a eventualidade de uma tresloucada guerra nuclear.

²⁵ Como se infere do que se acaba de dizer, são dois os elementos constitutivos do crime de traição: o primeiro, o mais significativo, o mais essencial consiste na *violação de um dever especial e pessoal de fidelidade*; o segundo exige que esta violação se materialize numa *infração objectivamente grave*, normalmente o homicídio. Assim, pode afirmar-se que toda a traição constituía uma infidelidade, embora nem toda a infidelidade constituísse, juridicamente, uma traição.

Sobre a figura jurídica da *traição altomedieval* peninsular: etimologia do vocábulo *traição*, antecedente histórico na «infidelidade» visigótica, caracterização, espécies de *traição* (régia, senhorial, municipal), ver o nosso trabalho *Traição e Aleivosia...* (nota 14), 27-66; MERRÊA, *Crimes «Deliberados» e Crimes «De Impetov»* in «BFDC» XXIII (1947), 140-146; A. IGLESIA FERREIROS (nota 16), 89-96, 106-114, 123-137, 270-285; J. GARCIA GONZALEZ, *Traicion y Alevosia*

Esta relação pessoal de fidelidade, juridicamente reconhecida, podia derivar do parentesco próximo²⁶, da interdependência económica²⁷, de relações de confiança geradas, espontaneamente, entre determinadas pessoas²⁸ ou, ainda, de relações de fidelidade

en la Alta Edad Media in «AHDE» XXXII (1962), 323 e ss.; HINOJOSA (nota 18), 70-79; ORLANDIS, *Huellas Visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media* in «AHDE» XV (1944), 644 e ss.; *España Sagrada XX (Historia Compostellana)* (nota 17), Liv. I, Cap. CXI, n.º 5 e Liv. I, Cap. CXIV, n.º 13. — Nos trabalhos acabados de citar, encontram-se transcritos muitos documentos da época (máxime, foros e costumes) que fundamentam a construção da figura da *traição* tal como é apresentada neste trabalho.

— Sobre a matriz germânica da fidelidade medieval, sem se menosprezar a importância da peculiaridade do condicionalismo da Reconquista para a afirmação e quase sacralização do valor «fidelidade» neste período, veja-se OTTO BRUNNER (nota 18), 299-312.

²⁶ As fontes são, praticamente, unânimes na integração dos pais no círculo protector da fidelidade; já quanto à inclusão dos outros ascendentes e dos colaterais há divergências. Assim, segundo o *foro de Teruel*, 31, a tutela da fidelidade limitava-se aos pais, no *foro de Soria*, 493, abrangia os irmãos e nos *foros de Viguera e Val de Funes*, 169, estendia-se aos próprios «primos-irmãos».

Ver ORLANDIS (nota 20), 130; GARCIA GONZALEZ (nota 25), 340-341.

²⁷ Ao dever de lealdade derivado da comunhão de sangue associam as fontes, muitas vezes, o dever de fidelidade derivado da convivência diária entre aquele que dava o pão ou a «soldada» (o senhor, o amo) e aquele que, em troca, prestava os serviços domésticos ou agrícolas. Assim reza o *foro de Soria*, 493: *Otrossi ssea dado por traydor qui matare su padre o su madre... o su sennor cuyo pan comjere o cuyo mandado fiziere o de qui soldada rrecibierte...*

²⁸ A esta categoria pertencerão as hipóteses seguintes: homicídio do «convitado», do «companheiro de viagem» e do «indivíduo chamado para um colóquio a sós». Matar em tais situações constituía um crime de *traição*, já que o homicida violava a confiança que a vítima nele tinha depositado. Assim rezam os *foros de Cuenca* XI, 17: *quicumque ad domum suam invitaverit ad cibum vel poculum, vel ad consilium vocaverit, et eum occiderit, vivus sub mortuo sepeliatur*; XI, 18: *«...similiter quicumque socium suum in via in eo confitentem occiderit, vivus sut mortuo sepeliatur...»*; *foro de Soria*, 510: *«Si alguno embiare a otro asu casa o lo levare a conseio aparte y lo matare, muera por ello...»*.

MERRÊA (nota 25), 140-146; GARCIA GONZALEZ (nota 25), 338-339; IGLESIA FERREIROS (nota 16), 106 consideram que estas hipóteses, de acordo com o que referimos, constituem casos de *traição* pelo facto de haver nelas uma violação do dever de fidelidade e não por, eventualmente, poder haver preme-

impostas pela ordem jurídica, em função da defesa e promoção de interesses relevantes²⁹.

Porque o traidor, violando essa especial relação de lealdade e fidelidade, revelava uma personalidade perigosa e perversa, passou, a partir do séc. XII, a denominar-se também por *aleivoso*³⁰. Daqui, a frequência do binómio «traidor e aleivoso» na linguagem dos «foros e costumes».

Naturalmente que a pena aplicada aos traidores era a mais grave de todas: a perda absoluta da paz («Friedlosigkeit»). Tinha esta sanção as seguintes consequências: o traidor ficava destituído da sua personalidade jurídica («friedlos», «ex lege», «hors la loi», «out law») e, assim, qualquer membro da comunidade (cidade ou reino, consoante se tratasse de traição municipal ou de traição régia) o podia, impunemente, matar³¹; sua casa era «derrubada»

ditação. Segundo estes autores, diferentemente de ORLANDIS (nota 20), 134-135, o homicídio premeditado não constituía, enquanto tal, o delito de traição.

— Sobre outras hipóteses de traição, como o homicídio depois de prestada «fiança de salvo», o homicídio durante tréguas e o homicídio do não desafiado, ver o nosso trabalho (nota 14), 56-66.

²⁹ Como adiante veremos, a partir do séc. XII, vários factores, de índole a mais diversa, vão pôr em causa a «mundividência» altomedieval. Assim, a fidelidade, de realidade viva e espontânea converte-se numa figura formal, progressivamente mais abstracta, à medida que passa a ser imposta pela nova ordem jurídica cada vez mais centralizada (cf. *infra*, n.ºs 13 e 15). Exemplos de delito de traição (já a caminho da sua desvirtuação) consistente na violação de uma relação de fidelidade coactivamente imposta pela ordem jurídica, encontramos-os na violação grave da «paz do mercado» e no homicídio do mercador na ida ou regresso da feira.

Ver, sobre este ponto, nosso *Traição e Aleivosia* (nota 14), 71-77; IGLESIA, FERREIROS (nota 16), 128-130; LUIS VALDEAVELLANO (nota 23), 201-403; HERCULANO (nota 13) VIII, 418 e 426.

³⁰ Sobre a caracterização da aleivosia, ver nosso *Traição...* (nota 14), 29 e ss.; GARCIA GONZALEZ (nota 25), 323 e ss.; IGLESIA FERREIROS (nota 16), 114-123; VITERBO, *Elucidário*, termo *aleive*.

³¹ Sobre a figura do *banimento*, sua permanência ao longo da história, em conexão e como feito da extinção ou da redução da capacidade ou personalidade jurídica, ver MERÊA, *Da Minha Gaveta — Sinopse Histórica da Morte Civil*, Coimbra (1960), onde o ilustre mestre analisa a evolução da morte

(a casa, neste período de insegurança individual e colectiva, representava o melhor bastião de refúgio reconhecido pelo direito, significando a sua destruição que a ordem jurídica deixava de conceder qualquer protecção ao traidor)³²; todos os seus bens eram confiscados.

9. Vê-se, resumindo e concluindo, que o direito penal desta época tem, de forma indelével, a marca do condicionalismo social característico do período altomedieval. *Sistema penal de justiça privada*, sendo o crime considerado como ofensa individual (excepção feita ao delito de traição) e cabendo aos particulares o exercício da justiça penal que assumia formas bárbaras e cruéis³³. Mas, como salienta HERCULANO³⁴, era «impossível que não sucedesse assim; que os hábitos selvagens e ferozes adquiridos no meio de tão precária existência e que a falta de auctoridade nos chefes (até porque faltavam instituições civis) não fizessem com que em todas as phases da vida se manifestassem as consequências de semelhante situação».

civil, enquanto extinção da capacidade jurídica ainda em vida, desde as *capitis deminutiones* do direito romano, passando pelo *banimento* como efeito da perda da paz prevista no direito consuetudinário e foralero da Reconquista, até ao desaparecimento definitivo da *morte civil* com a Nova Reforma Penal de 1884; também, MANZINI (nota 18), 53-54; ORLANDIS (nota 14), 125-139; *Id.*, (nota 20), 123-126; *Id.*, (nota 25), 645, 650, 654-655 e 658; E. CORREIA *Direito Criminal I*, Coimbra (1968), 76-78; *Id.* (nota 16), 11-12; HINOJOSA (nota 18), 70-79; O. BRUNNER (nota 18), 34-36.

³² Cf. *supra*, nota 23.

³³ Além das penas analisadas (perda absoluta da paz e perda relativa da paz ou «inimicitia»), refira-se, ainda, a «composição pecuniária» (*Wehrgeld*) e a «composição corporal» (*intrare in fustem*, entrar às varas). — Sobre a *composição pecuniária*, v. HERCULANO (nota 13) VIII, 177-181; ORLANDIS (nota 14), 88-104; H. BRUNNER (nota 18), 21-24; R. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters* (1964 — reimp. da ed. de 1920), 646-671; MANZINI (nota 18), 31-32.

Quanto à curiosa figura da *composição corporal*, v. MERÊA, *Composição Corporal in «Anuario de Historia del Derecho Español» XV* (1944), 564-570.

³⁴ *História...* (nota 16), VIII, 183-184.

Por outro lado, a relevância ético-jurídica concedida aos valores da paz, da solidariedade e da fidelidade não significa senão a consciência da sua imprescindibilidade face a um período histórico marcado por uma profunda insegurança individual e colectiva.

III. O Direito Penal na Baixa Idade Média (sécs. XII-XV) e na Idade Moderna (sécs. XV-XVIII)

10. A associação feita em epígrafe, de dois períodos históricos, vulgarmente tidos por muito diferentes e por isso autónomos, carece de uma justificação.

Para nós — e na sequência das investigações levadas a cabo no século actual e que demonstraram a sem-razão da qualificação de «noite milenária» dada por MICHELET à Idade Média — são maiores as diferenças existentes entre a sociedade alto-medieval (e o correspondente direito penal) e a baixomedieval (e respectivo direito penal) do que entre esta e a Idade Moderna. Efectivamente, se a história em geral, tal como a natureza, não apresenta soluções de continuidade na sua evolução — *natura non fit saltus*, diziam os latinos — parece não haver dúvidas de que o período que vai do séc. XV ao séc. XVIII não só não apresenta qualquer ruptura face ao período baixomedieval como, ainda, pode e deve ser visto, em muitos aspectos, como prolongamento natural do processo histórico iniciado nos sécs. XII-XIII.

As características económicas, sociais, culturais, políticas e jurídicas da chamada Idade Moderna — ou, numa perspectiva mais político-jurídica, do período das Monarquias Absolutas — começam a esboçar-se e a desenvolver-se, quer a nível europeu em geral quer a nível peninsular em especial, a partir da baixa Idade Média, acabando por se revigorar e consolidar na Idade Moderna. Reportando-nos ao direito penal, pode afirmar-se

que a fisionomia de que se revestiu, no absolutismo monárquico, não foi mais do que uma evolução na continuidade dos princípios e características fundamentais do direito penal, afirmados a partir dos sécs. XII-XIII³⁵.

11. Ultrapassada a fase de natural desagregação em que a Europa mergulhou, na sequência do declínio e da queda do Império Romano do Ocidente³⁶, eis que, a partir dos sécs. XI-XII, uma interacção de múltiplos factores económicos, culturais, políticos e jurídicos vai gerar uma nova Europa que, alicerçada na tradição cultural greco-latina, reencontra, na sua caminhada histórica, novos factores de progresso.

A partir dos fins do séc. XI, processa-se, quer na Europa em geral, quer na Península em especial, uma profunda transformação na vida *económico-social*.

Entre as suas principais causas, há que mencionar: o *incremento do comércio e do artesanato* que, através da nova e dinâmica classe social dos mercadores (burgueses) e com as corporações de artes e ofícios (artesãos), muito contribuiu para a *formação dos centros urbanos* e para o fortalecimento do municipalismo

³⁵ A associação que se defende entre baixa Idade Média e Idade Moderna não significa que tenha havido uma cisão total entre a baixa Idade Média e a alta Idade Média. Cada época gera os factores da sua própria crise. E os mesmos factores que, a partir dos sécs. XII-XIII, puseram em causa a «mundividência» altomedieval, vão, precisamente, determinar a configuração da sociedade na Idade Moderna. Por isto, se compreende que a baixa Idade Média também seja, correctamente, denominada como «período charneira», «período de transição» entre a (alta) Idade Média e a Idade Moderna. Na mesma linha, o direito penal deste período apresenta-se como um direito de transição entre o direito penal privado da alta Idade Média e o direito penal público da Idade Moderna. Logo, um direito penal misto em que ainda sobrevivem traços do direito penal altomedieval mas já se afirmam as características do direito penal próprio das monarquias absolutas.

³⁶ Sobre o condicionalismo específico da Península Ibérica entre o termo do Império Romano Ocidental e a baixa Idade Média, máxime, no respeitante ao período da Reconquista Cristã, vide *supra* n.º 5 e notas 14, 15 e 16.

medieval³⁷; o aumento demográfico e a emigração do campo para a cidade, como efeito do desenvolvimento mercantil e artesanal; as Cruzadas que, sem embargo da sua motivação religiosa de libertar os Lugares Santos, possibilitaram a descoberta de novas rotas e entrepostos comerciais (o Mediterrâneo), para além de promoverem o intercâmbio e a aproximação de diferentes povos cujas nacionalidades estavam em formação³⁸.

³⁷ Como veremos *infra* (n.º 13 e nota 42), a clara tendência que, a partir do séc. XIII, se vai fazer sentir no caminho da centralização irá ver nos municípios e na sua autonomia um obstáculo, obstáculo que acabará por vencer. Assim, já no séc. XV, o fenómeno municipal está, praticamente, asfixiado.

³⁸ Para uma visão global dos vários factores económico-sociais que determinaram a profunda alteração europeia, a partir da segunda metade do séc. XI, vide FRANCESCO CALASSO (nota 16), 349-354; J. M. FONT RIUS (nota 21), 493-529, apesar de o seu estudo ter por objecto imediato a Catalunha.

— Sobre o incremento comercial e suas repercussões nos campos económico, social, político e jurídico, vide LUIS VALDEAVELLANO (nota 23), 201-403. No aspecto jurídico (comercial e penal), a necessidade de segurança para o desenvolvimento das relações mercantis esteve na origem de um direito do mercado: impostos sobre as vendas, portagens, símbolos de paz do mercado, categorias de funcionários dos mercados, localização, regulamentação das transacções, fiscalização dos pesos e medidas, categorias de mercados, etc.. Este direito do mercado também sentiu a necessidade do apelo à vertente penal. Assim, para garantir a máxima segurança à actividade mercantil, instituiu-se a paz do mercado: paz especial (*Sonderfrieden*) que protegia o local das transacções (mercado) e cuja violação era severamente punida. Em complemento desta paz do mercado, e devido ao carácter ambulante do comércio medieval, surge, também, a paz do caminho (*conductus*), paz especial que se traduzia num salvo-conduto que protegia o mercador ou feirante nas suas viagens profissionais de ida-e-volta da feira.

Sobre o sentido destas pazes especiais que, artificialmente, criam um vínculo de fidelidade formal, desvirtuando, assim, o carácter genuíno da fidelidade pessoal e espontânea da alta Idade Média e, do mesmo passo, prenunciam uma nova sociedade mais «técnica» e mais centralizada, ver o nosso trabalho *Traição...* (nota 14), 71-77. — Como nota final, refira-se que, no tocante à Península, o primeiro documento a consagrar a paz do mercado é o *foro de Leão*, art. XLVI, ano 1020; os foros portugueses do séc. XII registam, abundantemente, a paz do mercado (*foro de Abrantes*, 1179 in «PMH-LC», I, 418; *foro de Coruche*, 1182 in «PMH-LC» I, 426, etc.).

— Sobre o movimento urbano (cidades), nos sécs. XIII-XIV: suas causas, aspectos económicos, sociais e institucionais, ver, também, HESPAÑA, *História...* (nota 7), 231 e ss..

12. Paralelamente a estas transformações económico-sociais e, em certa medida, com elas relacionado, inicia-se, em Bolonha, o processo de redescoberta do direito romano-justiniano que, reorientado, mais tarde (séc. XIV), por Bártolo e sua escola, irá ter influência marcante e decisiva na formação dos novos Estados europeus e na criação da unidade cultural europeia. É de todos conhecida a relevância do intercâmbio cultural que, desde os sécs. XII-XIII, se estabeleceu entre os estudiosos de vários países da Europa, em torno das ciências do direito romano e do direito canónico.

Situando-nos num plano cultural, não pode esquecer-se ou menosprezar-se a transcendente importância do reencontro com a filosofia e o pensamento helénicos, tarefa a que a Igreja prestou um contributo fundamental³⁹.

13. No campo estritamente político-jurídico, o poder central vai-se, progressiva e firmemente, consolidando, acabando os monarcas por reivindicar para si os mesmos poderes que os antigos imperadores romanos detinham. A *auctoritas universalis* do império sucede a efectiva potestas do rei⁴⁰. Este, à imitação do

³⁹ Sobre o direito romano como um dos fundamentos da unidade cultural europeia, vide ERICH GENZMER, *Il Diritto Romano come Fattore della Civiltà Europea* in «Conferenza Romanistiche», Milano (1960), 111-177.

Quanto à influência do Cristianismo e da Igreja Católica na conservação e posterior divulgação do património cultural greco-latino, que constitui um dos principais pilares da civilização europeia, vide C. DAWSON, *A Formação da Europa*, Braga (1956), 47-88 e 305-311; F. CALASSO (nota 16), 359-364 e 607-628.

⁴⁰ A partir dos sécs. XII-XIII, os reis cristãos passam, por influência do «ius romanum», a assumir-se, mesmo teoricamente, como independentes e a exercer, nos seus domínios, os mesmos poderes (absolutos) que cabiam ao imperador. Se, até aqui, o rei, em obediência ao ideal de um império universal (romano) e da sua reunificação, exercia o poder *ex auctoritate romana*, já, a partir dos sécs. XII-XIII, com o progressivo abandono da ideia e do sentimento de submissão dos reinos cristãos medievais à tutela do Império Romano, os monarcas passam a reivindicar a plenitude potestatis sobre os seus próprios

territórios. Quer dizer, à independência «de facto» soma-se a independência «de iure» face à «maiestas», à «auctoritas» até então representada pelo «Imperium Romanum». A fórmula adoptada para significar esta consciência da «plenitudo potestatis» dos reinos cristãos da (baixa) Idade Média foi: *rex, superiorem non recognoscens in regno suo, est imperator*.

É, portanto, já a partir da baixa Idade Média que os reinos cristãos começam a abandonar a ideia e a tutela de um império a reconstruir na prática e a afirmar a sua independência e soberania, iniciando um processo que se consolidará, no séc. XVI, com a teorização dos conceitos de *soberania* e de *estado* nas obras de vários pensadores, entre os quais cabe mencionar JEAN BODIN, *Six Livres de la République*, 1576.

O Estado moderno (com as suas características da concentração, territorialização e institucionalização do poder) e o conceito de soberania (definido, no plano interno, como um poder supremo e absoluto sobre os cidadãos e, no plano externo, como um poder independente que recusa a supremacia papal e a ideia medieval de império), se é certo que apenas se afirmam e consolidam no séc. XVI — fenómeno político que teve nas graves crises político-religiosas europeias deste século (a *Reforma*) e na necessidade da sua superação uma das suas principais causas —, não parece ser menos verdade que são o resultado, o corolário de um longo processo iniciado na baixa Idade Média.

Neste sentido, diz CECIL SIDNEY WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato — his position in the history of medieval political thought*, Cambridge (1913), 105: «...o que nós desejamos demonstrar neste ensaio é que a moderna ciência política não começou com o regresso de Aristóteles à Europa Ocidental, no séc. XIII, mas com a renovação bolonhesa do direito romano no fim do séc. XI. O nosso Estado moderno não nasceu perfeito com a Renascença, nem a nossa concepção da Igreja e do Estado com a Reforma. Ambos são o fruto de um longo processo desenvolvido na Idade Média, ou, mais exactamente, processos». — Vejam-se, ainda, *spec.*, págs. 105-112 e 384-394. Da mesma opinião, F. CALASSO, *I Glossatori e la Teoria della Sovranità*, Milano (1957), 18-26, 39-81 e 163-173.

Sobre a afirmação corrente — mas que não invalida a tese acabada de referir — que situa o aparecimento dos conceitos de soberania e de Estado no séc. XVI, vide ALFONSO OTERO, *Sobre la «plenitudo potestatis» y los reinos hispanicos* in «AHDE» XXXIV (1964), 153-154; L. CABRAL DE MONCADA, *As Ideias Políticas depois da Reforma: Jean Bodin* in «BFDC» XXIII (1947), 39-55; ANGEL FERRARI, *La Secularización de la Teoria del Estado en las Partidas* in «AHDE» XI (1934), 449-456.

Para concluir, opto por uma referência ao pensamento de F. WILLIAM MAITLAND e de OTTO VON GIERKE, autores que, na obra *Les Théories Politiques*

du Moyen Age (trad. do inglês e do alemão), Paris (1914) fundamentam a tese de que os modernos conceitos de Soberania e de Estado, embora se definam e afirmem a partir do séc. XVI, têm a sua génese nas teorias políticas da (baixa) Idade Média. Diz MAITLAND, a págs. 3-4: na verdade, a filosofia política da Idade Média aparece como uma «introdução ao pensamento moderno. As ideias que vão dominar e dividir a humanidade do século XVI ao século XIX — a Soberania, o Senhor Soberano, o Povo Soberano, a Representação do Povo, o Contrato Social, o Direito Natural do homem, o Direito Divino dos Reis, a subordinação do Direito Positivo ao Estado e a subordinação do Estado ao Direito Natural — ...parecem ser maneiras de ver que, sob a influência da antiguidade clássica, se desenvolveram no decurso das discussões da Idade Média».

Por sua vez, afirma von GIERKE, pág. 89: a tendência e os esforços desenvolvidos «para se conseguir uma ideia completa e racional da Igreja e do Estado, e para compreender assim, de uma maneira científica, a natureza de toda a ordem social humana... só no séc. XIII aparecem formulados numa teoria de Direito Público bem definida. A partir desta época, as doutrinas dos Publicistas, continuamente aperfeiçoadas e ampliadas, jamais se bastaram com o papel de simples doutrinas de Direito Público, visando, sim, elaborar e difundir uma filosofia, independente e sem precedente, do Estado e do Direito. E foi assim que elas introduziram uma dinâmica inteiramente nova na história das ideias jurídicas. Diversas disciplinas colaboraram nesta tarefa: a Teologia, a Escolástica e a História Política encontraram-se com os trabalhos de polemistas e dos juristas profissionais». E, a pág. 274, conclui: «Entretanto, no conjunto, observa-se que, desde a Idade Média, a tendência da teoria no sentido de aumentar, sem cessar, a soberania do Estado conduziu a fazer deste o único representante de toda a vida colectiva. E, nesta direcção, a jurisprudência foi ultrapassada, de longe, pela filosofia política».

— Saliente-se, por último, que, no caso da Península Ibérica, a atitude de independência, que os reis da Europa em geral começam a assumir desde o séc. XIII, já se tinha afirmado, muitos séculos antes, com a monarquia visigótica, a partir de Leovigildo (fins do séc. VI). Entre os factores, que determinaram uma tão precoce afirmação da consciência nacional visigoda, esteve a pretensão do Império Bizantino de reunificar o antigo Império Romano, chegando mesmo a ocupar uma parcela da Hispânia, facto que terá provocado um movimento de independência total em relação ao Império (a chamada *exemptio ab imperio*). Este sentimento de emancipação política, revigorado pelo tradicional nacionalismo da Igreja visigótica, provocou, segundo alguns autores, uma forte consciência nacional que, por sua vez, fez com que os monarcas godos afirmassem a plenitude dos poderes sobre o seu território. É sintomático, quanto a todo o processo que conduziu à «*exemptio ab imperio*», o facto de

imperador romano cujo direito⁴¹ passa, agora, a ser estudado e a inspirar as leis nacionais, vai chamar a si a primordial tarefa de legislar para todo o território nacional, reduzindo, simultaneamente, o papel dos direitos consuetudinário e municipal⁴².

S. Isidoro de Sevilha ter sido um exilado fugido de Cartagená ocupada pelas tropas de Bizâncio.

Em conclusão, os visigodos que tinham começado por se considerar como meros sucessores dos governadores provinciais do Império Romano, isto é, como representantes do imperador («assentamento provincial»), acabam por se vir a assumir como detentores dos mesmos poderes que cabiam ao imperador romano, adoptando, inclusivé, o título de *Flavius*, designação própria dos imperadores do Baixo-Império. — Cf., sobre este ponto, ALFONSO OTERO (citado nesta nota), 141-162, *spec.*, 155-162; A. M. HESPANHA, *História...* (nota 7), 489 e bibliografia citada em nota 1039 da referida página. — Sobre a relevância política da filosofia escolástica medieval, ver, ainda, L. C. MONCADA, *Estudos de História do Direito II*, Coimbra (1949), 64 — nota 2 e 73-75; A. M. HESPANHA, *ibidem*, 316-322 e 414-425.

⁴¹ V., sobre a relação entre o «*ius romanum*» e o «*imperium*», SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano* (2.ª ed.), Coimbra (1973), 54-57 e 72-78; ainda, sobre a tese de que o direito romano foi a expressão do génio político romano, JUAN IGLESIAS, *Política y Derecho en Roma* in «AHDE» XV (1944), 659-675.

Quanto ao conceito de «*imperium*» e ao papel por esta ideia desempenhado, ao longo da história, vide J. BENEYTO PEREZ, *La Evolucion de la Idea de «Imperium» en la Edad Media* in «AHDE» XIV (1942-1943), 623-629.

⁴² A tendência para a centralização do poder nas mãos do rei e para o progressivo reconhecimento deste como senhor absoluto haveria, de forma lógica e inevitável, de conduzir à concentração, na pessoa do monarca, do poder normativo (legislativo), com a consequente limitação — enquanto não fosse chegada a hora da extinção total — do direito costumeiro e municipal. Efectivamente, com o séc. XIII, vão-se multiplicar os ataques ao direito foral e ao municipalismo (principal cenário sócio-político da vida comunitária entre os sécs. XI-XIII).

Na lógica da tendência absolutista de então, como na de qualquer período histórico, a autonomia das comunidades intermédias é, necessariamente, olhada como um obstáculo a abater. Foi assim e sempre o há-de ser...

Quanto ao período que estamos a considerar, pode dizer-se que, nos sécs. XIV-XV, o movimento municipal já era, praticamente, inócuo para o poder central, pois tinha perdido a «guerra». V. MERÇA, *Lições...* (nota 16) 59-69; M. J. ALMEIDA COSTA (nota 19), 23-32; von GIERKE (nota 40), 254-255; A. M. HESPANHA, *História...* (nota 7), 245-247 e 251-259.

— No âmbito deste tema, interessante e útil para o momento actual é a leitura de uma recente investigação de J. A. SARDINA PARAMO (nota 19), onde o autor, depois de analisar os diferentes significados histórico-jurídicos

Este fenómeno de *centralização e fortalecimento do poder político*, inspirado pelo lema «*unum imperium unum ius*», torna-se patente, na Península, a partir do séc. XIII. Basta pensar, quanto a Portugal, na actividade legislativa de D. Afonso II (Cortes de Coimbra, 1211), actividade que recebe grande incremento nos reinados seguintes⁴³.

Relativamente a Castela, a extensa obra legislativa (*Flores das Leis, Foro Real* e, sobretudo, as *Sete Partidas*) do rei sábio Afonso X, se, a um tempo, revela um notável e profundo conhecimento do direito romano justinianeu e uma técnica jurídica admirável para um autor do séc. XIII, reflecte, também e de forma inequívoca, a preocupação centralizadora da época⁴⁴.

do termo «*forum*», a relevância sócio-política do direito foral no passado peninsular, as crises e os ataques ao direito foral e ao municipalismo, a partir do séc. XIII, e as difíceis e hostis relações entre o Estado constitucional liberal e o municipalismo, termina por relacionar o foralismo (enquanto direito autárquico que, norteado pela justiça, tem por objectivo a realização do bem comum) com o Estado de Direito, procurando demonstrar que, em verdade, não há qualquer incompatibilidade entre estas duas realidades jurídicas, podendo, bem pelo contrário, ver-se o foralismo (o municipalismo e o regionalismo) como uma das formas com mais virtualidades para a efectivação do autêntico Estado de Direito, isto é, do Estado que, partindo do reconhecimento da liberdade individual e das comunidades locais, procura realizar a justiça concreta.

Veja-se, também, BAPTISTA MACHADO, *Participação...* (nota 12); entre outras, págs. 30-35, 57 e ss.

⁴³ Cf. *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa (Universidade de Lisboa — Faculdade de Direito), (1971).

⁴⁴ Sobre esforços desenvolvidos pelos primeiros reis de Portugal no caminho da centralização do poder político; influência que a obra de Afonso X exerceu em Portugal; repercussão do direito romano e do direito canónico na doutrina e legislação destes dois países; vide MERÇA, *Lições...* (nota 16), 59-69 e 77-104; BRAGA DA CRUZ (nota 16); EDUARDO CORREIA (nota 16), 25-29; M. J. ALMEIDA COSTA, *Cultura Jurídica Medieval em Portugal*, Coimbra (1959); IDEM, *La Présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, Coimbra (1966); IDEM, *Romanisme et Bartolisme dans le Droit Portugais*, Milano (1961); A. M. HESPANHA, *História...* (nota 7), 489-503; F. CALASSO (nota 16), 611-617; GALO SÁNCHEZ (nota 19), 247; LÓPEZ ORTIZ, *La Coleccion Conocida con el Título «Leyes Nuevas» y Atribuida a Alfonso X el Sabio* in «AHDE» XVI (1945), 5-70; RODRÍGUEZ FLORES, *El Perdon Real en Castilla*, Salamanca (1971), 17 e 79-87; SARDINA PARAMO (nota 19), 78-85.

14. O direito penal, como tónica sensível das transformações económicas, sociais, culturais e políticas, não podia deixar de reflectir os efeitos das transformações operadas a partir dos sécs. XII-XIII. De facto, o processo de centralização política, que se virá a consolidar na Idade Moderna, determinou, naturalmente, uma progressiva publicização do *ius puniendi*.

A baixa Idade Média constitui como que a charneira entre direito penal de justiça privada (alta Idade Média) e um direito penal público (Idade Moderna). O direito penal, vigente no período que vai do séc. XIII ao séc. XV, revela-se como um sistema misto: ao lado de um direito penal público que, sob a influência do direito justinianeu e do direito canónico atribui à autoridade real o «*ius puniendi*», passa a considerar o crime como ofensa a toda a comunidade nacional⁴⁵, começa a recorrer, com frequência à pena de morte⁴⁶ e evolui para a consagração do processo inquisitório⁴⁷, dizíamos, lado a lado com este direito penal oficial,

⁴⁵ Como refere GEORGES PICCA, *La Criminologie*, Paris (1983), 84: com a centralização do poder político, a repressão passa a ser racializada, deixando a vingança de ser exercida pela vítima ou pela família e passando para a sociedade (o que significa dizer para o rei) cuja ordem foi perturbada pela infracção.

⁴⁶ A progressiva aplicação da pena de morte acompanha e resulta da crescente afirmação do poder régio (centralização do poder político) e da correspondente publicização do «*ius puniendi*», factores que levam à consideração do delito como ofensa ao rei, senhor e representante natural do todo nacional, criando as condições para a efectiva execução da pena capital.

— Sobre a relação entre a pena de morte e a perda absoluta da paz, vide ORLANDIS (nota 14), 131 e 139-146; HERCULANO (nota 13) VIII, 172-177; EDUARDO CORREIA (nota 16), 17-19.

— Quanto à origem da pena de morte e sua utilização por todos os povos primitivos, bem como sobre a conexão entre a pena capital e o exílio forçado (proscrição ou banimento), vide *supra*, nota 30 e MANZINI (nota 18), 50-55.

⁴⁷ RUIZ FUNES, *En torno a la Pesquisa y Procedimiento Inquisitivo en el Derecho Castellano-Leones de la Edad Media* in «AHDE» XXXII (1962), 483-517; TOMÁS y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid (1969), 25 e 153-200.

sobrevive, até ao período das monarquias absolutas, um direito penal de autotutela, de cariz germânico.

Compreende-se que assim tenha sido. Não seria de um momento para o outro que as populações iriam abandonar hábitos interiorizados ao longo de vários séculos. E, assim, é que os reis tiveram, ao mesmo tempo que iam afirmando o carácter público do «*ius puniendi*», de condescender com certas práticas de autotutela, como a «perda da paz» e a «inimizade»⁴⁸.

15. (cont.) — Corolário lógico e natural da acentuada tendência real para a monopolização do poder político e do poder punitivo, eis que a «mundividência altomedieval» — que tinha assumido os valores da paz, da solidariedade e da fidelidade como realidades naturais — vai ser posta em causa.

A nova teorização política (iniciada pelo escolo dos «glosadores» dos sécs. XI-XIII, desenvolvida pelos «comentadores» no séc. XIV, e sistematizada pelos «tratadistas» ou «praxistas» dos sécs. XV-XVI),

⁴⁸ Sobre estas instituições típicas da alta Idade Média, ver *supra*, n.º 8 e nota 18.

— Como prova desta supervivência da concepção privatística do direito penal altomedieval, num tempo em que um novo ideário político-jurídico advogava a institucionalização de um direito penal público (o que nos demonstra que, por vezes e, sobretudo, em estádios mais recuados da história, nem sempre o direito legislado é o direito vivido) basta atentar no facto de as «Sete Partidas» de Afonso X terem sido publicadas em 1265 e só haverem entrado em vigor, como direito subsidiário, em 1348, por força do Ordenamento de Alcalá. É que o carácter centralizador e a consequente reivindicação do monopólio real do exercício da justiça punitiva desta obra legislativa não teria, ao tempo da sua publicação, a mínima receptividade na consciência das populações habituadas ao seu espaço de autonomia e à efectivação, por suas próprias mãos, da justiça penal.

Quanto a Portugal, repare-se na resistência que, especialmente por parte da nobreza, foi oposta à lei de D. Afonso IV (inserta nas Ordenações Afonsinas, livro V, título 53) que proibia a «todo o fidalgo ou vilão que acoime, tome vindicta ou se despique por si», exigindo, pelo contrário, que se recorresse à justiça. — Vide EDUARDO CORREIA (nota 16), 27-28; A. M. HESPANHA, *História...* (nota 7), 21; TOMÁS y VALIENTE (nota 47), 25 e ss.

convertendo o rei em senhor absoluto, detentor directo de um poder divino para governar com justiça e, portanto, responsável somente perante Deus, titular exclusivo do poder legiferante («quod principi placuit legis habet vigorem»), colocado acima das suas próprias leis («princeps a legibus solutus»), administrador e juiz único e supremo, dizíamos, esta nova visão política, na mesma medida em que fere de morte as instituições intermédias (municipais, senhoriais, corporativas), *retira à solidariedade o conteúdo psicossociológico e ético que ela possuía na alta Idade Média*⁴⁹.

Por sua vez, também a concepção altomedieval da fidelidade entra em crise. O ambiente peculiar, que tinha levado as comunidades locais e mesmo a comunidade nacional a assumir a fidelidade, natural e espontaneamente surgida entre determinadas pessoas, como valor fundamental da vivência social⁵⁰, tinha desaparecido. Passando o monarca a considerar-se como senhor absoluto, identificando-se com a «maiestas», a «potestas» ou a soberania («rex, superiorem non recognoscens in regno suo, est imperator»), os subordinados (o indivíduo e os grupos intermédios) já não caracteriam, para a sua segurança frente aos inimigos internos e externos, de fazer apelo à fidelidade ou lealdade recíprocas dos membros do mesmo grupo a que pertenciam; agora, essa segurança devem eles procurá-la no poder soberano do rei: a subsistência das comunidades locais e nacional, a ordem social e a convivência política têm como garante único o «imperium» do monarca. Deixa, portanto, a relação entre o monarca e os governados de ser uma relação de coordenação, de reciprocidade⁵¹. A noção e ao sentimento de fidelidade (pessoal) substitui-se o conceito e o dever jurídico de *sujeição*: a obediência ao

⁴⁹ Cf. *supra*, n.º 6.

⁵⁰ Cf. *supra*, n.º 6.

⁵¹ Já não ecoava a voz de S. Isidoro de Sevilha: «rex eris si recte facias, si non facias non eris».

rei e às suas leis deixa de ser vista como um dever pessoal de lealdade para se configurar como uma exigência, uma imposição do «imperium» de que está revestido o rei⁵².

Posto em causa o valor da fidelidade nas suas características de espontaneidade e pessoalidade do vínculo e da reciprocidade dos deveres, em causa haveria de ficar o delito de traição que na infracção daquele valor descobria a sua nota essencial⁵³. Assim, efectivamente, aconteceu. O condicionalismo baixomedieval, já referido, provoca a crise da traição altomedieval, crise que se consumará, nos sécs. XIV-XV, por influência da literatura jurídica italiana baixomedieval, mediante a identificação da traição com o «crimen lesae maiestatis» do direito imperial romano⁵⁴.

Traição passa a reduzir-se à traição régia e esta a ser sinónimo de *crime de lesa majestade*⁵⁵. De ora em diante e até finais

⁵² Como salienta IGLESIA FERREIROS (nota 16), 69: «desaparecida a comunidade política, a fidelidade é a única garantia da vida social», sendo, correlativamente, exacto que «a crise da fidelidade pressagia a aparição do Estado...». — Vide, também, O. BRUNNER (nota 18), 299-312.

⁵³ Cf. *supra*, n.º 8.

⁵⁴ O ponto de partida e de constante referência, quer por parte da doutrina quer por parte da lei, vê-o o crime de lesa majestade na denominada *Lex Julia Maiestatis* cuja paternidade, segundo uns, terá cabido a Júlio César, para outros, pertenceria a Octávio Augusto.

Sobre a origem histórica desta lei, inserta no «Corpus Iuris Civilis» (*Código* 9.8; *Digesto* 48), vide CARLO CHISALBERTI, *Sulla Teoria dei Delitti di Lesa Maiestà nell' Diritto Comune* in «Archivio Giuridico» CXLIX (1955), 142-146.

Sobre a teorização do crime de lesa majestade (conceito; espécies: crime de lesa majestade divina e crime de lesa majestade humana e, relativamente a este último, crime de lesa majestade propriamente dito ou de primeira cabeça e crime de quase lesa majestade ou de segunda cabeça; conexão entre a teoria da soberania e a teoria de lesa majestade), vide nosso estudo (nota 14), 87-125; CARLO CHISALBERTI (citado nesta nota), 101-102, 118-131, 160-165; F. CALASSO (nota 40), 111-123; TOMÁS y VALIENTE (nota 47), 23, 85-93, 271-273 e 394-395; DÉNIS SZABO, *Criminologie et Politique Criminelle*, Paris/Montreal (1978), 192 e 202.

⁵⁵ Sobre a evolução do conceito (alto) medieval de traição como infidelidade concreta, pessoal e vivencial para o conceito moderno de traição como

do séc. XVIII, o delito de traição converter-se-à num meio de protecção de poder político personificado no rei e na sua majestade. A figura jurídica da traição, instrumentalizando-se, formaliza-se e empobrece⁵⁶.

16. (cont.) — O direito penal do período em análise caracteriza-se pela sua desumanidade, crueldade, desigualdade, arbitrariedade e, conseqüentemente, pela sua natureza exacerbadamente repressiva e intimidativa.

Ilimitado o «ius puniendi» do rei, este vê na pena o mais eficaz meio de defesa da sua pessoa e do seu domínio. Nota essencial desta época, máxime dos sécs. XVII-XVIII, é a instru-

crime de lesa majestade, isto é, como infidelidade abstracta e legal, vide von GIERKE (nota 40), 154-164; IGLESIA FERREIROS (nota 16), 148-204; IDEM, *La Crisis de la Noción de Fidelidad en al Obra de Diego de San Pedro* in «AHDE» XXXIX (1969), 707-709; C. GHISALBERTI (nota 54), 150-160; F. CALASSO (nota 40), 111-112 e 120-123; nosso trabalho (nota 14), 87 e ss.

⁵⁶ Os principais documentos legislativos portugueses e castelhanos reflectem, claramente, a desnaturação da traição (alto) medieval e a sua progressiva conversão no crime de lesa majestade.

Quanto ao direito português, ver, no *Livro das Leis e Posturas*, a lei de D. Afonso II (1211), cuja epígrafe reza: «Como el Rey manda que nom leuem nemjalha dos que forem acusados en casos de treyçom; *Ordenações Afonsinas* (1446), liv. V, tit. II: «Dos que fazem treyçom, ou alicve contra El Rei, ou seu Estado Real»; *Ordenações Manuelinas* (1521), liv. V, tit. III: «Da lesa Majestade, e dos que cometem traiçom contra o Rey, ou seu Real Estado, ou fazem outros crimes atraçoadamente»; *Ordenações Filipinas* (1603), liv. V, tit. VI: «Do crime de Lesa Majestade» — Nota: estas Ordenações só foram totalmente revogadas, na 2.ª metade doséc. XIX, com a publicação dos códigos modernos.

Relativamente ao direito castelhano, vide *Partida II* (tít. 2 a 19) — onde Afonso X assume a tradição peninsular visigótica e altomedieval da fidelidade como pressuposto essencial da traição — e *Partida VII* (tít. 2, leis 1 a 3) — na qual, de forma contraditória com a tese acolhida em *Partida II*, já o mesmo rei sábio nos oferece um conceito de traição inspirado e modelado nos princípios da doutrina e das leis romano-imperiais, aparecendo a gravidade da ofensa ao rei, não ligada à deslealdade ou infidelidade cometida (cf. *supra*, n.º 8) mas à natureza do próprio sujeito passivo da infracção: a majestade real.

mentalização política da lei penal. A pena assume-se como condição para o absolutismo régio⁵⁷.

A pena deixa de ter como objectivo principal o restabelecimento da ordem social e jurídica perturbada pelo delito, mediante a aplicação, ao infractor, de um castigo (mal) equivalente ao mal (dano) que ele causou à sociedade (retribuição), passando a ter uma finalidade, primordialmente, preventiva. Prevenção caracterizada pela intimidação e, quando necessário, pelo terror a incutir nos súbditos (*prevenção geral de intimidação*⁵⁸).

Ao serviço desta finalidade, está todo um arsenal de penas cruéis, completado pela forma bárbara da sua execução e coroado pela grande publicidade das condenações e execuções⁵⁹.

A variedade das penas pode tentar reduzir-se às seguintes categorias: *penas capitais* (pena de morte e pena de morte cruel, podendo a sua execução ser por enforcamento — porventura, a modalidade mais frequente —, por decapitação ou pelo fogo e, no caso de morte cruel, sendo a execução precedida de atrozes suplícios); *penas corporais* (flagelação, mutilação, castração, etc.);

⁵⁷ TOMÁS y VALIENTE (nota 47), 23-24, 45-46.

⁵⁸ Afirmar-se que o principal fim da pena, no período do absolutismo monárquico, era a intimidação (prevenção geral negativa) não significa que não tivesse havido pensadores (filósofos, moralistas, juristas) a defenderem uma política criminal de prevenção especial, isto é, que acentuasse a finalidade de emenda ou correcção do condenado a conseguir através da execução da pena. Houve-os, efectivamente; todavia, suas vozes e seus escritos não foram capazes de fazer inflectir a dinâmica do poder absoluto que, ao insucesso da sua política de intimidação, tendia a seguir o caminho do terror penal — Vide TOMÁS y VALIENTE (nota 47), 353-365; EDUARDO CORREIA (nota 16), 78-79; G. PICCA (nota 45), 84-85, onde se refere que foi o pensamento cristão que procurou suavizar esta crueldade penal, acentuando, ao lado do carácter retributivo da pena, o sentido de emenda e de recuperação do condenado. E porque a Igreja visava a emenda, seu direito canónico recusava a pena de morte e as mutilações — penas irreversíveis.

⁵⁹ Para uma caracterização global do direito penal da baixa Idade Média e da Idade Moderna, vide EDUARDO CORREIA (nota 16), 25-71; TOMÁS y VALIENTE (nota 47).

penas contra a liberdade (degredo, desterro, servidão, galés)⁶⁰; penas pecuniárias (confisco, multa).

Para que a intimidação fosse o mais completa, o mais aterrozadora possível, convinha dar o máximo de publicidade à atrocidade do castigo e da sua execução. Daqui, a exposição no pelourinho, as marcas de ferro no rosto, o baraço e pregão, etc.⁶¹.

Nos crimes mais graves, especialmente no crime político de lesa majestade, a infâmia do condenado (sujeito a morte cruel e ao confisco de todos os seus bens⁶²) transmitia-se aos seus des-

⁶⁰ Até fins do séc. XVIII (Iluminismo Criminal), a prisão desempenha uma função preventiva ou coercitiva, só muito raramente se aplicando como pena repressiva. Sobre isto, vide EDUARDO CORREIA (nota 16), 39, 49 e 55.

⁶¹ Vide EDUARDO CORREIA (nota 16), 42, 50-51, 59-60; TOMÁS Y VALIENTE (nota 47), 354-357, referindo que o pregoeiro, depois de indicar a causa da condenação e qual a forma de morte imposta, terminava, normalmente, com as seguintes palavras: «que seja enforcado até que morra, para que a ele sirva de castigo e aos outros de exemplo. Quem tal faz que tal pague» — pág. 356; e, na pág. seguinte, escreve: «como as causas sociais... que impediam ao crime não se corrigiam e como, quando se chega a determinado nível de desespero, o medo não é travão suficiente... o medo à pena foi muitas vezes ineficaz. Desencadeia-se uma luta entre a insensibilização colectiva ao sofrimento alheio ou próprio, a necessidade de buscar sustento, muitas vezes, por forma ilegal, as paixões violentas de uma sociedade pouco ou nada pacífica, e a força atemorizadora do rei e sua lei. Daqui, a complexidade rebuscada de muitos tormentos e de muitas execuções da pena capital. Daqui, a publicidade das execuções, os pregões e a colocação das celas dos réus em lugares de muito trânsito (praças públicas, cruzeiros de caminhos, entradas ou portas das cidades...). Muitas crueldades aparentemente desnecessárias têm a sua razão de ser nesta intenção de provocar medo colectivo».

⁶² A crueldade e, diga-se mesmo, iniquidade do sistema punitivo das monarquias absolutas atingiu o seu clímax na punição dos crimes de lesa majestade. As nossas Ordenações, tal como a generalidade dos direitos europeus dos sécs. XV ao XVIII, seguem, nesta matéria da punição dos crimes de lesa majestade propriamente ditos (isto é, os mais graves dos crimes de lesa majestade, ou sejam aqueles delitos que atingiam, directamente, a pessoa do rei ou o «seu Estado real» — crimes que, na sua generalidade, virão a integrar, a partir dos sécs. XVIII-XIX, os denominados «crimes contra a segurança interior e exterior do Estado»), o disposto na tão famosa quão cruel constituição dos imperadores romanos Arcádio e Honório (ano 397), conhecida por *lex Quisquis*.

Esta «*lex Quisquis*», inserta no «Corpus Iuris», *Código* 9.8.5., estabelecia: «*Quisquis cum militibus, vel privatis, vel barbaris inierit factionem... gladio*

condentes, trazendo consigo todo um cortejo de terríficas consequências de natureza social, profissional e jurídica⁶³, tão terríveis

feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro addictis. BARTOLI, no seu *Commentaria*, Venetiis (MDCXV), 119, escrevia, a propósito da mencionada lei: «*Quisquis qui prodicionem fecerint, vel tractaverint contra Principem... puniuntur morte et publicatione bonorum...*».

Como escrevemos no nosso estudo (nota 14), pág. 126: «Apesar dos esforços da dogmática jurídica dos comentadores e tratadistas, no sentido de fazerem uma interpretação restritiva do alcance da referida lei, com o objectivo de minorarem a sua desumanidade, a verdade é que o poder político, agora «sacralizado» e abolutizado, viu no acolhimento integral da «*lex Quisquis*» o melhor meio de se defender dos eventuais ataques de quem pudessem ser alvo. Assim, de nada valeram, na prática, as tentativas de uma interpretação humanitária da referida lei, acabando esta por ser acolhida nas legislações nacionais e sendo aplicada com todo o rigor e severidade».

O mais dramático de tudo foi que a dinâmica terrorista do poder absoluto acabou por aplicar tão severa lei a factos que só o arbítrio do rei podia qualificar de crimes de lesa majestade. Pense-se no que aconteceu aos participantes no célebre «Motim do Porto» e aos «Távoras», no consulado do Marquês de Pombal.

Em resumo, era o seguinte o tratamento jurídico-penal do crime de lesa majestade propriamente dito: morte cruel e confisco («deve por ello morrer naturalmente de morte cruel, e todos seus bees, que ouyer ao tempo da condapnaçom, devem ser confiscados pera nós, nom embargando que filhos lidimos aja, ou alguns acendentes...», assim proclamavam as *Ordenações Afonsinas* V. 2.12., como as *Manuelinas* V. 3. 9-10. e as *Filipinas* V. 6. 9-10); *acusação post mortem* (na linha do preceito romano, contido em *Código* 9.8.6: «*Maiestatis rei etiam post mortem tenentur, et confiscatur eorum substantia... memoria defuncti damnatur*» — verdadeira excepção ao princípio geral de que «*mors omnia solvit*» consagrado, p. e., em *Digesto* 48.1.6.: «*defuncto eo, qui reus fuit criminis et poena extincta in quacumque causa criminis extincti...*» — afirmavam as *Ordenações Afonsinas* V. 2.27.: «E dizemos ainda, que... se o culpado morresse ante que fosse acusado, preso, ou afamado da dita maldad, ainda despois da sua morte se pode bem enquerer da dita maldad, por tal que se achado for que verdadeiramente he culpado, seja sua memória dapnada, e sus bens confiscados pera a Coroa do Regno...»).

⁶³ O princípio da pessoalidade da responsabilidade penal e, portanto, da sua intransmissibilidade sofre, nos crimes de lesa majestade de 1.ª cabeça, uma gravíssima excepção, ao serem considerados infames os filhos varões do condenado. E, facto curioso, as nossas Ordenações, na senda da «*lex Quisquis*», estabelecem a discriminação entre filhos e filhas, projectando a infâmia apenas sobre os primeiros. Assim, declaram as *Ordenações Afonsinas* V. 2.29. (reproduzindo a tristemente célebre *lex Quisquis*: «*Filii... materna... proxi-*

que, como diziam os autores coevos, «para eles a morte seria um alívio, a vida um tormento».

17. (cont.) — Como manifestação da «plenitudo potestatis», que o rei, a partir da baixa Idade Média, chama a si, encontra-se, também, o direito de perdoar. O «ius condonandi», enquanto isenção que é da aplicação de uma lei, compete, lógica e exclusivamente, ao rei. Efectivamente, os documentos jurídicos e literários da época são unânimes na afirmação de que o poder de conceder graça está conexionado com o poder de legislar: se apenas o rei pode fazer as leis, só ele goza da faculdade de impedir a sua aplicação⁶⁴. E, neste cenário político-jurídico, não admira que *voluntariedade e a arbitrariedade* se imponham

morum hereditati... habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes... infamia eos paterna semper comitetur...): «...os filhos lydemos são excluídos da herança do Padre, em tal caso todos seus filhos barões devem ficar por enfamados para sempre, de maneira que nunca poderom aver honra de cavallaria, nem de outra dignidade, nem officio, nem poderom herdar a parente que ajam, nem a outro estranho que os estabeleça por herdeiros, nem aver cousa algũa que lhes seja dada antre vivos, ou leixada em testamento alguũ, ou qualquer outra pustumeira voontade salvo sendo primeiramente per nós restituídos aa sua primeira fama, e estado: e esta pena devem aver polla maldade, que seu Padre fez».

Registe-se, ainda, que as *Ordenações Filipinas* V. 6.13. foram ainda mais longe, ao estenderem aos netos a infâmia, no caso de o crime de lesa majestade ter sido cometido pelo avô.

Esta transmissibilidade da infâmia aos descendentes do «crimen maiestatis», que, como dissemos, remonta ao direito romano, permaneceu até ao movimento jusracionalista dos fins do séc. XVIII, tendo sido consagrada pelo direito visigótico, a partir do C. Toledo XIII, cânon 1 e, sobretudo, C. Toledo XVI, cânon 10.

— Sobre a *infâmia* como instituição jurídico-penal («infamia iuris»), bem como sobre a infâmia como estigma sociológico («infamia facti»), vide LÉON POMMERAY, *Études sur l'Infamie en Droit Romain*, Paris (1937); ARLETTE LEBIGRE, *La Responsabilité Pénale en Droit Romain Classique*, Paris (1967), 5-10, 91-105; C. GHISALBERTI (nota 54), 171-177; EDUARDO CORREIA (nota 16), 23-25, 42, 50-51, 59 e 68-70; PEREIRA E SOUSA, *Classes dos Crimes por Ordem Sistemática* (1803), §§ 21.º e 22.º.

⁶⁴ RODRIGUEZ FLORES, *El Perdón Real en Castilla*, Salamanca (1971), 80-81.

como características fundamentais da graça real — «quod principi placuit legis habet vigorem; principes a legibus soluti».

Seguindo uma longa tradição, as medidas de clemência (amnistia, indulto, comutação) eram, frequentemente, utilizadas para celebrar acontecimentos felizes para o rei e sua família ou para todo o reino: nascimento de um príncipe, tratado de paz ou vitória sobre nação inimiga. A Semana Santa era também ocasião para os reis cristãos mostrarem o seu «amor de Nosso Senhor Jesus Cristo», concedendo perdões gerais⁶⁵. Mas, tal como desde sempre e ainda nos nossos dias, a concessão de graça foi, muitas vezes, determinada por motivos políticos. Considerada como meio de pacificação social⁶⁶, a *clemência* foi, frequentemente, usada *como arma política* ao serviço exclusivo da manutenção do poder. E foi, especialmente, em função do poder que a «indulgentia principis» foi vista por Maquiavel (o *Príncipe*) e pelo absolutismo monárquico, servido por uma filosofia política da relativização dos meios⁶⁷⁻⁶⁸.

⁶⁵ O perdão geral outorgado na Sexta-Feira Santa assemelha-se à «abolitio paschalis» do Baixo-Império Romano, prevista no *Código Teodosiano* 9.38. 3 e 4. Sobre o perdão de Sexta-Feira Santa, vide RODRIGUEZ FLORES (nota 64), 46-66; J. FOVIAUX, *La Rémission des Peines et des Condamnations*, Paris (1970), 101-112.

⁶⁶ Exemplo de perdões motivados pela necessidade de pacificação social foram os vários éditos publicados na sequência das guerras religiosas do séc. XVI. Os respectivos preâmbulos salientavam que o perdão geral (amnistia) visava o «repouso geral e universal do reino» e a necessidade de «esquecer todas as perturbações e sedições». — Vide J. FOVIAUX (nota 65), 69-76.

⁶⁷ Sobre o papel desempenhado por Maquiavel, pode ver-se CABRAL MONCADA, *As Ideias...* (nota 40), 47-55.

⁶⁸ É certo que a doutrina e os próprios textos legais não deixaram de, muitas vezes, referir que o direito de clemência devia ser exercido no interesse do *bem comum* e no caso de haver *justa causa*. Na verdade, teólogos, moralistas e juriconsultos reagiram contra o abuso das medidas de graça, argumentando que, embora o rei seja senhor das suas próprias leis, podendo assim impedir a sua aplicação, não pode, contudo, esquecer que sobre ele incide o dever de governar a sociedade no respeito dos princípios da ordem natural.

Segundo FRANCISCO DE VITÓRIA, *De Iustitia et de Iure* IV, 15, n.º 3: o abuso na concessão de perdões gerais provoca o aumento da criminalidade já que

Em princípio, eram irremissíveis os crimes de lesa majestade humana e os crimes de lesa majestade divina (heresia, apostasia, blasfémia⁶⁹). Imperdoáveis eram ainda, em muitos casos, os crimes de falsificação de moeda, desobediência à autoridade judicial, rapto violento⁷⁰.

Factos conjunturais de natureza político-militar e mesmo financeira, tanto foram causa da concessão do perdão (comutação) como fundamento da inadmissibilidade da clemência régia. Efectivamente, sobretudo nos sécs. XVI-XVIII, sob pressão de necessidades político-militares relacionadas com a colonização das terras descobertas, tornam-se frequentes as penas de *desterro* e consagra-se a pena das galés (remos). Ora, a mesma «lógica» que esteve na origem da aplicação mais frequente da pena de *desterro* para o Ultramar e da criação da pena de galés, levou também a excluir do benefício do perdão público os condenados nessas penas.

Como é evidente, não estava em causa a gravidade do crime — aplicando-se estas sanções a uma multiplicidade dos

o delincente sempre tem a esperança de vir a ser abrangido por um dos numerosos perdões que é hábito os reis concederem. Por sua vez, proclamava BOTERO, *Della Ragion di Stato*, Venezia (1589), 39-40 (apud MANZINI, *Diritto Penale* III, Torino (1950), 391 — nota 4): embora seja reconhecida ao rei legitimidade para perdoar, é necessário fazê-lo com moderação, não usando de «graça para quem quer que seja, com prejuízo da Justiça e da República. Não da Justiça porque esta deve ser a regra e a norma de todo o governo político: e o perdoar aquele que não tem qualquer desculpa de ignorância ou de justador, não é fazer graça mas cometer iniquidade. Não da República, porque o principal fim, para o qual os povos pagam os tributos e os encargos ao Príncipe, é sim para que ele os mantenha em paz, em sossego, por meio da Justiça. Ora a graça feita sem respeito, ou da equidade, ou do bem público, perturba todas as coisas e até, frequentes vezes, cava as ruínas dos Estados».

Contudo, apesar destas e doutras declarações, o direito de clemência foi arbitrariamente exercido.

⁶⁹ As penas aplicadas a estes crimes pelos tribunais eclesiásticos eram executadas pelos «desembargadores da Justiça» real. — Cf. *Ordenações Afonsinas* V. 1.

⁷⁰ EDUARDO CORREIA (nota 16), 64; RODRIGUEZ FLORES (nota 64), 100-118; J. FOVIAUX (nota 65), 49, 55, 59.

mais variados delitos — mas, sim, a necessidade de recrutar homens para tarefas que, devido à sua penosidade, ninguém aceitava, voluntariamente, exercer⁷¹.

Diga-se, por último, que, embora as hipóteses referidas fossem normalmente excluídas da clemência pública, há, todavia, que não esquecer que, de acordo com o fundamental princípio do poder absoluto e arbitrário do rei, este podia, se assim o entendesse, conceder graça mesmo a quem, em princípio e segundo a doutrina e as suas próprias leis, dela devia ser afastado⁷².

IV. A Idade Contemporânea (da 2.ª metade do séc. XVIII aos nossos dias) e o Diritto Penal

18. Somos chegados ao período histórico correntemente designado por *Idade Contemporânea*. E, porventura, ainda correctamente denominado. De facto, o tempo que nos é dado viver ainda beneficia e padece das consequências práticas da pluralidade e antagonismo das teorias que irromperam, nos

⁷¹ Sobre a não concessão do perdão régio aos condenados ao *desterro* e às galés, vide RODRIGUEZ FLORES (nota 64), 105-110; J. FOVIAUX (nota 65), 63-65.

— Inversamente, pode afirmar-se ter sido comum aos vários países europeus com territórios ultramarinos a tendência para comutar as diferentes penas aplicadas nas penas de galés, de *desterro* e de trabalhos públicos penosos (p. e., mineiro, calceteiro, carrasco, coveiro).

A título de exemplo, e quanto a Portugal, leiam-se *Ordenações Afonsinas* V. 83.14 (D. João I concedia perdão da pena de morte a todos os que permanecessem, em Ceuta, por dois anos), V. 83.15-16 (perdão da pena de mutilação de membro ao condenado que estivesse, em Ceuta, um ano; perdão da pena de açoites se permanecesse, na referida cidade, seis meses), V. 86 (D. Duarte perdoava aqueles que tivessem participado na armada que D. Henrique organizou a Tânger).

⁷² Assim, *Ordenações Afonsinas* V. 2.29., referindo-se ao crime de lesa majestade humana, dizem: «... todos seus filhos barões devem ficar por enfiados pera sempre... salvo sendo... per nós restituidos aa sua primeira fama e estado...».

sécs. XVIII e XIX, nos mais diversos domínios, desde o filosófico ao económico, passando pelo ético, pelo jurídico e pelo político ⁷³.

Por isto, contemporânea, ainda, para nós outros que vivemos no séc. XX; passada, possivelmente, para aqueles que tiverem a sorte (felicidade ou desventura? — quem o sabe?...) de viverem daqui a meio ou a um século. Para estes vindouros, talvez que o nosso tempo venha a ser considerado como época da autosuficiência (racionalista), do positivismo, do sociologismo, do pragmatismo eficientista; expressões que, à primeira vista, parecerão estranhas (e algumas, mesmo contraditórias) mas que, penso eu, talvez o não sejam.

Uma coisa parece certa: o saudável movimento, desenhado a partir do Renascimento e da Reforma, no sentido da assunção, por parte do homem, da responsabilidade pelo seu próprio projecto de humanização da história ⁷⁴, acabou por se precipitar numa formal e prática declaração de autosuficiência, quer quando, no século XVIII, se absolutiza a razão ou, no século XIX, se idolatra a ciência (empírica), quer, ainda, quando, caso dos nossos dias, olhando-se desiludido, proclama a reativização e afirma a funcionalidade de tudo, inclusivé do próprio homem ⁷⁵.

⁷³ A este propósito, podem ver-se AUGUSTE ETCHÉVERRY, *O Conflito Actual dos Humanismos*, Porto (1975); CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, Lisboa (1976); BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, Porto (1980); LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, *Los Temas de la Filosofía del Derecho en Perspectiva Actual* in «Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro» II jurídica, Coimbra (1979) 639 e ss. (n.º especial do «BFDC»).

⁷⁴ Projecto de humanização histórica no sentido em que VICO, na alvorada do séc. XVIII, o concebeu. Como escreve BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia* (nota 73), 33 (onde refere o pensamento da obra *Scienza Nuova* do mencionado autor): «VICO soube conciliar, racionalmente, o seu *historicismo* — e, nomeadamente, a sua «lei eterna» da dinâmica da História — com o *dado cristão* desta cultura mediterrânico-europeia».

⁷⁵ Vide, p. e., GABRIEL MARCEL, *Os Homens contra o Homem*, Porto; PASCAL DIENER, *Idée Nominaliste et Déconstruction du Droit* in «Archives de Philosophie du Droit» 28 («philosophie pénale») (1983), 229-255; LEGAZ Y

A) A Ideologia da «Ilustração» e o Direito Penal

19. O séc. XVIII assinala uma profunda viragem na história do pensamento, da cultura, da sociedade em geral. Viragem que não deve ser olhada como algo que «ex abrupto» tivesse irrompido no espírito «iluminado» dos pensadores deste «século das luzes» ⁷⁶. Em verdade, os factores, que estiveram na génese deste novo ambiente cultural, político e jurídico de setecentos, já se vinham desenvolvendo desde há muito, nomeadamente a partir dos sécs. XV-XVI. Entre eles, poderemos apontar os descobrimentos, o renascimento, a reforma, a revolução científica, a mentalidade racionalista.

LACAMBRA (nota 73), 642; MICHEL VILLEY, *Philosophie du Droit*, Paris (1978), pág. 199, onde, citando palavras de ELLUL, compara a nossa sociedade a uma poderosa locomotiva, lançada para a frente, bem alimentada, servida por especialistas qualificados, cada vez mais forte, cada vez mais orgulhosa e mais monstruosa. Mas onde ela nos conduzirá, ninguém se preocupa. — Vide, ainda e por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Unidade* (nota 2), 73-79 e bibliografia referida nas correspondentes notas. — «...o verdadeiro problema que a nós homens hoje se nos põe... enunciemo-lo com um título de K.-O. APÊL: «o problema de uma racional fundamentação da ética no tempo da ciência». Como chegar, para além do saber (do conhecimento e da organização científico-técnicos), à sabedoria, como diria também G. FRIEDMANN» — pág. 79; G. BETTIOL, *Ottimismo e Pessimismo in Tema di Prevenzione del Reato* in «L'Indice Penale» XII, n.º 1, (1978), 5-13. Veja-se, ainda, o conteúdo da nota 159.

⁷⁶ Sobre a «dinâmica histórica» como processo que, mergulhando, ainda, no passado, já aponta para o futuro (para uma nova época), vide, além do que se disse *supra* n.º 10 e nota 35, VICO, *Scienza Nuova*, §§ 249, 446, 629, 1004 e ss., onde se defende a ideia de que «a mudança de uma «idade» para outra ocorre gradualmente: assim como um rio, ao lançar-se no mar, conserva ainda durante algum tempo a impetuosidade da corrente e a doçura da sua água», assim também as características próprias de uma «idade» subsistem nas que se lhe seguem no tempo» — citação *apud* BARBOSA DE MELO (nota 73), 32.

Sobre a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, na perspectiva jurídico-penal, vide MEREU, *Storia del Diritto Penale nel 1500. — studi e ricerche* I Nápoles (1964), onde o autor, qualifica de «mito iluminista» a consideração de que o séc. XVIII é a matriz dos princípios humanitários do «novo» direito penal, documentando, através das fontes históricas, a prova da presença dos mesmos princípios no pensamento de vários autores do séc. XVI.

É, todavia, no séc. XVIII que ganha forma e se sistematiza⁷⁷ todo um conjunto de ideias e de princípios que vão consagrar, no campo social, uma nova filosofia política.

20. Como dimensões fundamentais do novo ideário filosófico-político destacam-se o princípio da prioridade do indivíduo frente ao Estado, a afirmação e proclamação de um leque de direitos que por natureza pertencem a todo o indivíduo e que ao Estado apenas caberia reconhecer formalmente⁷⁸ e a consagração da razão humana como fonte e critério únicos da verdade e da justiça.⁷⁹

⁷⁷ Cf., a título de exemplo, CABRAL DE MONCADA, *Estudos...* (nota 40), 56-57: «Um conjunto de ideias novas» sobre a natureza da sociedade, do direito e do Estado, sobre o governo e a economia social — ideias que vinham soprando com força sobre toda a Europa desde meados do século XVIII — penetrou também em Portugal pelos fins do mesmo século. Essas ideias europeias não tardaram em se constituir num complexo sistema filosófico-político, económico e jurídico, servido por uma mística poderosa...»

⁷⁸ Sobre o sentido filosófico-político e a marca ideológica dos «direitos individuais» (naturais), vide MONCADA, *Estudos...* (nota 40), 59-67. Como refere este autor, sentia-se, por toda a parte, desde meados do séc. XVIII, o erro da filosofia política do «despotismo iluminado», seguida pelo denominado «Estado de Polícia» (Pombal, Colbert, Frederico da Prússia, etc.): tentativa de salvar os regimes monárquicos absolutos dos sécs. XVI e XVII pela via da racionalização do sistema — «e a necessidade de pôr cobro aos inconvenientes e abusos da monarquia absoluta». — Como, ironicamente, KANT dizia, o «despotismo inteligente» era o regime em que «o soberano se torna déspota só para ter o prazer de fazer os súbditos felizes à força.

Veja-se, ainda, sobre a evolução da doutrina dos direitos individuais associada ao jusnaturalismo racionalista e sobre os seus antecedentes históricos remotos (o Cristianismo com a sua proclamação da dignidade de todo o homem, quer nos Evangelhos, nas cartas de S. Paulo ou na Patrística; a Escolástica medieval, sobretudo com S. TOMÁS; a Neoescolástica do séc. XVI, onde sobressai a «Escola de Salamanca» e mesmo a Reforma Protestante) e próximos (A «Escola do Direito Natural e das Gentes» fundada por GRÓCIO; LOCKE, em 1690, com o seu *Essay on Civil Government*, etc.); JACQUES MARITAIN, *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle* (1942); VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, Coimbra (1983), spec. 11-15, 43-48 e 55-58; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional* 3.^a ed., Coimbra (1983), 422 e ss..

⁷⁹ A fundamentação da validade da razão humana (como critério do verdadeiro e do justo) na lei divina: — heteronomia e transcendência) subs-

21. Esta nova filosofia política não podia deixar de ter grandes reflexos no direito criminal. Assim, critica-se, frontal e globalmente, o direito penal então vigente. Concretamente, o alvo dos ataques situa-se na arbitrariedade da justiça criminal, na instrumentalização política do «ius puniendi», na ausência de quaisquer garantias de defesa do arguido, no casuismo, classismo e crueldade das penas⁸⁰.

Propõe-se um novo direito penal, uma *nova política criminal* que assente nos seguintes princípios: contratualismo, utilitarismo, legalismo e secularização.

Recusando a estratificação social existente e o carácter autónomo e absoluto do poder real, o pensamento iluminista proclama, na linha da teoria de ROUSSEAU, a igualdade de todos os indivíduos e estabelece, como fundamento do direito de punir, o «contrato social», mediante o qual os cidadãos delegam no Estado o «ius puniendi» (*contratualismo*) na medida em que tal se reconheça como necessário à defesa da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos⁸¹. Deste modo, o critério de determinação dos

titui-se a afirmação da validade da razão *a se* (autonomia e imanência). — Vide, p. e., GEORGES KALINOWSKI, *Le Fondement Objective du Droit d'après la «Somme Théologique» de Saint Thomas d'Aquin* in *Archives de Philosophie du Droit* XVIII (dimensions religieuses du droit) (1973), 59-75; também, MONCADA, *Estudos...* (nota 40), 71 e ss..

⁸⁰ Cf. *supra*, n.ºs 16 e 17.

⁸¹ Sem pretendermos fazer uma análise crítica dos pressupostos filosóficos (o «nominalismo» de um GUILHERME D'OCCAM ou de DUNS ESCOTO) e das implicações políticas das doutrinas do filósofo inglês HOBBS (destacando-se o seu *Leviathan*, 1651) e do genebrino J. J. ROUSSEAU (com o seu conhecido *Du Contrat Social ou des Principes du Droit Politique*, de 1761), sempre se deverá dizer que a *teoria do contrato social*, recusando a dimensão política do homem aristotélico e, contrariamente, partindo da afirmação de um individualismo e de uma liberdade radicais (e formais) do homem no «estado de natureza», acaba por afirmar a inevitabilidade de cada cidadão alienar totalmente os seus direitos nas mãos do Estado, representante e síntese das vontades individuais consubstanciadas na «volonté générale».

Esta *vontade geral*, representada pelo Estado, vale por si mesma. As maiorias não têm que legitimar (fundamentar) as suas decisões, basta-

—lhes que sejam maioria; o indivíduo e as minorias apenas têm que se sujeitar...

Não admira, pois, que ROUSSEAU tivesse proclamado «que se o Estado republicano ordenar, em nome do bem público, que morram inocentes, estes devem deixar-se matar. E, por isso, o mesmo ROUSSEAU dizia, e neste ponto logicamente, que não era democrático e que não admitia a democracia a não ser numa «república de anjos». — Cf. D. ANTÓNIO FERREIRA GOMES, *Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz* in «Direito e Justiça» I (1980), 11.

BAKUNINE causticava, desta forma, o «Contrato Social» de ROUSSEAU: «uma absurda ficção, e mais que isso, uma ficção falaciosa (...). As consequências do *Contrato Social* são, com efeito, funestas porque conduzem ao absoluto domínio do Estado (...). Nele, onde começa o Estado, cessa a liberdade individual (...). A doutrina sentimentalmente terrorista de Jean Jacques Rousseau legou à Revolução o culto de uma divindade abstracta com o culto abstracto do Estado. Os dois cultos, personificados na funesta figura de Robespierre — este Calvino da Revolução — mataram a Revolução (...). Podemos considerá-lo como o verdadeiro criador da moderna reacção. Na aparência o mais democrático escritor do séc. XVIII, ele oculta em si o despotismo impiedoso do homem de Estado (...)» — *apud* JEAN ROUVIER, *Les Grandes Idées Politiques de Jean Jacques Rousseau à nos jours* (1978), 183-184.

Veja-se, ainda, sobre a natureza contraditória da teoria do «Contrato Social» que, partindo do individualismo, desagua no totalitarismo, M. VILLEY (nota 75), 146-153 e 214-215; *Id.*, *La Génèse du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam* in «Archives de Philosophie du Droit» IX (1964), 97 e ss.; PASCAL DIENER (nota 75), 229-255, *spec.* 229-247, onde se analisam os riscos do «nominalismo» do franciscano OCCAM (séc. XIV), riscos que, mais tarde, se vieram a concretizar com a laicização deste «nomialismo» (subjectivista, individualista e formalista), operada na Idade Moderna nas teorias de HOBBS e ROUSSEAU. Convirá referir uma passagem deste «estudo», a pág. 237, sobre o paradoxo acima referido: «Curiosamente, com efeito, e sem receio de contradições, do mesmo passo em que (o nominalismo) se obstinava em situar a fonte de todos os direitos atomizados (desintegrados) no sujeito como um poder, era o reconhecimento estadual sempre considerado como uma necessidade, cabendo à lei «declarar» este poder interior do indivíduo. Mas a verdade é que este «efeito declarativo» é uma ficção na ausência de *referência objectiva*, exterior e superior ao sujeito; na realidade, o efeito é «constitutivo», ficando, portanto, o indivíduo submetido à lei. Desta forma, não apenas aumentam os poderes do Estado, senhor em última análise (fonte) dos direitos subjectivos, ficando a totalidade do humano sujeita ao direito, como ainda o enriquecimento quantitativo do catálogo tem um efeito dissolvente dos verdadeiros valores». — *sibli-*

delitos e das penas teria de ser o da restrita defesa da sociedade (*utilitarismo*)⁸².

A defesa da liberdade e da igualdade de todos os cidadãos exige que os crimes e as correspondentes penas estejam, prévia e claramente, descritos na lei e que o juiz se submeta a uma rígida interpretação literal (*legalismo-garantismo*)⁸³.

A autonomia da razão e do poder político face à lei divina e ao poder religioso (*secularização*) conduz à exclusão dos delitos de natureza religiosa e à negação da influência do direito canónico na legislação criminal.

nhado nosso. PIERRETH PONCELA, *Droit de Punir et Pouvoirs de Punir: une Problématique de l'État* in «Arch. Philos. Droit» 28 (1983), 125-128; ANDRÉ-VINCENT, *Le Fondement du Droit et la Religion d'après les Documents Pontificaux Contemporains* in «Arch. Philos. Droit» XVIII (1973), 153-154 de que — seja-me permitido — destacarei este inciso: «A redução do direito à lei decorria do subjectivismo que através da escolástica occamiana e do jusnaturalismo hobbesiano impôs ao conceito fundamental uma mudança de sentido. No Contrato Social de Hobbes e de Rousseau, a palavra deixa de significar, em primeiro lugar, uma coisa (o que é justo) para significar um poder subjectivo. Individual ou colectivo, este poder detém o primado, ele não pode ser limitado senão por ele mesmo, ele exprime-se no contrato. O sujeito absoluto de direitos não pode ser vinculado senão pela sua própria vontade. Todavia, para viver em sociedade é preciso um limite a este voluntarismo, e, um limite fundamental. Tal é o Contrato Social. Este Contrato é fundamentador [constitutivo]. As vontades individuais outorgantes extinguem-se para ressuscitar na Vontade Geral: no mesmo momento em que elas se afirmaram como fundamento, elas abdicaram em favor da Vontade Geral. Não há senão um fundamento: o Contrato Social. Não há senão uma fonte primeira do direito: a Vontade Geral expressa pela lei».

Ver, ainda, CABRAL MONCADA (nota 40), 59-67; *Id.*, *Filosofia do Direito e do Estado* I, Coimbra (1947), 232-247; MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional* I, 6.ª ed., Coimbra (1983), 266-269.

⁸² Vide nota 96.

⁸³ O princípio da legalidade aparece com uma função de garantia dos direitos naturais do cidadão frente ao Estado. Mas é manifesto que tal garantia é insuficiente, na medida em que — na linha do princípio contratualístico — não se afirme qualquer limitação ética à decisão criminalizadora do Estado. — Vide FRANCESCO CAVALLA, *La Pena come Problema*, Padova (1979), 6-8; VILLEY (nota 75), 214-215.

22. Vários foram os autores que se propuseram aplicar ao direito penal o conjunto dos princípios acabados de referir. Apesar do radicalismo com que foram brandidos contra o direito e a ciência criminais anteriores, do seu unilateralismo e da ingenuidade revolucionária com que foram proclamados⁸⁴, é justo reconhecer que se deve a estes pensadores a formulação e a defesa de algumas proposições fundamentais do sistema penal da actualidade: o princípio da legalidade, a necessidade da celeridade processual (em conexão com o fim de prevenção geral), a humanidade na execução da pena, etc..

De entre os vários penalistas da «Ilustração» (BENTHAM, BECCARIA, FILANGIERI, ROMAGNOSI, FEUERBACH, LARDIZABAL, MELO FREIRE, etc.) resolveu a história fixar, sobretudo, os nomes do reformador social italiano CESARE BONNESANA, marquês de Beccaria e do penalista alemão FEUERBACH.

BECCARIA, através do seu pequeno mas histórico livro *Dei Delitti e delle Pene* (1764), foi quem mais apaixonadamente criticou o direito penal do absolutismo monárquico, e mais ardorosamente defendeu o pensamento penal «iluminista»⁸⁵.

Partindo da ficção do «contrato social», afirmava que o «ius puniendi» estadual resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte da sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a liberdade possível em sociedade. Confessando-se discípulo de MONTESQUIEU, defendeu, na linha

⁸⁴ Vide ANTONIO MARONGIU, *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la Scienza del Diritto* in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» XVIII (1975), 744-776.

⁸⁵ BECCARIA tornou-se o símbolo da «revolução penal» que, alguns anos mais tarde, viria a concretizar-se por força da Revolução Francesa. — Cf. PICCA (nota 45), 86; EDUARDO CORREIA (nota 31) I, 83-84; JOSE CEREJO MIR, *Derecho Penal Español — parte geral I*, Madrid (1976), 73-75, onde se refere que um «Comentário sobre o livro *Dos Delitos e das Penas* por um advogado de província» foi publicado por VOLTAIRE, em 1766.

da doutrina da «separação dos poderes», expressa por este filósofo na obra *De l'Esprit des Lois* (1748), o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Quanto à problemática dos fins da pena, advogou uma concepção utilitária, imputando à sanção criminal unicamente fins preventivos. Embora não desprezando a prevenção especial («impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos»), enfatizou a prevenção geral: a pena só se justificaria como meio de prevenir, pela intimidação da comunidade, a prática de futuros crimes («o fim da pena não é outro que retrair os demais cidadãos da prática de outros crimes»⁸⁶. Logo, prevenção geral de intimidação⁸⁷ ou, como hoje também se diz, prevenção geral negativa.

O sentimento humanitário dos filósofos e penalistas do séc. XVIII⁸⁸ reagiu, frontalmente, contra a crueldade das penas aplicadas pelo «Ancien Régime»⁸⁹, propondo a sua substituição pela pena de prisão⁹⁰. É que esta, a sanção privativa da liberdade,

⁸⁶ *Dei Delitti e delle Pene*, cap. XII.

⁸⁷ Vide ANTON ONECA, *Los Fines de la Pena según los Penalistas de la Ilustración* in «Revista de Estudios Penitenciarios», n.º 166 — Julho/Setembro (1964), 415 e ss..

⁸⁸ Humanitarismo este que, embora louvável em si mesmo, não foi acolhido pelos «liquidatários» teóricos e práticos da Revolução relativamente àqueles que foram considerados representantes do «Antigo Regime»...

⁸⁹ Cf. *supra*, n.º 16.

⁹⁰ Vide E. CORREIA (nota 31) I, 85-86.

— Quanto à pena de morte, BECCARIA propôs a sua abolição, argumentando, com base na ideia do contrato social (na versão da renúncia parcial, e não total, em favor do Estado, como pensava LOCKE), que ninguém iria conceder tal faculdade aos seus representantes. Em sua vez, defende a pena de prisão perpétua acompanhada de trabalhos úteis à sociedade. Todavia, acaba por admitir a pena de morte em dois casos excepcionais, ao afirmar que «a morte de um cidadão não pode considerar-se necessária, a não ser por dois motivos: quando mesmo privado de liberdade, ele tenha ainda tais relações e tal poder que ponha em risco a segurança da sociedade; quando a sua existência possa causar uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida». — Como se vê, ressalta, aqui, com toda a nitidez, a concepção utilitarística

ao mesmo tempo que aparecia como mais humana (ou se se preferir, menos desumana) não deixava de ser, na perspectiva dos seus arautos, profundamente eficaz, uma vez elevada a liberdade a valor supremo, no quadro da apregoada trilogia: liberdade, igualdade e fraternidade. Quanto à medida da pena e à celeridade processual na investigação do crime e na execução da pena, BECCARIA defendeu um princípio de política criminal que, cada vez mais, assume maior importância: a eficácia da pena não depende tanto da sua severidade como, especialmente, da certeza da sua aplicação e da rapidez na sua execução⁹¹⁻⁹².

da pena, elegendo-se a necessidade social (a «raison d'État») como justificação ou fundamento da sanção penal.

Esta utilitária concepção da pena virá a ser — e correctamente — fortemente verberada pela «Escola Clássica», nomeadamente por KANT (cf. *infra*, n.º 26).

Segundo MERBU (nota 76), 23 e ss., a abolição total da pena de morte já tinha sido defendida, com maior coerência e espírito humanitário, por pensadores dos séculos anteriores, nomeadamente do séc. XVI.

⁹¹ Mais eficaz que a pena dura, cruel, é a pena certa, pronta e proporcionada ao delito — *Dei Delitti e delle Pene*, caps. VI e XIX.

⁹² Ao concluirmos este sucinto esboço sobre a relevância do papel desempenhada por BECCARIA na evolução do direito penal, não devemos deixar de referir, em contraponto, alguns aspectos negativos da sua obra. Aspectos que, normalmente, são esquecidos pelo êxtase — em parte compreensível — com que os comentadores posteriores o contemplavam. Se tal êxtase se pode aceitar (toda a mística pode ter os seus excessos...) não será censurável tentar repor a exacta medida das coisas, mencionando alguns dos escuros do homem e da obra idolatrada.

Na preocupação saudável de verberar o direito penal anterior, BECCARIA e outros seus correligionários acabaram por cair num radicalismo injusto quando formulam um juízo de absoluta maldição sobre insignes penalistas dos sécs. anteriores, acusando-os de cumplicidade nas mais nefandas atrocidades cometidas no processo e na repressão penais. Por outro lado, propondo-se evitar a arbitrariedade judicial, caiu na ingénua afirmação de que «a interpretação das leis é um mal» (*Dei Delitti...*, cap. V), indo ao ponto de proclamar: «feliz a nação em que as leis não fossem uma ciência». Registe-se, ainda, a inaceitável negação da distinção entre crimes negligentes e crimes dolosos, facto que retira valor à sua afirmação de que a pena deve ser proporcional à gravidade do delito.

— Para uma reposição crítica do pensamento de BECCARIA, veja-se A. MARONGIU (nota 84), 744-776.

FEUERBACH, diferentemente de BECCARIA, afirma-se como um verdadeiro cultor da ciência jurídico-penal. A sua obra⁹³, neste domínio, comprova-o, tendo vindo a ser considerado como pai da moderna ciência do direito penal alemão.

Embora fiel ao ideário iluminista, influenciado, todavia, pelo espírito da filosofia Kantiana, não diexou de procurar elevar o direito penal a um sistema racional e coerente⁹⁴.

Toda a sua teoria parte do *princípio hedonístico* de que o sentido e o fim da acção humana é a busca de prazer e, em correlação negativa, a fuga ao sofrimento. O crime reconduzir-se-ia, pois, a uma acção que, desencadeada pelo infractor para a satisfação do seu «ego», vai, ilegitimamente, causar sofrimento a outrem⁹⁵.

Sendo esta a explicação «científica» do crime, não haveria, segundo FEUERBACH, outro processo coerente de o legislador

⁹³ Saliente-se *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801) e, no plano legislativo, o primeiro código penal alemão: o código Penal da Baviera (1813) de que foi o principal autor.

⁹⁴ Cf. FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal* I, 3.ª ed., Madrid, 427-428; E. CORREIA (nota 31) I, 88.

⁹⁵ *Lehrbuch...* (nota 93), § 13: «Todas as violações têm o seu fundamento psicológico último na faculdade sensitiva, na medida em que o poder apetitivo do homem, por força do prazer que lhe dá uma acção, é levado a praticá-la. Este impulso sensitivo pode anular-se através da circunstância de todos saberem que ao seu acto se segue, inevitavelmente, um mal, mal esse superior ao desprazer resultante da não satisfação do impulso para a prática da facto».

— A teoria penal de FEUERBACH reflecte, como se vê, a tradicional e forte corrente utilitarista — psicologista da filosofia moral e política anglo-saxónica (HOBBS com o seu *Leviathan*, BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, para citar apenas alguns dos mais influentes).

— Para uma crítica do utilitarismo como concepção filosófica e como justificação do direito penal, vide M. VILLEY (nota 75), 157-160 e 163-164; ID., *Des Délits et Peines dans la Philosophie du Droit Naturel Classique* in «Archives de Philosophie du Droit» 28 (1983), 181-183; STÉPHANOS LAZARIDIS, *La Rétribution dans la Philosophie Pénale Anglo-Saxonne d'Aujourd'hui* in «Arch. Philo. Droit» 28 (1983), 91-107; JEAN LAPLANCHE, *Réparation et Rétribution: une perspective psychanalytique* in «Arch. Philo. Droit» 28 (1983), 115-121; ainda, MONCADA (nota 81), 163-180.

evitar o delito senão através da ameaça de aplicação de um sofrimento a quem praticasse a acção prevista na lei penal. Nesta «dialéctica» psicológica prazer-desprazer (prazer, ligado à prática da infracção; desprazer, contido na pena), naturalmente que a sanção penal, se quer ser eficaz, há-de implicar um «quantum» de sofrimento superior ao prazer que o indivíduo (potencial delinquente) retiraria da conduta proibida. Eis a teoria da prevenção geral de intimidação através do mecanismo da *coacção psicológica* (*psychologische Zwang*).

O momento fundamental desta intimidação-coacção reside na ameaça contida na lei penal. Todavia, caso esta ameaça não se revele em si mesma suficientemente eficaz (inibidora), então a *execução* efectiva da pena reforçará o efeito dissuasor da ameaça legal, acabando esta por se tornar eficaz mesmo face aos mais renitentes (insensíveis)⁹⁶.

Para FEUERBACH, o princípio da legalidade era o resultado lógico da conjugação de uma dupla exigência: a necessidade da defesa do indivíduo face ao direito de punir do Estado (garantia política) e a exigência da prevenção geral (garantia de eficácia). O efeito dissuasor da pena só se lograria na medida em que os factos prejudiciais à sociedade (os crimes) e os sofrimentos que lhe fossem associados (as penas) estivessem, prévia e claramente, descritos e estabelecidos na lei: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, na formulação latina criada pelo próprio FEUERBACH.

⁹⁶ *Lehrbuch... cit.* (nota 93), § 14: «Para que a condição geral da ligação necessária entre semelhante mal (pena) e as ofensas (crimes) seja fundamentada, deve uma lei determinar esse mal como uma necessária consequência do facto (ameaça legal). E para que a realidade daquela conexão ideal determinada legalmente esteja presente na mente de todos deve, em segundo lugar, aquela conexão causal verificar-se também na realidade, na medida em que, logo que praticada a violação se inflija o mal a ela ligado na lei (execução). A eficácia cumulativa da ameaça legal e da execução da pena constitui a coacção psicológica com o fim de intimidação».

Em Portugal, um dos maiores arautos do «iluminismo criminal» fôï MELO FREIRE, autor de um projecto de código de Direito Criminal (1789) e das *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*⁹⁷. Aquele projecto acabou por não ser aprovado e foi, ainda, necessário esperar por Dezembro de 1852 para que tivéssemos o nosso primeiro Código Penal que veio, finalmente, pôr termo à vigência das «Ordenações». Este primeiro Código Penal português reflecte os princípios defendidos pelo «Iluminismo», consagrando o princípio da legalidade, imputando à pena uma finalidade preventivo-geral e procurando limitar o possível arbítrio do julgador através das penas fixas, em muitos casos, da proibição da analogia e da interpretação extensiva no âmbito da incriminação⁹⁸.

B) *A Filosofia Idealista e a Escola Clássica*

23. Acabámos de ver que o pensamento conhecido por «iluminismo criminal», embora tenha partido da afirmação do primado do indivíduo face ao Estado (individualismo), acabou por entregar a defesa desse mesmo indivíduo nas mãos do próprio Estado, agora configurando como «vontade geral» mas, da mesma forma que a vontade do príncipe, absoluta (totalitarismo)⁹⁹.

⁹⁷ Como o próprio reconhece, a sua obra reflecte a influência do pensamento de BECCARIA. — Sobre PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, vide E. CORREIA (nota 31) I, 104-106; C. MONCADA, *Estudos...* (nota 40) II, 112-115.

⁹⁸ Certo que a maioria destes princípios já tinham sido acolhidos no direito português. Assim, a Constituição de 1822 declarava no seu art. 10.º: «Nenhuma lei, muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade» e no art. 11.º: «Toda a pena deve ser proporcionada ao delito e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente. Ficam abolidas a torutra, a confiscação dos bens, a infâmia, os açoites, o barão e o pregão, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis e infamantes». Cf. E. CORREIA (nota 31), 105-107; CAVALHEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português* I, Lisboa (1981), 70-72.

⁹⁹ Cf. *supra*, n.º 21 e nota 81.

D. ANTÓNIO FERREIRA GOMES (nota 81), 9-10: «Em absolutismo monárquico o rei era de direito divino, portanto superior à lei e à nação. Era sobe-

Dir-se-ia que aquilo que os «ilustrados» quiseram fazer entrar pela base acabaram por deixar fugir, em grande parte, pela cúpula.

No campo jurídico-penal, a fundamentação do «ius puniendi» na necessidade social, a imputação de um sentido de prevenção geral (intimidação) à pena e a não afirmação de qualquer limite ético à sua aplicação e à sua medida deixavam a pessoa humana desprotegida face ao poder punitivo do Estado. O problema penal corria o risco de se esvaziar eticamente para se converter num mero problema político, ou mesmo, de oportunidade política.

Contra esta imposição do problema penal reagiu o pensamento idealista alemão, com destaque para KANT e para HEGEL. Estes, no quadro do seu criticismo e racionalismo gnoseológico e ontológico, vão refundamentar, ético-filosoficamente, o direito penal¹⁰⁰, lançando as bases metafísicas do pensamento jurídico-penal conhecido por *Escola Clássica*.

24. A dignidade da pessoa humana é sempre fim em si mesma¹⁰¹. Logo, nunca a «raison d'État», nem a utilidade

rano, isto é, estava acima e fora do corpo sócio-político»... «Nas revoluções liberais do mundo latino toda essa mitologia se transferiu, sem mais, para as novas instituições: ao rei soberano sucede o «soberano Congresso» e a «Soberana Constituição»... «Mas as coisas não ficaram no mero terreno da mitologia e da mística, que aí o ridículo sempre vai matando. Na realidade concreta, o absolutismo do poder monárquico transferiu-se ou quis-se transferir absolutamente para os Parlamentos ou Congressos»... «É sempre o absolutismo do Estado, conduzido nas formas ditas radicais, revolucionárias ou não, mas sempre proclamadas como liberais e como expressão do liberalismo».

¹⁰⁰ Kant considerou o problema penal como um problema ético e foi nesta perspectiva que ele o fundamentou, criticando a perspectiva predominantemente política dos filósofos e penalistas da «ilustração». — Cf. HELLMUTH MAYER, *Kant, Hegel und das Strafrecht* in «Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag», Frankfurt am Main (1969), 56.

¹⁰¹ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) in «Kant Werke», Bd. 6 (1981), 61: «Age sempre de modo que a humanidade, tanto na tua pessoa como na do outro, seja sempre considerada como fim, nunca como meio».

social podem fundamentar, justificar a pena. O útil não é critério do justo.

A definição essencial desta dignidade é a incondicionada liberdade do homem¹⁰². A esta liberdade radical e incondicionada corresponde uma responsabilidade autónoma e absoluta, uma responsabilidade para consigo mesmo, perante a sua própria consciência. Tanto uma, a liberdade, quanto a outra, a responsabilidade moral, não são meras ficções necessárias à vida social mas, sim, a realidade mais profunda e radical do próprio homem¹⁰³.

Esta liberdade deve ser exercida no respeito da norma fundamental da acção humana¹⁰⁴, norma que está inscrita na consciência moral de cada um e que é racionalmente apreendida (jusracionalismo).

Uma tal antropologia racionalista e tão idealista nada tem a ver com a concepção hedonística e utilitária da ideologia da «ilustração». Ao homem dos sentidos e dominado pela busca do prazer sensível de um Bentham ou de um Feuerbach contrapõe-se a visão sublime e exaltante do homem Kantiano iluminado pela razão e norteado pela transcendente realização da Justiça. Consequentemente, a recusa do direito penal apregoado pelos «iluministas» e a refundamentação crítica dos princípios fundamentais do direito penal.

¹⁰² KANT (nota 101), 91: «...die Idee der Freiheit, d. i. Unabhängigkeit...» HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), § 5: «A vontade tem em primeiro lugar a característica da «reinen Unbestimmtheit oder der reinen Reflexion des Ich in sich».

¹⁰³ Cf. H. MAYER (nota 100), 57-58.

¹⁰⁴ KANT (nota 101), 51: «O imperativo categórico é, portanto, um só, e, sem dúvida, este: age sempre segundo uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal (allgemeines Gesetz)» ou «age como se a máxima da tua conduta se devesse converter, por tua vontade, em lei geral da natureza (zum allgemeinen Naturgesetze)».

25. O problema central para KANT e para HEGEL e, portanto, para a «escola clássica» é a eterna e sempre recorrente questão da legitimidade da pena. Estes autores não se preocupam com o problema do fim ou da função da pena mas com a legitimação ou fundamentação jurídica (*Rechtsgrund*) da pena. Só esta é uma questão da filosofia do direito, sendo o problema do fim um problema político¹⁰⁵.

Confrontados com a ideologia dominante do utilitarismo penal e situados num momento histórico caracterizado pelos excessos de terror cometidos durante a Revolução Francesa¹⁰⁶, lançam as bases de um sistema penal que, ao mesmo tempo que constitua a emanação racional de uma justiça transcendente, se afirme como máxima garantia do cidadão frente ao poder político

¹⁰⁵ Cf. MAYER (nota 100), 78.

¹⁰⁶ O pensamento dos grandes filósofos — mesmo o destes — não é estranho às interpelações do momento histórico em que escrevem. Disto se esquecem, muitas vezes, os comentadores. Tal esquecimento-inconsciência provoca, normalmente, uma de duas atitudes: idolatria da obra e tentativa de aplicação dogmática a um tempo diferente ou, opostamente, recusa global da obra por imprestável para um momento histórico com novos problemas. Ora a atitude razoável será a da consciência da historicidade da obra e, simultaneamente, da validade (quando a tem), da racionalidade desse pensamento que, numa diferente situação histórica, poderá levar a diferentes respostas aos diferentes problemas concretos do presente. — À racionalidade da obra a racionalidade da reflexão sobre ela.

A filosofia penal de KANT e de HEGEL reflecte e reage a factos sociais (as atrocidades praticadas no período de terror da Revolução Francesa que perturbaram a consciência europeia da época) e culturais (a penetração massiva da filosofia utilitarista de inspiração anglo-saxónica).

Segundo H. MAYER (nota 100), 66-67, «KANT encontrou-se numa situação espiritual histórica depressiva e pessimista semelhante àquela que se deparou aos autores do Entwurf 62 [projecto de código penal alemão federal de 1962], situação caracterizada pela «justiça do fim» (*Zweckjustiz*) do Nacional-Socialismo». — Sobre o princípio ético-retributivo como uma das coordenadas fundamentais do referido projecto alemão, pode ver-se C. ROXIN, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid (1976), 48-52.

26. A justiça e a garantia da pessoa realizam-se, e só se realizam, pelo princípio da retribuição (*Vergeltungsprinzip*), único princípio a priori do direito penal, segundo KANT¹⁰⁷. Pena justa é a pena retributiva: aquela pena que pelo sofrimento e reprovação moral (que a definem e em que se traduz) corresponde à gravidade do ilícito e da culpa do infractor¹⁰⁸.

O «se», o «quanto» e o «como» da pena não podem ser influenciados por considerações heterónomas de defesa social. Tal significaria não só a relativização do Direito como também conduziria à instrumentalização política da pessoa humana. Relativização e instrumentalização que as teorias da prevenção geral (pena como intimidação da comunidade) e especial (pena como prevenção da reincidência) não evitam, antes favorecem, e que só a fundamentação metafísica da pena afasta¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (1797), § 49-E in «Kant Werke» Bd. 7 (1981), 453-454: depois de afirmar que «das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ», considera que a máxima das teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) coincide com a máxima da *raison d'État*, onde a justiça se apaga e a vida sobre a terra deixa de ter valor — «wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es Keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben». E continua: foi este relativismo penal que serviu a *raison d'État* personificada no sumo sacerdote Caifás quando este proclamou a farisaica frase: «é melhor que um homem morra que todo o povo pereça», frase que, 18 séculos mais tarde, foi retomada por Robespierre para justificar a morte de Luís XVI.

¹⁰⁸ Vide ALF ROSS, *Colpa, responsabilidade e pena*, Milano (1972), 77-101.

¹⁰⁹ KANT (nota 107), § 49-E, 453, revela, claramente, que o objectivo fundamental da sua filosofia penal é a protecção da inata personalidade humana (*angeborene Persönlichkeit*) e tal protecção só se conseguirá com a fundamentação da pena no «quia peccatum est» (retribuição que não se confunde com expiação) e não no «ne peccetur» (prevenção) —: «A pena judicial (*richterliche Strafe* (poena forensis)), distinta da pena natural (*poena naturalis*) em que o vício se pune por si e que o legislador não leva em consideração, não pode nunca ser aplicada como meio para obter um outro bem, seja no interesse do delinquente ou da sociedade civil, mas deve sempre e só ser aplicada ao réu porque ele delinuiu (*weil er verbrochen hat*); com efeito, nunca o homem pode ser tratado como simples meio para a realização das intenções de outro

A retribuição é, para a escola clássica, exigência racional, simultaneamente, da Justiça e da dignidade da pessoa humana. *Exigência da justiça* que, como valor absoluto, se tem de afirmar de modo absoluto, o que exige que a pena corresponda à gravidade do ilícito e da culpa do infractor ¹¹⁰. *Exigência da dignidade*

e ser incluído entre os objectos do direito das coisas, do que o protege a sua personalidade inata».

HEGEL (nota 102), § 99 e adenda: criticando os «superficiais pontos de vista» das teorias da «prevenção, intimidação, ameaça, correcção, etc.», afirma, relativamente à teoria da coacção psicológica de FEUERBACH, que «o Direito e a Justiça têm que ter o seu fundamento na liberdade e na vontade e não na falta de liberdade à qual se dirige a ameaça. Quando se fundamenta a pena desta maneira é como se se ameaçasse um cão com um pau, não sendo o homem tratado segundo a sua honra e liberdade mas tal como um cão...».

CARRARA, *Programma del corso de diritto criminale* I (...), § 10: «A lei criminal não pode considerar-se puramente relativa. Nos seus princípios cardiais é absoluta»; § 610: «A pena não é uma simples necessidade de justiça que exige a expiação do mal moral. Só Deus tem a medida e o poder de exigir expiação. Nem é a expressão de um sentimento dos homens que visam tranquilizar o seu ânimo relativamente ao perigo de ofensas futuras. A pena não é outra coisa que a sanção do preceito ditado pela lei eterna»; § 612: «A liberdade humana é, em definitivo, o fundamento do direito penal...».

¹¹⁰ KANT (nota 107), § 49-E, 453-455: à pergunta sobre qual a espécie e a medida da pena judicial, KANT responde que não pode ser outra que aquela que resulta do princípio da igualdade —: «Kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit...», e, de seguida, diz que mesmo se a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (por exemplo, se o povo que habita uma ilha decidisse abandoná-la e espalhar-se por todo o mundo), o último assassino, que se encontrasse na prisão, deveria, antes, ser executado, para que cada um suporte o que merecem os seus actos» — (*Teoria da retribuição moral: a pena como reafirmação ética*).

HEGEL (nota 102), § 97: «A concreta violação do Direito enquanto Direito é, sem dúvida, uma realidade positiva e exterior, mas em si mesma é negativa. A manifestação desta sua negatividade é a negação daquela violação, a qual entra, por sua vez, na existência real — é a realidade do Direito enquanto sua necessidade de se conciliar consigo mesmo mediante a supressão da sua violação». Em adenda ao referido § 97, reafirma, de acordo com a sua conhecida fórmula dialéctica: «O facto do delito não é um *quid* originário e positivo a que sobrevenha a pena como negação, é um *quid* negativo de modo que a pena é só a negação da negação» — (*teoria da retribuição jurídica: a pena como reafirmação do Direito*).

da pessoa humana que impede que a pena possa variar em função da necessidade da defesa social, implicando, pelo contrário, que a liberdade e a responsabilidade éticas do infractor sejam reconhecidas e respeitadas, o que significa que este seja punido na medida da sua culpa ¹¹¹⁻¹¹².

¹¹¹ Cf., além das citações de KANT, HEGEL e CARRARA em nota 109, ainda HEGEL (nota 102), § 100: «A lesão que se impõe ao criminoso não só é em si justa, como, na medida em que o é, se afirma, simultaneamente, como expressão da sua vontade racional, da sua liberdade, do seu direito». «Ao considerar a pena como seu próprio direito, honra-se o infractor como ser racional».

¹¹² É frequente a afirmação de que, para a «escola clássica», o fim da pena é a retribuição. Se, para as teorias relativas da prevenção geral ou especial, o fim da pena era evitar futuros delitos — «ne peccetur», já, para a «escola clássica» (teoria absoluta), o fim da pena seria retribuir, castigar ou mesmo expiar. Tal entendimento não será o mais correcto. Como já referimos, a «escola clássica» preocupou-se, enfrentou e procurou resolver o problema do fundamento ou legitimação da pena, considerando que o problema do fim social da pena era um problema político e que não devia influenciar a determinação da pena. Dizer que se pune «quia peccatum est» (retribuição) é falar do fundamento da pena, nada referindo quanto à função ou fim social da pena; afirmar que se pune «ne peccetur» (prevenção) é referir o fim da pena, nada dizendo quanto ao seu fundamento ou legitimidade (a não ser que, como a «escola positiva» veio afirmar, se pretenda fazer derivar a «legitimidade» da «necessidade»...).

Não há, portanto, qualquer contradição entre o «quia peccatum» (retribuição) e o «ne peccetur» (prevenção). Trata-se de respostas diferentes a problemas diferentes, não se podendo, assim, considerar antinómicas as respostas. Que assim poderá ser, atestam-no as actuais correntes ético-retributivas (p. e., MAURACH, BETTIOL) que consideram que a pena justa (pena fundamentada e, em princípio, proporcional à culpa: pena ético-retributiva) é a que melhor permite realizar a função preventiva (geral e especial) do crime que cabe ao direito penal.

Em síntese: 1.º retribuição não se confunde nem com expiação nem com vingança. 2.º Pode dizer-se, sem cair em contradição, que se pune (pode punir) «quia peccatum est» e «ne peccetur», isto é, a pena tem como fundamento, como limite e, em princípio, como medida a culpa, embora a sua função ou finalidade seja a prevenção (evitar a prática de crimes quer por parte da comunidade quer pelo próprio condenado).

— Sobre este problema, vide ROSS (nota 108), 65-66, 78-80, 92-101, 236-238; MAYER (nota 100), 77-79; ainda, GERARD COURTOIS, *La Vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'Anthropologie Juridique* in «Archives

Embora — depois das investigações levadas a cabo, neste século, no domínio das ciências culturais e humanas — não seja, hoje, de aceitar a concepção absoluta e abstracta da liberdade (livre-arbítrio), da culpa, da responsabilidade, do direito, do crime e da pena¹¹³, justo será reconhecer o grande mérito da «escola clássica» que foi de pôr em evidência os perigos que o relativismo jurídico-penal (seja no modelo de setecentos seja na roupagem de que, em nossos dias, se reveste¹¹⁴ faz incorrer a pessoa humana e a sociedade.

Se a «Ilustração» consciencializou a história contemporânea da relevância fundamental do princípio da legalidade, a «Escola Clássica» deve consciencializar-nos da importância do princípio da culpa como fundamento e limite (máximo) da pena e, portanto, como limitação ética ao «ius puniendi» do Estado.

C) A Escola Correccionalista

27. À antropologia idealista e racionalista da «escola clássica» e à fundamentação metafísica do direito penal veio, de imediato, a contrapor-se uma concepção menos exigente e mais pragmática do próprio homem e do direito penal. RÖDER¹¹⁵,

de *Philosophie du Droit* 28 (1983), 29 e ss.; LAZARIDIS (nota 95), 101-107; JEAN-LOUIS VULLIERME, *La Fin de la Justice Pénale* in «Arch. Philo. Droit» 28 (1983), 155-179, spec. 165 e ss..

¹¹³ Sobre uma correcta e profunda determinação do conteúdo material da culpa jurídico-penal, tarefa que se tornava urgente, vide, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal* 2.ª ed., Coimbra (1983): spec. 117 e ss.; ID., *Schuld und Persönlichkeit* in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 95 (1983), 220-255 (na obra antes referida, encontra-se, em posfácio, a versão portuguesa deste trabalho); ID., *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra (1969), § 10; *A Reforma do Direito Penal Português*, 14 e ss. (sep. do «BFDC» 48 (1972)).

¹¹⁴ Vide *infra*, n.º 40.

¹¹⁵ *Las Doctrinas Fundamentales Reinantes sobre el Delito y la Pena en sus Interiores Contradicciones* (trad. do alemão por F. GINER), Madrid (1876); *Estudios sobre Derecho Penal y Sistemas Penitenciarios* (trad. do alemão por V. ROMERO Y GIRÓN), Madrid (1875).

inspirando-se no pensamento de KRAUSE¹¹⁶, vem defender uma concepção humanitária do direito penal, reagindo à consideração metafísica do delinquente e ao sentido de retribuição imputado à pena.

Os princípios fundamentais do *correccionalismo* são: o delinquente é um ser em estado de necessidade, carecendo da ajuda da sociedade para poder exercer a sua liberdade no respeito do direito; à partida, e enquanto não forem esgotadas todas as possibilidades de recuperação, todo o delinquente deve ser considerado corrigível; a pena é, precisamente, o meio em ordem à correcção do delinquente (*prevenção especial*), sendo, portanto, para este um bem, apesar do sofrimento em que se traduz (*privação da liberdade*) pois que não há emenda sem sofrimento¹¹⁷; o processo mais adequado de execução da pena é o isolamento celular, acompanhado de um tratamento individualizado, a que e seguirá a liberdade condicional como antecâmara para a vida em plena liberdade.

28. O ideário correccionalista teve, na península ibérica, *profunda influência* não só teórica como legislativa¹¹⁸, contras-

¹¹⁶ Sobre o pensamento de KRAUSE (1781-1832), vide MONCADA, *Estudios...* (nota 40), 315-316.

¹¹⁷ CARLOS RÖDER, *Las Doctrinas...* (nota 115), § 29: «A teoria correccionalista vê na pena puramente o meio racional e necessário para ajudar a vontade, injustamente determinada, de um membro do Estado a ordenar-se por si própria, porque e na medida em que a desarmonia que nasce da sua desordem perturba a harmonia de todo o organismo racional daquele. Segundo ela radica nisto o fundamento e o fim da pena e o critério para estabelecer o seu género e grau».

¹¹⁸ Sobre os factores da grande implantação do correccionalismo de RÖDER em Portugal e Espanha — ao passo que passou praticamente desconhecido no país de origem, a Alemanha —, vide MONCADA, *Estudios...* (nota 40), 315-316; CEREJO MIR (nota 85), 85; QUINTILIANO SALDANHA in «FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal* I, 3.ª ed.», pág. 447, onde se refere ao correccionalismo como «doutrina simpática, porém unilateral, desprezada na Europa e admitida aqui (em Espanha) como a última palavra da moda

tanto com a escola clássica que não teve representantes significativos nem em Portugal nem em Espanha.

O maior paladino das ideias correcionalistas foi, quanto a Portugal, LÉVY MARIA JORDÃO, autor de dois importantes projectos de Código Penal (1861 e 1864) que nunca chegaram a ser aprovados. Apesar de tudo, as ideias e os princípios vertidos nos projectos JORDÃO exerceram relevante influência nas várias, embora parcelares, reformas penais das últimas décadas do séc. XIX¹¹⁹. É assim que a *lei de 1 de Julho de 1867 abole a pena de morte*¹²⁰ (que, relativamente aos crimes comuns, já não se executava desde 1846 e que, no tocante aos delitos políticos, tinha já sido abolida pelo *acto adicional de 1852*) e a pena de trabalhos públicos, embora esta se tivesse continuado a aplicar até à construção de prisões centrais, como previa esta reforma penal e prisional de 1867.

A referida lei consagrou, ainda, no capítulo da execução da pena de prisão, o chamado «sistema de Filadélfia»: isolamento nocturno e diurno, trabalhando o preso isolado na sua cela e só podendo sair para a escola e para os actos religiosos, onde também havia a preocupação de os isolar através do uso do capuz e de outros processos, na linha do pensamento correcionalista que atribuía grande importância ao isolamento total como factor de regeneração.

Por sua vez, e ainda numa perspectiva de prevenção especial, a *lei de 1 de Abril de 1892* previa a possibilidade de certos delinquentes considerados perigosos (delinquentes habituais) serem postos à disposição do governo que os poderia deportar

penal»; ANTÓN ONECA, *La Teoría de la Pena en los Correccionistas Españoles* in «Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje al Professor LUIS LEGAZ LACAMBRA II» Universidad de Santiago de Compostela (1960).

¹¹⁹ Vide EDUARDO CORRÊA (nota 31) I, 89, 109-110.

¹²⁰ Vide *Pena de Morte (colóquio internacional comemorativo do centénario da abolição da pena de morte em Portugal)*, Coimbra (1968). → a lei de 1867

para o Ultramar. O pensamento subjacente a esta medida legislativa era o de que a mudança de ambiente, aliada ao trabalho justamente remunerado, poderia contribuir em muito para a recuperação de certos delinquentes de difícil correcção.

Logo em 1893, por lei de 6 de Julho, foram criados os institutos da suspensão condicional da pena e da liberdade condicional, acolhendo o nosso direito, desta forma, o espírito do chamado «sistema progressivo ou irlandês»¹²¹.

Diga-se, por último, que esta dimensão filantrópica e humanitarista do correcionalismo não mais deixou, até aos nossos dias, de estar presente em várias das reformas legislativas levadas a cabo no nosso país, neste século¹²².

¹²¹ Recorde-se que, na sequência da consagração da pena de prisão como fulcro dos sistemas penais e da afirmação da finalidade correcionalista desta mesma pena, surgiram três sistemas quanto à melhor forma de a prisão contribuir para a recuperação do delinquentete.

Enquanto uns defendiam o isolamento total, nocturno e diurno (*sistema de Filadélfia*), outros advogavam o isolamento nocturno conjugado com o trabalho diurno em comum embora com a obrigação do silêncio durante o trabalho (*sistema de Auburn*) e, finalmente, uma terceira corrente veio a consagrar um escalonamento na execução da pena privativa da liberdade, em ordem a uma progressiva preparação do delinquentete para a vida em sociedade. Assim, o condenado começava por cumprir um período de absoluto isolamento celular, seguindo-se-lhe uma segunda fase de trabalho em comum e podendo, ainda, haver uma terceira fase durante a qual o preso poderia ser posto em liberdade condicional (*sistema irlandês ou progressivo*). — Cf. EDUARDO CORRÊA (nota 16).

¹²² É este um momento adequado para um rápido esboço da evolução seguida, no decurso do séc. actual, pelo direito de execução das penas privativas da liberdade portuguesas.

O sistema de Filadélfia consagrado pela já referida lei de 1 de Julho de 1867 só veio a ser substituído pelo sistema de Auburn com a lei de 29 de Janeiro de 1913. Em 1936, o decreto n.º 26 643, de 28 de Maio — conhecido por *Reforma Prisional* e tendo o autor do respectivo projecto sido BELEZA DOS SANTOS — veio introduzir uma reforma global nesta matéria do cumprimento da pena de prisão. Procurando, na medida do possível, conciliar a exigência «clássica» da pena retributiva com a exigência «correcionalista», estabeleceu-se uma periodização na execução de prisão, inspirada no sistema progressivo. Assim, consagra-se um período inicial de isolamento total, destinado à obser-

D) O Cientismo Oitocentista e a Escola Positiva

29. Se o ideário correcionalista — embora não enjeitasse o quadro geral dos princípios que constituíram o património do «luminismo criminal» e da «escola clássica» — pode e deve considerar-se como uma reacção às concepções racionalistas e idealistas da escola clássica sobre o crime, o criminoso e a pena, foi, todavia, a «escola positiva» que veio atacar e recusar, frontal e globalmente, todos os postulados e conclusões da «escola clássica» relativos ao direito penal.

vação do recluso. Numa segunda fase, permite-se a vida em comum, durante os actos religiosos, a escola e o trabalho. Segue-se-lhe a possibilidade de convivência com os presos da mesma classe.

A entrada nesta terceira fase pressupunha uma classificação dos presos segundo vários critérios: sexo, idade, perigosidade, natureza política ou comum do crime, etc..

Numa quarta e última fase, o preso, desde que tivesse revelado capacidade para uma vida honesta, poderia exercer cargos de confiança e beneficiar de certas concessões.

Fechemos esta nota sobre os passos mais significativos da evolução do direito penitenciário português, mencionando a recente reforma prisional aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, diploma que, mantendo a sua filosofia inicial, foi alterado, em alguns dos seus artigos, pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março. Esta reforma prisional — fruto do pensamento de EDUARDO CORREIA — parte da «ideia da corrigibilidade de todos os condenados, e isso corresponde a uma nobre tradição do nosso direito...», como salienta o n.º 2 do respectivo preâmbulo. A aceitação da corrigibilidade de todo o condenado impõe ao Estado de Direito Social o dever de criar as condições adequadas à reeducação do recluso em ordem à sua reintegração social (art. 2.º, n.º 1). Entre os vários corolários do princípio da corrigibilidade, salientam-se: a execução em função da personalidade (art. 3.º), a criação do sentido de responsabilidade (art. 5.º), o plano individual de readaptação (art. 9.º), a separação dos reclusos (art. 11.º), a preparação para a liberdade (art. 15.º), a remuneração justa do trabalho (art. 63.º e ss.), etc..

— Vide ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra, (1982) — (sep. do v. XXIII do Suplemento ao «BFDC»), spec. 142 e ss., 183 e ss..

Saliente-se, à partida, que o positivismo jurídico-penal não é mais do que a transposição para ciência jurídico-criminal da *mentalidade positivista* que se afirmou, sobretudo, na segunda metade do séc. XIX e primeira deste século.

Recusando o racionalismo anistórico do séc. XVIII e primeira parte do séc. XIX, o pensamento (anti) filosófico, científico, social e político, que caracteriza o *positivismo naturalista e materialista* da segunda metade de oitocentos, vai reduzir o fenómeno humano, individual e colectivo, a um puro fenómeno natural, explicável empiricamente pelo único critério válido (para eles) de conhecimento que seria o da investigação experimental. O comportamento humano analisar-se-ia e explicar-se-ia pela simples relação entre forças naturais tal como os fenómenos físicos («física social»).

Esta *mundividência positivista*, com a sua redução de todo o real ao empiricamente observável, conduziu à negação da especificidade do universo cultural, ao *relativismo* e mesmo ao *nihilismo axiológicos*. Numa palavra, *reducionismo positivista-naturalista*: redução do real ao empírico (positivismo ontológico), redução do método de conhecimento à investigação experimental (positivismo epistemológico)¹²³.

Como figuras das mais destacadas e influentes na afirmação deste clima cientista (embora cada um no seu campo específico), refiram-se COMTE, DARWIN, MARX e FREUD.

30. Esta mentalidade positivista (a par das profundas transformações económicas e das graves injustiças sociais que

¹²³ FERRI, fundador da sociologia criminal e, no seu tempo, um dos autores que maior credibilidade conferiu à «escola positiva», afirmava mesmo, na sua obra principal — exactamente denominada *Sociologia Criminale* (1892) — que o que caracterizava a escola positiva era o seu método: nós queremos estudar o crime não como um fenómeno jurídico mas como um fenómeno natural e, portanto, com o método próprio das ciências naturais: a observação e experimentação. — Cf. *La Sociologie Criminelle* (1893), 7.

acompanharam a revolução industrial do séc. XIX¹²⁴), não podia deixar de se reflectir, profundamente, na *ciência jurídico-penal* que, então, se encontrava alicerçada nos princípios racionalistas da escola clássica.

Partindo do pressuposto fundamental de que a acção humana é causalmente determinada (*determinismo*), não sendo a liberdade senão a ignorância da necessidade causal ou uma pura ilusão¹²⁵ da nossa consciência deformada ou alienada, os positivistas negam toda e qualquer fundamentação ética à sanção penal¹²⁶. O *crime*,

¹²⁴ Revela-se como muito débil e injusta a crítica feita à escola clássica de não ter conseguido diminuir nem sequer impedir o aumento da criminalidade. Na verdade, esta crítica esquece que o aumento da delinquência na segunda metade do séc. XIX não pode deixar de se relacionar com as estruturais transformações económicas provocadas pela Revolução Industrial, e com as tremendas injustiças sociais causadas por um capitalismo liberal e selvagem, fenómenos estes — económicos e sociais — tão graves que levaram a própria Igreja Católica a ter de intervir, «ex cathedra et ex professo», pela encíclica *Rerum Novarum* de LEÃO XIII, em 1891.

¹²⁵ Vide FERRI, *La Sociologie Criminelle* (1893), 22.

¹²⁶ Como bem observa ROSS (nota 108), 205-208, o problema que, principalmente, ocupou FERRI foi a velha e sempre renovada questão filosófico-moral da legitimação do do «ius puniendi», do Estado. Ora, segundo FERRI, tal direito resultava da natural luta pela sobrevivência comum a todo o ser vivo (influência de DARWIN?). Logo, é a *responsabilidade social* que fundamenta o direito de punir e não, como queriam os clássicos, a responsabilidade moral ou culpa (!) Diz FERRI (nota 125), 427: «eis como a escola positiva ao critério, contestado e indefinido, da responsabilidade moral como razão e fundamento do direito de punir, substitui o critério positivo e exacto da responsabilidade *social* ou jurídica, como razão e fundamento do direito de defesa social por parte da gente honesta contra os criminosos».

Vê-se que FERRI, e com ele a escola positiva, fundamenta a legitimidade na necessidade social, afirma a norma a partir da empiria ou, como diz ROSS: «com um método científico-naturalístico, baseado em observações e experiências, pretende erguer uma norma moral de acção: a norma sobre o direito de punir do Estado».

Conclui ROSS: «a criminologia positiva de Ferri era, de facto, tão pouco pura ciência natural quanto o positivismo de Augusto Comte, no qual se inspirou. Em ambos os casos, trata-se de teorias morais jusnaturalístico-metafísicas baseadas na presunção de que a norma moral deriva automaticamente da própria realidade como expressão de tendências em si imanescentes do facto de

por sua vez, converte-se num *puro fenómeno natural*, explicável bio-psicologicamente e/ou sociologicamente nos quadros de uma pura *investigação experimental*¹²⁷.

Sendo o infractor causalmente determinado na sua conduta socialmente danosa (criminoso), toda a política criminal se deve preocupar e centrar no delinquente e nas causas que o convertem em tal e não nos efeitos (fenómeno criminal). A *perigosidade* do delinquente é o único pressuposto justificativo da intervenção da sociedade. Sendo esta perigosidade o resultado de factores naturais, a sociedade não censura nem castiga (a culpa e a pena pressupõem a capacidade de autodeterminação) mas apenas se defende dos seus elementos perigosos: defendei-vos e não julgueis. Em vez de penas, deve falar-se de *medidas de segurança*. Estas não podem, portanto, ser determinadas em função do facto criminoso (mero índice ou sintoma da perigosidade: concepção sintomática do crime) mas, sim, em função do grau e da duração da perigosidade¹²⁸.

Tudo concorre para que se passe a dar maior importância às categorias de delinquentes em função das causas da sua perigosidade — cujo diagnóstico se torna indispensável quer para a

que os seres vivos se defendem contra os ataques resulta que eles têm também o direito moral».

— Também, CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 75, onde, referindo-se à «vertente do pensamento moderno que se moldou a partir do conhecimento físico-matemático e sistemático-analítico», salienta que esta «particular reiteração do cientismo, e mesmo um cientismo à outrance, que se propõe uma vez mais assimilar o prático pelos esquemas epistemológicos das ciências empírico-analíticas, embora já não com a *ingenuidade gnoseológica do optimismo iluminista, positivístico-naturalista e de um fiscalismo redutivista — que mais não era do que uma monista criptometafísica —* ...» — sublinhado nosso. Ainda, BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 42-44; PAULO MERÊA, *Idealismo e Direito*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» 49 (1973) — (a 1.ª publicação deste trabalho data de 1913).

¹²⁷ Cf. *supra*, nota 123.

¹²⁸ FERRI (nota 125), 407-408, 429-430 e 433.

defesa da sociedade quer para o eventual tratamento do próprio delincente ¹²⁹ — do que ao crime em si mesmo considerado. Em vez de uma tipologia das infracções, uma *tipologia dos delinquentes* ¹³⁰.

O critério de determinação do que é crime, sendo este desprovido de qualquer sentido ético e reduzindo-se a um fenómeno natural socialmente danoso, dependerá das concepções sociais do legislador: — *confluência do positivismo naturalista com o positivismo jurídico* ¹³¹.

Em síntese, pode dizer-se que a escola positiva pretendeu substituir a triologia liberdade-culpa-pena por estoura *determinismo-perigosidade-medidas de segurança*. Consequentemente, *reduziu a política criminal a uma profilaxia e terapêutica sociais* isto é, a um conjunto de meios e técnicas científicos postos ao serviço da sociedade e do Estado para neutralizar a perniciosidade social dos delinquentes. Por isto, nada de retribuição ética

¹²⁹ Sobre a matriz positivista da «ideologia do tratamento» ainda subjacente a algumas concepções de política criminal, bem como sobre o alarme que tal «ideologia terapêutica» tem provocado na opinião pública, vide Ross (nota 108), 199-254, que, a pág. 202, escreve: «Quando o juiz (entendo por tal a pessoa que julga culpado um homem) for substituído pelo manipulador e pelo terapeuta, quando o direito penal se basear no critério do tratamento dos cidadãos como doentes sem responsabilidade, abrir-se-ão perspectivas que, em vez de um paraíso para os delinquentes, deixam entrever o poder mecânico e ilimitado de um Estado totalitário»; e, a pág. 253, relata: «É bem conhecido que, na Suécia, já anteriores escritores como Lundstedt, Olivecrona e Ekelöf, em conformidade com a sua posição relativa à eficácia moral-educativa da pena, têm denunciado o perigo que poderá comportar a eliminação da pena como expressão de desaprovação, e a eliminação da diferença entre imputáveis e inimputáveis ou entre prisão e hospital», concluindo, a pág. 254, que «Nos últimos anos, as condenações a tempo indeterminado têm reclamado, cada vez mais, a atenção da opinião pública; e as tendências mais recentes da literatura criminológica parecem opor-se a este tipo de reacção e à correspondente ideologia do tratamento».

Vide, também, F. DIAS/C. ANDRADE (nota 5), 18-19.

¹³⁰ Vide BETTIOL, *Direito Penal IV*, Coimbra (1977), 19 e ss..

¹³¹ Vide F. CAVALLA (nota 83), 77-78.

(o delincente não é censurável), nada de prevenção geral (os delinquentes não são intimidáveis), mas, sim e somente prevenção especial, ou seja, tratamento da perigosidade ou, quando necessário, segregação ou mesmo eliminação do delincente. Enfim, redução do direito penal a uma pura ciência experimental ¹³².

¹³² Sendo este o quadro geral da «escola positiva» considerada no seu conjunto e na sua radical e ingénua fase inicial, é, todavia, possível e oportuno distinguir duas correntes que divergem quanto à *explicação causal do aparecimento do crime*. Aqui, destacam-se e contrapõem-se duas orientações fundamentais: a biológica e a sociológica.

Enquanto a perspectiva biológica defende que a etiologia do fenómeno criminal se deve procurar na constituição bio-psicológica (anomalias orgânicas e psíquicas) do delincente — *biologia criminal*, já a visão sociológica acentua e confere primazia aos factores ambientais ou sociais (família, escola, profissão, sociedade, pobreza, etc.) na explicação do crime — *sociologia criminal*.

A resposta biológica dada à pergunta sobre as causas do crime veio, pela primeira vez e de forma radical, de LOMBROSO, autor italiano considerado como o pai da criminologia. Na sua conhecidíssima obra *L'Uomo Delinquente* (1876), defendia que o criminoso era um homem cujo desenvolvimento morfológico, psíquico e mental correspondia a um estágio da evolução humana já ultrapassado pela generalidade dos seus contemporâneos (*atavismo*). Este carácter primitivo do delincente faz com que ele seja, desde o nascimento (*criminoso-nato*) um inadaptado às regras de convivência das sociedades evoluídas. Por sua vez, esta «*species generis humani*», que o delincente representa e constitui, possui características somáticas próprias que permitem a sua tipificação e identificação. Segundo LOMBROSO, o delincente apresenta uma constituição anatómo-morfológica parecida com a das raças selvagens: maxilares salientes, fronte abatida, orelhas volumosas, etc..

Esta visão radical veio, posteriormente, a ser revista e corrigida pelo próprio LOMBROSO. Ao lado do delinquente-nato, arrastado, por factores de natureza atávica, para a *criminalidade violenta*, reconhece uma categoria de indivíduos que, não nascendo predestinados para o crime, podem vir a cometê-lo por não possuírem um carácter suficientemente forte para resistir às influências perniciosas da sociedade. Trata-se da «*criminalidade evolutiva*», que não é menos perversa na intenção, mas é mais «civilizada» nos meios, pois que à força e à violência ela substitui a burla e a fraude», segundo palavras do próprio LOMBROSO. Logo, embora tenha rectificado a sua primeira posição, o autor de *O Homem Delinquente* continua a fazer dos factores endógenos (bio-psicológicos) a causa do crime.

O monismo biológico de LOMBROSO não mereceu acolhimento dos seus sucessores. FERRI, discípulo de LOMBROSO, embora não exclua a importância

31. Justo será, todavia, reconhecer que a «escola positiva», apesar do ingénuo cientismo e acrítico radicalismo das suas proposições jurídico-penais, teve o mérito de nos chamar a atenção para a necessidade da *consideração da personalidade concreta do delinquent*, possibilitando a elaboração de uma política criminal mais justa e mais eficaz. Os «clássicos», ao dela abstraírem, «esqueceram-se» de que o facto não pode, justamente analisar-se sem a consideração do agente.

A escola positiva fomentou, ainda, as investigações experimentais sobre as condições favoráveis ao crime, estando, assim, na origem da *criminologia*.

Preparou o espírito da doutrina e do legislador para ensaiar a adopção de *medidas alternativas à prisão*¹³³. Recordem-se, a este propósito, os «substitutivos penais» de FERRI: meios de intervenção directa, de natureza económico-social, nos factores criminógenos (p. e., tratamento dos doentes mentais, educação dos ignorantes, assistência social aos indigentes, etc.)¹³⁴.

dos factores bio-psicológicos, veio, na sua referida *Sociologia Criminal*, apontar os factores sociológicos como principais causas do crime.

Se é certo que a perspectiva bio-psicológica teve os seus continuadores — embora sem a ingenuidade e o radicalismo dos fundadores — («criminologia clínica», «criminologia psicanalítica», etc.), o mesmo sucedendo com a perspectiva sociológica («sociologia criminal marxista», «sociologia criminal americana»: «teoria da anomia» de MERTON, «teoria da identificação diferencial» de GLASER, «teoria da estigmatização» ou do «labelling-approach»), parece, todavia, ser destacar a opção por uma *compreensão multifactorial ou de interacção*: nem só favoráveis biológicas nem só factores sociológicos, mas ambos estarão em concorrência dialéctica, isto é, as favoráveis sociológicas só operam mediante uma personalidade que esteja predisposta à sua influência, mas, por sua vez, a personalidade é também, em certa medida, o resultado de «factores endógenos hereditários modelados dinamicamente por força de factores exógenos». — Cf. EDUARDO CORREIA (nota 31) I, 7. F. DIAS/C. ANDRADE (nota 5), 153-159.

¹³³ Vide E. CORREIA, *La Prison, les Mesures non-institutionnelles et le Project du Code Pénal Portugais de 1963* in «Estudos in-memoriam do Professor Beleza dos Santos» I (1966), 229 e ss.; F. DIAS, *Os Novos Rumos...* (nota 1), 33 e ss..

¹³⁴ Embora positivo o facto de a política criminal procurar soluções penais (e não-penais) alternativas à pena de prisão, é de recusar todo um movi-

32. Quanto aos *aspectos negativos*, baste-nos fazer uma pequena síntese pois que, ao longo da exposição do pensamento da escola positiva, já fizemos a crítica que reputamos adequada.

São graves os perigos a que a aceitação da sua herança, mesmo que suavizada¹³⁵, nos pode conduzir. Os pressupostos deterministas de que parte — e cuja cientificidade as investigações no campo das «ciências humanas» acabaram por rejeitar¹³⁶

mento simplista e pseudo-humanista que, a partir da escola positiva, desencadeou a campanha contra a pena e o direito penal. Movimento abolicionista do direito penal que, recentemente, teve expressão em LOUK HULSMAN/JACQUELINE CELIS, *Peines Perdus — le système pénal en question*, Paris (1982).

Para uma análise crítica deste movimento que, em alternativa, não nos poderia oferecer senão um Estado terapeuta e totalitário ou o retrocesso à incontrolável vingança privada, vide ROSS (nota 108), 199-254.

¹³⁵ A moderação do radicalismo da escola positiva foi o objectivo do chamado *positivismo crítico* que se propôs como tarefa principal compatibilizar o método e as proposições do iluminismo criminal e da escola clássica com o método e os pressupostos da escola positiva.

Várias foram as direcções seguidas pelos propugnadores desta «terceira via», dando origem a outras tantas subescolas. Assim: a *Terza Scuola*, fundada por CARNEVALE e por ALIMENA (enquanto este negava o livre-arbítrio, já aquele defendia a distinção entre imputáveis e imputáveis, consoante se possuísse ou não «aptidão para sentir a coacção psíquica»); a *Escola Moderna, Sociológica* ou *Político-Criminal* inspirada por FRANZ VON LISZT [que, acentuando a necessidade de se tomar o direito positivo como ponto de partida e objecto da dogmática jurídico-penal — tal como ARTURO ROCCO o veio a fazer em Itália, e, por isso, podendo também designar-se esta escola por *técnico-jurídica* — defendia o pensamento do fim («Der Zweckgedanke im Strafrecht»), o naturalismo científico e o utilitarismo positivista e, nesta linha, acolhendo como decisivos os fins da prevenção especial e da prevenção geral da pena — «A pena correcta, isto é, justa, é a pena necessária. Justiça no direito penal significa ater-se a uma medida necessária segundo a *ideia de fins*»].

— Sobre estas «escolas derivadas» ou «eclecticas», vide E. CORREIA (nota 31) I, 92-93; MIR PUIG (nota 1), 185 e ss.; CERREJO MIR (nota 85), 93-103; DANTE PACINI, *Filosofia da Ciência Criminal*, Rio de Janeiro (1983), 191 e ss..

¹³⁶ Sendo mesmo discutível, na actualidade, a tese determinista quanto aos fenómenos naturais. Segundo alguns cientistas (p. e., HEISENBERG), a física nuclear moderna comprova a invalidade da lei da causalidade. — Vide ROSS (nota 108), 218 e ss. («o determinismo não é uma verdade científico-natural demonstrável, antes uma hipótese filosófica muito discutível»); F. DIAS/C. ANDRADE (nota 5), 155.

— transformariam o *direito penal numa ciência empírica* com todas as consequências daí decorrentes. O homem converter-se-ia num mero objecto de um conhecimento experimental que o levaria ao aniquilamento espiritual e, talvez, mesmo à sua destruição psico-física: — *despersonalização do delinquente*.

A *acentuação da defesa social e a negação de qualquer fundamentação ética do direito penal* conduziriam à instrumentalização da pessoa humana pelo poder político do Estado. O tipo e a duração das medidas defensivas («medidas de segurança») acabariam por depender da maior ou menor «necessidade» que o poder tivesse de se «defender». Uma das consequências do positivismo criminológico está, precisamente, no *desprezo das garantias legais e jurisdicionais do delinquente*. Não reconhecendo a existência originária de direitos humanos invioláveis, a escola positiva transformaria o direito penal num óptimo instrumento ao serviço das concepções totalitárias do Estado. Exemplos disto nos deu a história recente, nos períodos do nacional-socialismo e do estalinismo.

E) O Direito Penal na Actualidade

33. A ciência jurídico-penal do *pós-guerra* caracteriza-se, fundamentalmente, por um *repensar* da posição (estatuto jurídico) do delinquente face à necessidade de protecção dos bens jurídicos fundamentais da pessoa e da comunidade e ao consequente poder punitivo do Estado.

Problemas fulcrais como os da definição e delimitação concreta dos bens jurídico-penais; da fundamentação (legitimação) da pena; da finalidade, *rectius*, sentido da aplicação desta; da legitimidade da função ressocializadora da pena em confronto com o «direito à diferença» e com o direito de contestação da «sociedade injusta»; da afirmação do delinquente como pessoa e como sujeito originário de direitos invioláveis e da necessidade

de as sociedades democráticas se defenderem das novas, violentas e corrosivas formas de criminalidade, em crescendo sobretudo a partir da década de sessenta, dizia problemas como estes preocupam e dividem (quanto às vias de solução) os pensadores em geral e os penalistas em especial.

As *investigações antropológicas* e as *tragédias das grandes-guerras* deste século levaram a repensar o problema da relação entre o cidadão e o Estado.

Comprovados que foram os radicalismos, quer da escola clássica quer da escola positiva, bem como a inviabilidade das ecléticas posições do «positivismo crítico», e as nefastas consequências que, para a pessoa humana, poderiam advir — e, efectivamente, advieram — dos postulados racionalistas e individualistas dos «clássicos» e dos pressupostos deterministas e defensistas dos «positivistas», o pensamento jurídico-penal da actualidade procura a via que melhor permita defender a sociedade sem aniquilar o delinquente.

Trilhar um tal caminho não significa, necessariamente, uma ruptura total com as posições defendidas pela escola clássica e pela escola positiva, mas, sim, a *recusa* do extremismo e unilateralismo dos seus fundamentos (*ontologia idealista — ontologia positivista; racionalismo epistemológico — epistemologia positivista; indeterminismo absoluto — determinismo naturalista; numa palavra, humanismo racionalista — humanismo materialista*) e das suas consequências (*retribuição absoluta — defensismo social*), e o desenvolvimento dos aspectos positivos que em ambas as escolas existem, em ordem à reformulação da sociedade segundo os valores da verdade e da justiça que, na história presente e futura das pessoas e das sociedades concretas, se hão-de revelar na medida em que, com sinceridade e dedicação, os procurarmos concretizar. Não é com o «espírito» de abstracção, nem com a simplista redução da sociedade a um (exangue) modelo cibernético, nem com a fuga agnóstica de um «*ignoramus et igno-*

rabimus» que conseguiremos abrir perspectivas para uma nova sociedade em que a vida tenha sentido e em que o problema criminal possa ser tratado, com justiça e com eficácia, não só no plano teórico como, também e sobretudo, no campo prático.

Feita esta breve introdução, breves palavras devemos dizer sobre algumas das principais orientações do pensamento jurídico-penal da actualidade.

a) *Defesa social radical*

34. Na esteira do positivismo criminológico de oitocentos, a corrente conhecida por *Defesa Social Radical*, representada por GRAMMATICA¹³⁷, propõe a abolição do direito penal e a sua substituição por uma ciência interdisciplinar que propicie as técnicas e os meios adequados ao tratamento da *anti-socialidade* dos delinquentes.

Esta orientação defendida pela «ala radical» da «Escola da Defesa Social»¹³⁸ vem a reconduzir-se ao extremismo da escola positiva, negando qualquer dimensão ética ao direito penal, desprezando as garantias legais e jurisdicionais do infractor e colocando-o, assim, numa posição de sujeição face ao Estado¹³⁹.

b) *Nova defesa social*

35. Distanciando-se da posição radical seguida pela ala «extremista» do «movimento da defesa social», a corrente mode-

¹³⁷ Da sua copiosa bibliografia, saliente-se *Principes de Défense Sociale*, (trad. francesa), Toulouse (1963), com um prefácio de MARC ANCEL.

¹³⁸ Esta «escola» ou «movimento» compreende todo um pensamento que, a partir de 1947 — com a criação, no âmbito da ONU, de uma «secção de defesa social» integrada na «divisão para o desenvolvimento» e, posteriormente, com a fundação da «Sociedade Internacional de Defesa Social» — procura conciliar as exigências da defesa da sociedade com a garantia da protecção do cidadão.

¹³⁹ Cf. CAVALLA (nota 83), 140.

rada e reformista deste movimento, liderada por MARC ANCEL¹⁴⁰, procura conciliar os contributos do «iluminismo criminal» e da «escola positiva».

A função do direito penal é proteger a sociedade e os seus membros contra a criminalidade¹⁴¹. Mas esta protecção tem que se desenvolver no respeito dos direitos humanos fundamentais, razão por que os *princípios da legalidade e da jurisdicionalidade* devem considerar-se conquistas irreversíveis da humanidade¹⁴².

Defendendo uma «*política criminal humanista*», propõem a finalidade ressocializadora da pena e, por isto, um sistema de «*reações sociais*», suficientemente diferenciado, para permitir ao tribunal escolher, em cada caso particular, a medida apropriada à situação do delincente¹⁴³.

36. A «nova defesa social» procura colocar *entre parêntesis os problemas éticos fundamentais* da liberdade, da culpa e da responsabilidade, bastando-se com uma *simples análise psico-sociológica* destas questões¹⁴⁴, de forma, porventura, a obter um

¹⁴⁰ Cujas obras mais significativas são *La Défense Sociale Nouvelle — un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris (1.ª ed. em 1954, 2.ª ed. revista em 1966).

¹⁴¹ *A Nova Defesa Social* (trad. portuguesa), Rio de Janeiro (1979), 17-18: «A Defesa Social... busca proteger a sociedade contra as acções criminais; e não é de se duvidar que, a esse respeito, a defesa social se recorde da «revolta positivista» contra o sistema penal clássico...».

¹⁴² *A Nova...* (nota 141), 18: «...defenderá a manutenção das garantias essenciais que derivam do princípio da legalidade e da regularidade do processo penal».

¹⁴³ *A Nova...* (nota 141), 18: «Essa protecção social, a Defesa Social tenciona realizá-la, graças sobretudo a um conjunto de medidas extrapenais; na acepção exacta da palavra, destinadas a neutralizar o delincente, seja pela «eliminação» ou pela segregação, seja através da aplicação de métodos curativos ou educativos».

¹⁴⁴ *A Nova...* (nota 141), 339 e ss.: a responsabilidade é «sentimento íntimo e natural da responsabilidade pessoal...»; «...esse sentimento colectivo de responsabilidade, esse direito de exigir de cada um conta de suas acções,

largo consenso dos diferentes quadrantes do pensamento jurídico-penal (um certo agnosticismo ao serviço de um deliberado pragmatismo conagraçador...).

Simplesmente, não é pelo facto de tais questões serem racionalisticamente insolúveis e, portanto, obterem respostas divergentes, que os poderemos (deveremos) pôr de lado. É que nem o discurso racionalista esgota as possibilidades de abordagem e de «percepção» das verdades — problema do universo cultural-espíritual (ou se preferirmos do transcendente-imanente), nem um problema fundamental e originário do homem, por mais perene e cíclico que seja a sua recorrência (ou, precisamente, por isto), pode deixar de nos inquietar e, nessa medida, «resolver-se» por uma atitude de um certo agnosticismo ou relativismo pragmático¹⁴⁵.

Pensamos que a *debilidade da fundamentação filosófica* da «nova defesa social» constitui a sua maior deficiência (se não contradição).

c) *Concepções sociológicas do direito penal*

37. A *complexidade das sociedades actuais* (na diversidade dos seus vectores económicos, políticos, culturais, morais e

assim como a obrigação de prestar contas, aceita ou imposta, mas de qualquer forma palpável, são directamente relacionadas com essa realidade psicossocial que é o sentimento de responsabilidade; «a diferença neoclássica entre culpabilidade e perigosidade é, no contexto da realidade humana e social, tão artificial quanto a diferença estabelecida entre a pena e a medida de segurança».

¹⁴⁵ Para uma apreciação crítica dos pressupostos fundamentais da «nova defesa social», vide CAVALLA (nota 83), 170-175. Vide, também, ROSS (nota 108) 229; CASTANHEIRA NEVES, *Questão...* (nota 1), 597.

— JEAN LACROIX, *O Personalismo como anti-ideologia*, 59: «a grandeza do homem não é a explicação, mas a significação. No limite, o absurdo é tudo aquilo que seria totalmente explicado mas não teria sentido».

— Sobre a liberdade, a culpa e a responsabilidade no direito, vide FIGUEIREDO DIAS (nota 113).

religiosos), aliada à *tendência actual para a aproximação do direito ao sociológico*, tem levado alguns autores, nas duas últimas décadas, a considerarem o direito em geral, e o direito penal em especial, como o *reductor-sistematizador da complexidade das relações sociais* e, desta forma, como o meio ou garante da funcionalidade e da eficácia do sistema social e dos seus integrantes subsistemas.

Esta, a ideia-chave da teoria do consenso (*Konsensustheorie*) e da teoria sistémica (*Systemtheorie*). Ambas comungam da perspectiva redutora do direito e das suas fontes a uma simples análise sociológica.

Para a *teoria do consenso*, critério e fundamento de validade e legitimidade (da verdade, da justiça) da decisão é o *consenso social*. Este postula e pressupõe uma «situação ideal de diálogo», isto é, uma situação em que todos e cada um dos participantes na interacção social (relação comunicativa) tenham as mesmas possibilidades de intervenção¹⁴⁶. A *função do direito* seria, precisamente, a de promover e, sobretudo, garantir as possibilidades (as vias) de participação de todos (os destinatários das normas) no diálogo comunitário¹⁴⁷.

A *teoria social-sistémica* perspectiva, por sua vez, o direito como uma técnica racional de *redução da complexidade* (virtualmente) caótica das relações sociais, em ordem a conferir à interacção social na sua globalidade (sistema social) e nos suas ramificações (subsistemas) a necessária *integração* e estabilidade, condição necessária à *funcionalidade* e eficácia desses mesmos sistema e subsistemas. Talvez possamos dizer que o direito,

¹⁴⁶ JÜRGEN HABERMAS, *Zur Logik Legitimationsproblem* in «Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus», 140 e ss.; ID., *Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung — zu Theorie und Praxis in der verwissenschaftlichen Zivilisation* in «Theorie und Praxis», 307 e ss..

¹⁴⁷ Para uma análise crítica da *Konsensustheorie*, vide, entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 75, 128-148, 176, 183; BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 254, 274-284.

aqui, nos surge e, no mesmo passo, se justifica como a «racionalização» e a «racionalidade» do sistema social¹⁴⁸.

O direito, através da sua «racionalidade» técnica, é o garante da vigência do sistema social, ao torná-lo funcional. Para lograr este objectivo, o direito distribui e atribui funções a cada um dos membros do corpo social, gerando expectativas recíprocas de acção. Preservar estas expectativas é *conditio sine qua non* da vigência do sistema social, logo é também a função do direito.

Sempre que a norma jurídica, que fundamenta a expectativa, é violada, torna-se imperioso reafirmar a norma e, deste modo, revigorar as expectativas fundamentadas na respectiva norma; caso contrário, ficaria posta em causa a funcionalidade do sistema social. *Reafirmação da norma e revigoração das expectativas* dos seus destinatários que se conseguirá, precisamente, pela aplicação da sanção jurídica¹⁴⁹. Aparece-nos, assim, a san-

¹⁴⁸ Inspirada na sociologia funcionalista de MERTON (*Social Structure and Anomie; Social Theory and Social Structure*, etc.) e, especialmente, de PARSONS (*The Social System; The Structure of Social Action*, etc.), a *Systemtheorie* foi introduzida, na Alemanha, sobretudo, por NIKLAS LUHMANN. De entre a copiosa bibliografia deste autor, refira-se: *Funktionale Methode und Systemtheorie* in «Soziologische Aufklärung», 4.ª ed., 31 e ss.; *Zweckbegriff und Systemrationalität; Rechtssoziologie*, Hamburg (1972); *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart (1974).

— Sobre a «teoria dos sistemas» em geral, pode ver-se L. v. BERTALANFFY, *Teoria Geral de los sistemas* (trad. esp. da 4.ª ed. inglesa). Numa perspectiva criminológica, veja-se, também, F. DIAS/C. ANDRADE (nota 5) 311-342.

— Para uma apreciação crítica de alguns aspectos do pensamento sistémico-sociológico, que mais nos interessam, vide C. NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 77-80, 105-110, 125-131, 153-183; B. MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 269-272, 290-303, 320-321.

¹⁴⁹ Sobre a análise estrutural da norma jurídico-penal (geradora de um «complexo de expectativas reciprocamente referidas umas às outras»), na perspectiva da «teoria sistémica» (HASSEMER, AMELUNG, CALLIESS, JAKOBS), vide MIR PUIG, *Introducción...* (nota 1), 82-88, 134-140, 295-296; numa perspectiva criminológica, vide F. DIAS/C. ANDRADE (nota 5), 329-330.

ção jurídica com uma função positiva de afirmação da vigência da norma, de reforço das expectativas, numa palavra, de *garantia da funcionalidade do sistema social*.

38. Que dizer? — Que o *consenso* seja uma *via* para a apreensão da verdade e da justiça (via contingente, histórica e, *qua tale*, sempre *questionável* nos seus resultados e a renovar), certo, pois tal é postulado pela própria historicidade do Homem e do Direito, no sentido de que é na acção «comunicativa» concreta que o valor Justiça se manifesta no mesmo acto em que se afirma como critério de validade¹⁵⁰. Mas o que *não pode aceitar-se*, como pretende ou, pelo menos, sugere a «teoria do consenso», é *fazer* do acordo de vontades, do *pacto* ou do *consenso* (por mais ideias que o sejam as condições de participação e a situação de «diálogo» em si mesma) o *critério-fundamento da validade* (da verdade ou da justiça). O *consensus*, como tal, é um puro *facto* e de um *facto* jamais poderá «extrair-se» o *verum* ou o *justum*¹⁵¹.

¹⁵⁰ Neste sentido, B. MACHADO, «Introdução...» (nota 2), 276-277: «Porém, se a tese do «consenso como critério de verdade» não parece aceitável, talvez possa admitir-se que o Discurso Universal e universalmente participado, produtor do consenso, é o caminho para a verdade. Isto com base numa determinada concepção antropológica que é a seguinte: (...); «...a Verdade, se por um lado, é indeligiável da história do homem, é, por outro lado, transcendente a esta história enquanto história que acontece (enquanto mera contingência) — por isso que exige a transcensão *ad infinitum* do homem tal como é em cada momento histórico e exige, portanto, a transcensão do homem enquanto ser histórico». C. NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 106-123.

¹⁵¹ Vide CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 127-131, 137-149: «Só que o problema é o de saber que valores estarão hoje a dar sentido fundamentante à normatividade jurídica, e são susceptíveis de sustentar, através dela, o integrante *consensus* comunitário» — pág. 128; «E o que com tudo isto queremos afirmar é de novo uma prioridade: do *fundamento* sobre o *efeito*, da *validade* sobre a *eficácia*, do *valor* sobre a *causa-resultado*, e não apenas porque os fins não santificam os meios, mas ainda porque o fim-efeito conveniente, naverá sempre de responder à pergunta sobre a sua validade fundamentante ho próprio cumprimento dele. É esta a verdadeira função crítica e irremedia-

Por sua vez, a *redução do direito a uma simples racionalização técnica da vida social* (redução científico-técnica da complexidade das sociedades desenvolvidas actuais), com vista à garantia dos sistemas sociais mediante a funcionalidade destes, equivaleria à *conversão do direito numa tecnologia social*, esvaziando-se de toda a «seiva» ético-axiológica e, conseqüentemente, habilitando-se a um qualquer aproveitamento ideológico¹⁵².

Também, aqui, se pode afirmar que a *perspectiva sociológica sistémico-funcional* do direito refere uma *dimensão necessária* do direito (a da ordem, da segurança, da estabilidade, das expec-

velmente específica que compete ao direito» — págs. 130-131; «Numa palavra: o *consensus* é fundamento-critério da validade (ou de verdade), como quer a *Konsensus theorie*, ou antes mediação necessária para atingir o fundamento e simultaneamente uma manifestação em que ele se objectiva? Estamos em crer que neste último sentido irá a solução exacta...» — pág. 148. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 274-278: «Ora a teoria do consenso como critério de verdade e de justiça não pode ser aceite. Desde logo, se o consenso é tomado como facto, dir-se-á que de um facto não pode deduzir-se qualquer validade...» — pág. 275.

¹⁵² Vide CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 79-90, 131-137, 159-164, que, referindo o pensamento de LUHMANN sobre a «justiça» (*Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* in «Rechtstheorie»), justiça que «não pretende ser nem norma de acção, nem regra de justificação ou crítica das normas particulares, pois se colocaria numa indiferença teórica relativamente ao direito e ao não-direito materiais análoga à indiferença da lógica relativamente à verdade e à falsidade também materiais», conclui com o juízo de FIKENSTCHER (*Methoden des Rechts* III, 400): «trata-se, assim, de uma teoria que só pode funcionar se ela própria se pensar sob condições que em si mesma não oferece» — pág. 162. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 269-271, 296-303, que, a pág. 270 escreve: «Ao passo que a visão sociológica em referência (a «teoria sistémico-funcional») trata a questão da decisão (ou da norma) «recta» como uma questão de *eficácia* (social) e, portanto, não deve falar de decisão «justa», mas de decisão «ótima». Ela não se preocupa com a «rectidão» mas com a «optimização». São linguagens diferentes»; a pág. 303, no quadro da formulação de «uma concepção hodierna de Direito Natural», conclui, para o ponto que nos interessa, directamente, «que o progresso ou concretização histórica dessa ordem transcendente [...] é incompatível com a subordinação da sociedade a uma organização técnico-racional em que as relações entre os seus membros se configurem como relações entre papéis ou funções».

tativas, numa palavra, a da *eficácia*)¹⁵³ mas *não suficiente* pois que «esquece» «a intenção de apelo, o seu sentido ideal ou postulativo, o axiológico sentido de validade legitimante e crítico¹⁵⁴, para o substituir por uma simplesmente funcional intenção de adequação social, pragmática e organizatória»¹⁵⁵.

39. Vejamos, agora, a traços largos, qual a *repercussão-penetração* desta sistémico-funcional análise sociológica no direito penal, *rectius*, no pensamento jurídico-penal.

Centro nevrálgico de toda a teoria do direito penal é, irrecusavelmente, a questão do bem jurídico: aqui, a razão de ser do direito penal; aqui, a função da pena; aqui, o cerne das divergências das posições axiológico-normativas e das concepções relativistas (sociológicas, pragmatistas ou juspositivistas).

Para a teoria sistémico-funcional, o *bem jurídico* define-se e reduz-se às imprescindíveis *condições-possibilidades de participação no diálogo* (interacção) *social*, condições possibilitadoras da integração no respectivo subsistema, garantindo, deste modo, a funcionalidade do sistema social¹⁵⁶. Correlativamente, o *delito*

¹⁵³ Cf. DREIER, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems* in «Rechtstheorie» (1974), 200 e ss.; ESSER, *Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie* in «Tradition und Fortschritt im Recht», 121 e ss..

¹⁵⁴ De resto, «intenção» e «sentido» inacessíveis ao discurso e à metodologia que lhe são próprios. — Cf. citações da nota anterior.

¹⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 160.

¹⁵⁶ R.-P. CALLIBSS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main (1974), 143: «possibilidades de participação na vida social»; 188: o direito penal tem como função a «protecção de bens jurídicos por meio da garantia e criação de possibilidades de participação nos sistemas sociais» — citações *apud* MIR PUIG (nota 1), 85. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main (1972), 358 e ss., onde se reconduzem os bens jurídicos às condições que, em cada momento histórico, são imprescindíveis à funcionalidade do sistema social. G. JAKOBS, *Strafrecht-A. T.*, Berlin (1983), 4-6, 31-38: as normas reguladoras do «contacto social só devem ser garantidas, jurídico-penalmente, quando tais normas se apresentem como indispensáveis à subsistência e funcionamento do sistema social».

reconhece-se como «facto socialmente danoso», como «violação das expectativas» dos destinatários das normas penais (que, precisamente, têm por função tutelar as condições «mínimas» da interacção social¹⁵⁷).

Para esta concepção, portanto, o bem jurídico «esvazia-se de toda a dimensão axiológica, e o crime é indiferente a qualquer valoração ético-jurídica, esgotando-se, somente, na inadequação do facto à eficiente funcionalidade do sistema (noção sociológico-funcional).

A convivência social só é possível quando cada um puder contar (expectativa) fundamentadamente (confiança) com determinado comportamento (reacção) por parte do outro destinatário da norma penal (interacção social). Ora, a preservação desta indispensável confiança na norma (Normvertrauen) exige que a cada violação das expectativas (protegidas pela respectiva norma penal) corresponda uma sanção que restabeleça e reforce o sentimento da eficaz vigência da norma.

Em conclusão, a pena (a punibilidade de um facto) não tem o seu fundamento na ilicitude da conduta *in se* nem na culpa ético-pessoal do infractor, mas, pelo contrário, fundamenta-se na «danosidade social do facto» (violador da norma enquanto padrão regulador do contacto social) e tem por função restabelecer a confiança no direito (*Rechtstreue* — prevenção geral positiva de integração), i. é, garantir, em última análise, a funcionalidade do sistema social¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Retorna-se à categoria relativista e utilitarista da «danosidade social» (*Sozienschädlichkeit*) própria da «Ilustração» (cf. *supra* n.º 21).

Vide autores e bibliografia referida na nota anterior.

¹⁵⁸ Vide autores e bibliografia referidos em nota 156.

— Quanto à função de *ressocialização* da execução da pena privativa da liberdade, deve, para estes autores, traduzir-se na orientação do recluso para a sua integração no sistema social. — Vide MIR PUIG (nota 1), 85-86.

Ora, apesar de tais autores não deixarem de apelar à necessidade de o recluso aceitar, voluntariamente, o processo de *ressocialização*, todavia, o que

40. Para além das observações críticas feitas, no decurso da exposição e, especialmente, no n.º 38, a esta «renovada» teoria sociológica do direito em geral e do direito penal em especial, pouco mais haverá a dizer. — Mas sempre se poderá, a modos de conclusão sobre o inconcludente, perguntar: que contributo nos trazem estas «novas» categorias da funcionalidade do sistema, das expectativas, da danosidade social, da integração no sistema social? — Parece que *nada* nos dizem sobre o essencial, sobre a normatividade, *sobre a materialidade do justo* que deve impregnar o sistema social na multiplicidade e diversidade das suas relações. Se subalternizarmos o essencial, a «seiva» que deve penetrar o sistema, a justiça que legitimará a necessidade de revigoramento das expectativas sociais no sistema, que nos ficará senão construções sociológicas que com o jurídico pouco têm a ver e que, dado o seu *relativismo axiológico*¹⁵⁹, *podirão ser aproveitadas por*

aparece como objectivo da *ressocialização* é a integração no sistema social *qua tale*. Um tal entendimento da *ressocialização*, corolário lógico dos pressupostos teórico-sociológicos de que parte, deve ser inteiramente recusado, como veremos *infra*, notas 180 e 188 e texto correspondente.

— A forma como é concebido o crime e a pena, também conduz a que esta corrente negue a validade da distinção entre pena e medida de segurança. — Cf. MIR PUIG (nota 1), 87.

¹⁵⁹ Assim, observa RYFFEL (*Rechts-und Staatsphilosophie*, 274), não nos podemos admirar que rebentem bombas, já que neste domínio, «o sentido do científico relativismo axiológico converte-se em sem-sentido, i. é, na ausência de qualquer sentido fundamentante da *praxis*» — *apud* C. NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 82-83. A propósito da corrosão da mentalidade jurídica pela maré do sociologismo, axiológico-normativamente neutral, tem, sem dúvida, acerto as palavras de M. VILLEY (nota 75), 221: «Não há que nos admirarmos se, nos nossos dias, toda a ordem social é contestada — e que pululem os movimentos de «libertação» de todo o vínculo social ou familiar; reacção bem compreensível contra a imagem insuportável de um direito opressivo, «repressivo», tornado sistema de dominação». — Não posso, ainda, deixar de referir, com a paciência do leitor, o importante artigo de PASCAL DIENER, já citado (nota 75), onde o autor — analisando a supervivência do «nominalismo», surgido no declinar da Idade-Média (cf. *supra* nota 81), subsistência que, de forma subtil e aguda, é patente nos nossos dias — tece algumas reflexões sobre o pragmatismo, o utilitarismo, a miseranda mentalidade *eficientista* da sociedade actual, refle-

xões que têm tanto de pertinência com a nossa civilização actual quanto têm de preocupante, senão mesmo de pavoroso. Penso eu, vale a pena reflectir sobre este estudo — e não me venham dizer que se trata de uma perspectiva moralista (— como esta invectiva de «moralismo» tantas vezes revela fuga ao problema e, nesta medida, uma eventual falta de probidade científica ou sequiser mos, de honestidade intelectual) pois que os problemas aí tratados, e no modo como são abordados, são questões para todo o homem pensante e, de forma especial, para o jurista. Transcreverei, apenas, algumas breves frases deste estudo de DIENER: «Sinal prenúncio, a circular dos hospitais britânicos julgando inútil a continuação dos cuidados de que beneficiassem pessoas idosas, sendo os encargos demasiados para a sociedade. Não é o caminho que conduz à eutanásia social e económica? mas não estará isto de acordo com uma sociedade materialista, visando o extermínio dos mais miseráveis?» — pág. 243; «Numerosos autores aproximam o domínio da morte do domínio da sexualidade: conhecer, assumir, escolher. Na linguagem corrente a propriedade da própria morte conjuga-se com a propriedade do próprio corpo. São conhecidos os «Eros-center»; para quando os «Thanatos-center»? ... «Mais significativo ainda é o manifesto dos Prémio Nobel suscitado por Monod. Este texto pronuncia-se sem a mínima ambiguidade, para além de interdições morais e jurídicas, tanto em favor da eutanásia passiva pelo abandono dos cuidados, como a favor da eutanásia activa por ministração de drogas. Os autores do manifesto pretendem justificar a eutanásia em nome de uma moral aristocrática que repudia a moral tradicional cujos preceitos são considerados tabus» — e, neste processo de relativização da vida humana, que a história nos demonstra que, quando se entra na relativização dos valores que se deviam ter por inexcpcionáveis, é de perguntar: «onde parará a lógica da escalada na via que conduz à eutanásia eugénica?»... «Numa perspectiva utilitária, se o critério é a satisfação de uma felicidade confundida com o prazer, não há diferença essencial entre o direito à sua própria morte e o direito de administrar a morte a outrem» — pág. 243. E, referindo-se ao aborto, questiona: «porquê dez semanas e não seis meses ou doze? Já alguns cientistas começam a propor uma reanimação selectiva dos recém-nascidos a fim de eliminar todos os anormais. Mais ainda, dois Prémio Nobel ingleses preconizam um «*death control*», isto é, o adiamento do nascimento oficial das crianças por dez dias, a fim de que especialistas tenham tempo de as examinar cuidadosamente e de eliminar todas aquelas que fossem portadoras de uma qualquer tara. Assim, é legítimo perguntar-se «quanto tempo demorará o caminho que vai da interrupção da gravidez à interrupção da velhice?». Terminemos com este inciso: «com o positivismo, o direito torna-se um instrumento técnico, convenção ou regra de jogo, utilizado para organizar e controlar as relações sociais; e, numa

uma qualquer visão totalitária mesmo que apoiada numa «maioria»! Se, porém, tais teorias nos surgem como instrumento, como meio, como condição, ao serviço do homem e da sociedade e, deste modo, perspectivadas pela justiça, pela *recta ratio* a conduzir a uma *recta ordinatio rerum*, então seu contributo é relevante. Mas, então, não são tais construções que se podem reclamar de orientadoras de um processo de humanização do homem e da sociedade (tarefa que também ao Direito diz respeito), mas, sim, é nos princípios, no valor da justiça, ao mesmo tempo imanente e transcendente à realidade social («ens et bonum, ens et iustum convertuntur»), que tal humanização se há-de ir realizando.

d) *Concepções ético-axiológicas do direito penal*

41. Sob tal designação pretendemos abranger todas as orientações ou correntes do pensamento jurídico-penal da actualidade que, sem embargo de pontos de divergência (mais ou menos relevantes quer no ponto de vista doutrinal quer no campo legislativo), são, todavia, concordantes não só na *defesa intransigente dos princípios*, historicamente irreversíveis, da *legalidade e da jurisdicionalidade*, como, também, na afirmação da *dimensão axiológica* do objecto de tutela do direito penal (bem jurídico), na *fundamentação da pena na culpa ético-pessoal* do infractor e na consideração da *política criminal como «ultima ratio» da política social*.

derrapagem inevitável, o sujeito, tornado objecto da técnica, será, por sua vez, submetido a todas as manipulações». — pág. 248. — Veja-se, também, quanto ao problema da interrupção voluntária da gravidez, WELZEL (nota 7); onde referindo que, continuando o aborto a ser proibido na Alemanha com base num critério pragmático de aumento populacional, foi, em 1943, autorizado só para mulheres estrangeiras, com o fim de evitar ao Estado encargos com os filhos de estrangeiros. Verificou-se, porém, que tal «discriminação» abalou o respeito pela norma proibitiva por parte das alemãs. E conclui WELZEL: «o utilitarismo extremo nem sequer logrou os seus próprios objectivos».

Uma concepção do direito penal assim fundamentada pode, ainda e felizmente, reputar-se como seguida por muitos sectores da ciência jurídico-criminal e pela generalidade das legislações dos diferentes países, especialmente daqueles que reconhecem no «princípio democrático» o fundamento legitimador do Estado.

42. *A função do direito penal é proteger os valores fundamentais da vida em comunidade, possibilitando o livre desenvolvimento e realização ética da pessoa humana*¹⁶⁰. A pessoa reconhece-se, portanto, como a «razão última» da tutela penal, mas dada a sua natureza radical e ontologicamente comunitária, a sua realização passa pela criação das condições necessárias e indispensáveis à subsistência da sociedade. Numa palavra: a função do direito penal é a *protecção do mínimo ético-jurídico fundamental (dimensão axiológica)*.

Por outro lado, tendo em atenção o carácter gravoso das reacções criminais, só é legítima a intervenção jurídico-penal, quando as sanções de outra natureza (civil, administrativa, ordenação-social) se revelarem insuficientes para a defesa e promoção dos valores em causa (*dimensão pragmática* ou de eficácia: princípio da subsidiariedade, da necessidade ou da intervenção mínima). Só um bem jurídico que satisfaça esta dupla exigência (positiva, i. é., a axiológica; negativa, i. é., a da necessidade) deverá qualificar-se de bem jurídico-penal.

As dificuldades e as divergências surgem quanto ao critério que há-de presidir à definição e delimitação dos bens jurídicos merecedores da tutela penal. Não nos podendo alongar — e porque várias das reflexões pertinentes a este tema já foram feitas a propósito das críticas às concepções do direito penal anterior-

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, entre outros estudos, *Direito Penal e Estado-de-Direito Material* (nota 2), 42-43; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* 12.^a ed. (1965), 1-6; JBSCHACK, *Tratado...* (nota 2) I, 3-5; CEREJO MIR (nota 85), 11, etc..

mente expostas, mormente à concepção sociológica —, apenas diremos que é de recusar a noção sociológica e a noção normativa (positivista-legalista), devendo acolher-se um *critério material*, ou seja um critério *axiológico-normativo*.

Quanto ao critério sociológico, baste-nos a remissão para a crítica feita à concepção sociológica-funcional do direito penal¹⁶¹. Quanto ao critério normativista (metodológico ou teleológico), basta pensar que nos conduzia, numa lógica de crasso positivismo jurídico, a uma noção de bem jurídico imamente ao próprio sistema, à sua identificação com a «ratio legis», a um mero conceito formal que, por um lado, não ofereceria qualquer critério ao próprio legislador sobre as condutas a incriminar e, por outro, impediria um juízo de validade sobre o direito penal vigente¹⁶².

O único *critério válido* tem de ser um critério material. Há-de ser o *apelo à consciência ético-social da comunidade histórica* que há-de legitimar a decisão legislativa de incriminar uma conduta, isto é, de referenciar o bem jurídico por ela violado como um valor fundamental à realização comunitária da pessoa. Mas, salta aos olhos, tal critério material da «profunda» e negativa ressonância ético-social da conduta é vago, constituinto como que uma cláusula geral. Por isto, o esforço para uma *concretização deste critério*, em ordem a uma menos imprecisa delimitação dos valores que deveriam entrar no âmbito da tutela penal.

Vai, neste sentido, a opinião que vê no *quadro axiológico da Constituição democrática* o esquema de referência e o critério

¹⁶¹ Cf. *supra* n.º 38 e 40.

¹⁶² O conceito metodológico ou teleológico de bem jurídico foi elaborado por HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten* (1919) e, posteriormente, acolhido por outros autores como, p. e., SCWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht* (1930), onde identifica o bem jurídico com a «ratio legis».

Sobre a crítica deste conceito formal, pode ver-se H. MAYER, *Strafrecht-A. T.* (1967), 52; RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs in «Festschrift für Richard Honig»* (1970), 152 e ss..

orientador do legislador ordinário na determinação dos valores cuja violação deverá ser criminalizada¹⁶³. O critério material será constituído pela histórica consciência ético-social, mediada pela Lei Fundamental, considerando-se esta (e na medida em que deva poder ser considerada) como positividade ou objectivação histórica daquele *ethos* comunitário¹⁶⁴.

¹⁶³ FIGUEIREDO DIAS, *Os Novos Rumos...* (nota 1), 14; ID., *Les Nouvelles Tendances de la Politique Criminelle au Portugal* in «Archives de Politique Criminelle» (1983), 194; ID., *Pressupostos da Punição e causas que excluem a Ilicitude e a Culpa* in «Jornadas de Direito Criminal — o novo código penal português e legislação complementar» — fase I, Lisboa (1983), 47-48; ID., *Direito Penal...* (nota 2), 43-45: «O elemento básico deste conceito [refere-se ao bem jurídico] reside num momento relacional, numa unidade funcional ou numa estrutura complexa de aspectos ónticos e axiológicos. (...) De que forma, porém, há-de a noção de bem jurídico ganhar a indispensável materialidade e concreção (...)? (...) O passo essencial vejo-o eu no raciocínio seguinte. Se, num Estado-de-direito material (...), toda a actividade do Estado, incluída a jurídico-penal, há-de estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos há-de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Relação (...) de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado». Neste sentido, se deverá interpretar o art. 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶⁴ Sobre o sentido com que se deve entender o *consensus* comunitário, e, portanto, também o *consensus* constitucional, vide *supra*, n.ºs 38 e 40 e notas 150 e 151. — Ainda, relativamente a esta problemática, ou seja, quanto aos diferentes níveis em que se analisa a normatividade jurídica («intenção axiológico-regulativa» e «a consciência jurídica geral» enquanto concretização histórica daquela intenção, a qual por sua vez, se pode analisar em três planos: os valores que constituem o fundo ético da nossa cultura (os valores da pessoa humana quer na sua autonomia pessoal quer na sua corresponsabilidade comunitária), os princípios normativo-jurídicos fundamentais que, uma vez historicamente constituídos, se reconhecem como irrenunciáveis (princípio da legalidade penal, princípio da culpa, o direito de defesa, etc.) e os princípios jurídicos positivados no direito vigente), vide CASTANHEIRA NEVES, *A Unidade...* (nota 2), 128 e 175-181, de onde extraímos o esquema acabado de apresentar nesta nota; ID., *A Revolução...* (nota 73), 190-215; ID., *Justiça...* (nota 1), 50 e ss.. Também, BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* (nota 2), 206-217, 264-268, 286 e ss..

43. Tendo o direito penal a sua razão de existir na necessidade de tutelar e promover os valores essenciais da pessoa humana, naturalmente que tal protecção se haverá de fazer no respeito da dignidade dessa mesma pessoa. Surge-nos, aqui, o relevo decisivo do *princípio da culpa* como fundamento e limite do poder punitivo do Estado. Pressuposto da culpa que, constituindo uma irrenunciável exigência da dignidade da pessoa humana, impedirá que o homem alguma vez possa ser instrumentalizado, havendo sempre de ser visto como um fim em si mesmo (*exigência ética* que constitui uma *garantia política*).

Culpa que, para além de *fundamento e legitimação da pena*, constitui, ainda, condição para que esta e, portanto, o direito penal possa realizar a sua finalidade última de protecção dos bens jurídicos (*garantia de eficácia*). É que, só por «equivoco» ou por má-fé se poderá pensar que é possível proteger, eficazmente, os valores mediante processos em que os mesmos valores, que se pretende afirmar, são negados. A *eticidade ou validade dos meios* não é apenas uma fundamental exigência de validade *in se ipsa*, como, ainda, condição de eficácia dos resultados pretendidos.

Mas qual o sentido da culpa jurídico-penal? — São conhecidas as dificuldades que a doutrina tem sentido para caracterizar o conceito jurídico-penal da culpa, desde que esta passou a constituir o cerne da dogmática penal, especialmente a partir da «Escola Clássica»¹⁶⁵. Centro da dogmática jurídico-criminal, onde, como dizia MEZGER, se bem me lembro, tudo se ganha ou tudo se perde, o conceito de culpa tem sido objecto das mais aprofundadas investigações¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cf. *supra*, n.º 24.

¹⁶⁶ Veja-se a excelente investigação monográfica de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal* 2.ª ed., Coimbra (1983). Do mesmo autor, a mesma temática, embora de forma mais sintética, pode ver-se tratada em *Culpa e personalidade* (versão portuguesa de *Schuld und Persönlichkeit* in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 95 (1983), 220-255) em posfácio

Neste momento, apenas nos cabe dizer que a culpa jurídico-penal não se fundamenta na «liberdade de indiferença» ou seja num indeterminismo absoluto (livre-arbítrio) relativo à acção mas, sim, na *liberdade existencial*, ou seja, na «abertura antropológica» e na conseqüente possibilidade-dever de a pessoa, ao longo da sua existência (ec-sistere), ir «criando», conformando ou estruturando a sua personalidade de acordo com aquele mínimo de exigências ético-jurídicas que são conaturais e indispensáveis à vivência comunitária (respeito dos valores da vida, da integridade física e moral, da liberdade, etc.)¹⁶⁷.

44. O direito penal é o direito das penas! — tautologia evidente, sem dúvida, mas, talvez, não inútil esta repetição. E não inútil na medida em que, por vezes, os penalistas nos apresentam a função do direito penal e a função (fim) da pena como funções dotadas de uma recíproca e relativa autonomia. Tratar-se-á de uma simples questão de linguagem; todavia, não será descabido reafirmar que, sendo a finalidade da pena a mesma que a do direito penal, a *ratio da pena é proteger o «mínimo ético-jurídico fundamental»*. Para conseguir tal objectivo de protecção dos valores fundamentais à realização ética da pessoa em sociedade, o direito criminal serve-se de penas.

O problema, então, é o de saber quais os *sentidos* (se quisermos fins imediatos, mas não fim no exacto sentido deste termo), qual a «dinâmica» que deve ser imputada à pena, para que esta cumpra o seu fim que é o de prevenir o crime (sim, o fim da pena é, e quase sempre foi¹⁶⁸, a prevenção).

de «Liberdade...» citado nesta nota. EDUARDO CORREIA, *A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade* in «Revista de Direito e Estudos Sociais» I (1945-46); 24.

¹⁶⁷ Vide FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade...* (nota 166), 140 e ss.; ID., *Culpa e Personalidade* (nota 166), 256-264.

¹⁶⁸ Cf. *supra*, nota 112.

Estamos, portanto, caídos no problema dos *princípios e critérios que devem presidir à escolha e determinação da pena*, questão esta que deve preocupar e, nesta medida, é tarefa do legislador, do julgador e do executor, no sentido de entidade (no caso português, o juiz de execução das penas privativas ou restritivas da liberdade¹⁶⁹) orientadora do modo como a pena deve ser cumprida.

No presente excurso histórico sobre a «condicionalidade sócio-cultural do direito penal», já nos referimos às consabidas «teorias absolutas» e «teorias reativas» da pena; *hic et nunc*, interessa-nos, somente, referir a *nossa posição*, não descurando, contudo, uma referência breve a outras posições que, actualmente, sejam, também, defendidas.

Muito debatida, esta *vexata quaestio* tem-se centrado, ultimamente, nas *relações entre a culpa e a prevenção*¹⁷⁰ e, no âmbito da exigência político-criminal da prevenção, em saber se a prevenção especial (a «ressocialização» ou «reinserção social» ou, como prefere BETTIOL¹⁷¹, a reeducação) deve, ou não, ter a primazia face à prevenção geral (negativa, de intimidação ou de dissuasão; positiva, de «integração» ou de «interiorização»).

Começemos por reafirmar o que é indiscutível para uma concepção ética do direito penal: o *princípio da culpa* é um *princípio inviolável* que não pode suportar excepções em caso algum. Assim, a culpa não apenas constitui o *pressuposto-fundamento da validade da pena*, como também se afirma como *limite máximo*

¹⁶⁹ Cf. Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro; Decreto-Lei n.º 783/76 de 29 de Outubro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 222/77, de 30 de Maio e 204/78, de 24 de Julho.

¹⁷⁰ Vejam-se, a título de exemplo, os vários artigos de ROXIN, insertos em *Culpabilidad y Prevencion* (nota 4); FRANZ STRENG, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 92, (1980), 636-681; CHRISTIAN SCHÖNBORN, *Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips*, «ZGSTWS» 92 (1980), 682-697.

¹⁷¹ *Ottimismo e Pessimismo...* (nota 76), 13.

da mesma pena. É este, hoje, um postulado, praticamente, reconhecido por todas as correntes doutrinárias e por todos os sistemas jurídico-penais de fundo ético-normativo.

As divergências surgem quanto ao papel desempenhado pela culpa na determinação concreta da pena. Problema que se analisa em três planos que constituem outras tantas questões: a medida da pena deve corresponder à medida da culpa no tipo-de-ilícito cometido, havendo, portanto, de se afastar a consideração das exigências político-criminais da prevenção geral e da prevenção especial, neste momento da fixação concreta do quantum de pena — «teoria da pena exacta» (*Punktstrafe*)¹⁷²; a pena concreta deverá fixar-se entre um limite mínimo e um limite máximo determinados em função da culpa, intervindo as exigências da prevenção geral e, sobretudo, da prevenção especial na determinação exacta da pena, respeitados que sejam, portanto, os limites mínimo e máximo impostos pela gravidade da culpa — «teoria da margem de liberdade» (*Spielraumtherorie*)¹⁷³; uma terceira via é a que faz intervir a culpa e a prevenção em momentos diferentes, ou seja, a culpa, mas só a medida da culpa, é que determinaria a grandeza da pena, enquanto que as razões de prevenção (máxime, especial) decidiriam, sem qualquer intervenção da culpa, da escolha do tipo de pena (prisão, multa,

¹⁷² Sobre a *Punktstrafe* e respectiva crítica, vide ROXIN (nota 4), 96-100. Não compartilhamos de uma tal teoria que nem sequer é praticável, pois que a culpa não é uma grandeza matemática.

De iure condito, o nosso Código Penal, arts. 71.º e 72.º, recusa tal doutrina.

¹⁷³ Sobre a *Spielraumtherorie*, vide ROXIN (nota 4), 93-113.

Pensamos ser esta a posição correcta em função dos princípios e do papel que deverá caber às diversas componentes quer na escolha quer na determinação da medida da pena. — Também julgamos que é esta a filosofia penal subjacente aos arts. 71.º e 72.º do Código Penal.

Vide, sobre este assunto, e relativamente ao direito penal português, A. ROBALO CORDEIRO, *Escolha e Medida da Pena*, «Jornadas...» (nota 164), 235-283.

regime de prova, etc.) — «teoria do valor de emprego» (*Stellenwerttheorie*)¹⁷⁴.

Tendo nós em referência o direito penal tradicional («clássico», «de justiça» ou «primário»¹⁷⁵ — diferentes designações para a mesma realidade dos «crimina naturalia» ou «crimina in se prohibita» —, diremos, à partida, que quer a culpa quer a prevenção geral (de intimidação e de integração) e a prevenção especial de reinserção social, são três factores ou, se se preferir, exigências a que se deverá atender na escolha e medida da pena¹⁷⁶. A eficácia (no respeito da validade) da política criminal obriga a que estes três vectores devam, simultaneamente, ser tidos em conta, logo a começar pelo próprio legislador penal (no momento da criação da moldura abstracta da pena e da atribuição da faculdade de substituição de penas detentivas por penas não detentivas), passando pelo julgador e dirigindo-se, mesmo, ao responsável pelo modo de execução da pena.

Objectar-me-ão: certo mas inviável. — Concordo e aceito que haverá casos em que a compatibilização não é possível e, daqui, a necessidade de estabelecer prioridades. Mas nem por isto o princípio tendencial se deverá perder de vista.

Quanto ao legislador penal, parece evidente que ele não deixará de ter em atenção a tríplice determinante da pena concreta. Bastará atentar na diversidade das molduras penais da

¹⁷⁴ Sobre a *Stellenwerttheorie*, ROXIN (nota 4), 117-145.

Como é evidente, segundo o que afirmamos em texto, esta teoria é, quanto a nós, de refutar. Também, *de iure constituto* (Código Penal, art. 72.º) deve considerar-se recusada.

¹⁷⁵ Sobre a caracterização do «direito penal secundário» e sua autonomia face ao «direito penal tradicional», vide FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, Coimbra (1984) — sep. da «Revista de Legislação e Jurisprudência», n.ºs 3714 a 3720.

¹⁷⁶ Neste sentido, segundo penso, o art. 72.º e mesmo o 71.º do Código Penal.

parte especial do Código Penal, diversidade resultante quer da maior ou menor *ilicitude do facto*, quer da gravidade da culpa, como ainda na faculdade conferida ao juiz de, em certos casos, poder escolher a espécie de pena. Na verdade, a «proporcionalidade» da pena à (maior ou menor) gravidade do ilícito é manifestação da maior ou menor relevância ético-social do bem jurídico protegido pela respectiva norma, tornando-se, assim, saliente o sentido positivo da pena como «integração», i. é, interpelação da consciência ético-jurídica da comunidade para a relevância do valor em causa e, negativamente, afirmando-se, de forma humanamente irrecusável, o aspecto da intimidação¹⁷⁷. Quanto à decisiva influência atribuída pelo legislador à *culpa* na determinação da pena, será suficiente reparar na grande diferença que existe entre as molduras penais previstas para o mesmo tipo-de-ilícito, divergindo apenas no diferente tipo-de-culpa (dolosa ou negligente) com que a infracção foi cometida. Mas o legislador também, no quadro das limitações impostas pela culpa e pela prevenção geral, não deixa de atender à preocupação «ressocializadora», melhor, «não dessocializadora» do delinquente; e nesta linha vai, desde logo, a faculdade conferida ao juiz de, em certos casos menos graves, poder (ou mesmo, dever¹⁷⁸) optar por pena não detentiva.

O problema redobra de vigor *no momento do julgamento*, em que o tribunal — salvo o caso da «pena relativamente indeter-

¹⁷⁷ Vide, neste sentido, JOHANNES ANDENAES, *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, «The Journal of Criminal Law and Criminology», 66 (1975), 338-365; J. J. GONZALEZ RUS, *Teoría da Pena y Constitución*, «Estudios Penales y Criminológicos» VII (1984), 268-269; ROSS (nota 108), 249-250.

Ainda, mas agora considerando apenas o aspecto negativo da prevenção geral, a intimidação ou dissuasão, F. ALVIRA MARTIN, *El efecto disuasor de la pena*, «Est. Pen. y Crim.» VII (1984), 9-24.

¹⁷⁸ Cf. *Código Penal*, art. 71.º

minada»¹⁷⁹ — tem de *fixar a pena concreta*. Já vimos quais os limites que o princípio da culpa impõe à aplicação e medida da pena: esta pressupõe a culpa («nulla poena sine culpa»), constituindo a culpa, ainda, o limite máximo da pena aplicável ao caso concreto. Mas interessa, agora, ver se, por um lado, entre culpa e pena há uma implicação unívoca ou uma implicação biunívoca, e qual a relevância determinante da culpa na fixação concreta da pena.

Quanto à primeira questão: deve acolher-se uma «concepção unilateral da culpa» (*implicação unívoca*: toda a pena implica culpa — «nulla poena sine culpa» — mas a culpa não implica, necessariamente, a pena) ou uma «concepção bilateral da culpa» (*implicação biunívoca*: não só «nulla poena sine culpa» mas também «nulla culpa sine poena»)?, respondo que, para mim, deve ter-se por *princípio geral*¹⁸⁰ a *concepção bilateral*¹⁸¹.

¹⁷⁹ Sobre a figura da «pena relativamente indeterminada» consagrada no actual *Código Penal*, arts. 83-90 (e, quanto a mim, merecedora de alguns reparos quer a figura em si, quer os termos em que está caracterizada — mas que não é este o momento para redigir a respectiva crítica), vide A. MIRANDA RODRIGUES, *A Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso*, «Jornadas de Direito Criminal...», fase I, Lisboa (1983), 285-314.

¹⁸⁰ E, como princípio *geral*, poderá haver casos, mais ou menos raros, em que, embora havendo culpa, mas sendo esta «diminuta» (na palavra do nosso legislador), e a tal não se opondo as exigências de prevenção geral, poderá o tribunal não aplicar qualquer pena. Concorro com a disposição do *Código Penal*, o art. 75.º, que consagra esta possível excepção que, diga-se «quase» nem chega a ser excepção.

Como mera curiosidade — ou talvez não só curiosidade... — registre-se o facto de, neste caso da «dispensa da pena», o legislador ter, também, considerado como obstáculo à referida dispensa a exigência ou necessidade da recuperação social do delinquente, sendo certo que os crimes que podem fazer funcionar esta figura são infracções de pequena gravidade a que não pode corresponder pena de prisão superior a seis meses... Quero dizer que esta limitação à dispensa da pena não parece ter sentido, na medida em que uma pena tão curta nunca permitirá o tal processo de recuperação do delinquente. Logo, surge-me como contraditório tal impedimento, a não ser que o legislador, sem, porventura, o ter consciencializado, tenha intuído que — e nisto e por

Relativamente à segunda pergunta, pensamos que o elemento mais decisivo é a culpa (na sua espécie e gravidade). E isto

isto estou de acordo — que a *prevenção especial* não deve, tal como sucede com a prevenção geral, analisar-se apenas na sua positiva dimensão de «*reinserção social*», mas também que dela faz parte integrante a irrecusável dimensão de *dissuasão individual*, i. é, de intimidação do próprio infractor.

Aproveito, já, o ensejo de salientar que, contrariamente ao que alguns poderão pensar, não se trata de uma ideia «reaccionária», sendo, bem pelo contrário, a constatação de que não se podem dissociar estas duas dimensões ou sentidos da prevenção especial. A reinserção social do recluso como meta do «modus» de execução da pena de prisão passa, de forma humanamente realista, também pela dissuasão que a pena há-de exercer sobre o recluso, dissuasão esta que não existirá, quando a prisão, no seu «modo» de execução, não constituir uma «privatio boni», diga-se a palavra, um sofrimento. É que, será uma mítica fuga à «natureza das coisas» pensar-se uma pena sem sofrimento.

O que até aqui se disse, teve apenas em conta a dupla e indissociável dimensão da prevenção especial. — Adiantando o que projectávamos referir, mais à frente, diga-se, agora, que, para além do sentido dissuasor-individual que não pode ser esquecido no cumprimento da pena, mesmo que de prisão (não sendo, até, viável lograr-se a «reinserção» sem uma «certa» dissuasão), também penso que, na «execução da pena privativa de liberdade», a dinâmica de «recuperação social» haverá de ter sempre um limite nas exigências mínimas da prevenção geral (quer positiva quer negativa). Em resumo: a intenção «ressocializadora» da forma de execução da pena de prisão não poderá ir ao ponto de neutralizar a eficácia preventivo-geral da pena. Por outras palavras: a prevenção geral (claro que tudo o que estamos a afirmar é no pressuposto de um respeito absoluto pelo princípio da culpa) há-de estar sempre presente na «execução da pena privativa de liberdade» como um limite.

Termino com uma referência ao art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, dizendo que se o sentido da expressão «serve também a defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros factos criminosos» não estiver em consonância com o pensamento que acabámos de, resumidamente, expor, mas, pelo contrário, corresponder à interpretação que da referida norma faz A. MIRANDA RODRIGUES, *Posição...* (nota 179), 154-168, então tal normativo é, quanto a nós, de recusar.

¹⁸¹ ROXIN (nota 4), especialmente, págs. 187-199, defende uma concepção unilateral do princípio da culpa. Em sequência consequente (?), cria a «categoria sistemática» da responsabilidade (cf. *ob. cit.*, 57-92) que, perdoe-se a simplificação, se reconduz à necessidade político-criminal (prevenção geral e prevenção especial) da pena, não bastando, portanto, para a aplicação desta a ilicitude e a culpa.

Por outro lado, este Autor considera a culpa como pressuposto e como limite máximo da pena (*ob. cit.*, 41-56), constituindo-se, assim, o princípio

não porque defendamos qualquer concepção da pena como expiação ou sequer como retribuição¹⁸², mas, unicamente, porque pensamos que a pena determinada, fundamentalmente, segundo o critério material da culpa é aquela que se apresentará, político-criminalmente, com *mais virtualidades de eficácia*. Advirta-se: eficaz não tanto no ponto de vista preventivo-geral de intimidação (e diga-se, entre parêntesis, sentido que a pena sempre o haverá de ter, sob pena de escamotearmos uma realidade psico-sociológica evidente e conatural ao homem¹⁸³) como, especialmente, *no âmbito da prevenção positiva de integração e, porven-*

da culpa em garantia do réu, mas sendo as exigências político-criminais de prevenção que irão decidir do *se* (aplicação) e do *quanto* (medida), respeitado o limite da culpa. Não se pode aceitar a «concepção bilateral» pois que, segundo ROXIN, a culpa da vontade não se pode demonstrar, podendo ou não existir, traduzindo-se a sua afirmação num «acto de fé» (cf. *ob. cit.*, 42) e um «atto de fé» não pode determinar a medida da pena.

— Como se vê, toda esta argumentação de ROXIN, que o leva a pretender introduzir, na dogmática penal, a categoria da «responsabilidade», é confusa e mesmo contraditória. Pois, como é possível considerar a culpa (para ROXIN, uma figura abstracta) com validade para constituir um pressuposto e mesmo um limite da pena e, simultaneamente, afirmar que a culpa nada pode dizer sobre a aplicação e a medida da pena uma vez que, ao cabo e ao resto, se trata de uma ficção necessária? Se o conceito de culpa é meramente formal, se a culpa é uma ficção, para nada serve; mas se servisse para alguma coisa, então poderia ser tido em conta tanto para limite como para medida.

De tudo parece legítimo concluir-se que a fundamentação da «concepção unilateral» do princípio da culpa (de ROXIN) é contraditória e que a «causa» desta construção obscura radicará, em última análise, no próprio conceito de culpa de que este Autor parte, i. é, numa culpa relacionada com a liberdade da vontade referida ao facto (o livre-arbítrio).

Diga-se, por último, que as respostas que o próprio ROXIN dá às objecções erguidas à sua posição por diferentes autores (cf. *ob. cit.*, 48-56) não parecem, de forma alguma, convincentes.

— Neste sentido crítico da posição de ROXIN, vide FIGUEIREDO DIAS, *Culpa e Personalidade* (nota 166), 252-3 e *passim*, cujo conceito material de uma «culpa da personalidade» (cf. *obras citadas* em nota 166) dá quase plena satisfação às exigências político-criminais que preocuparam e terão estado na origem da referida construção de ROXIN. Ainda, F. MUÑOZ CONDE na *introdução* à referida colectânea de ROXIN (nota 4), 23-30.

¹⁸² Cf. *supra* texto a que corresponde a nota 168.

¹⁸³ Vide bibliografia citada em nota 177.

tura, mesmo no aspecto da própria exigência da prevenção especial.

Eficaz no âmbito da prevenção positiva de integração, na medida em que a pena correspondente (claro que não se trata de uma correspondência matemática...) à culpa — quando e na medida em que o juízo de censura ético-pessoal for cuidadosa e humanamente ponderado, atendendo a toda uma possível variedade de circunstâncias que podem grandemente reduzir a culpa do infractor — é a que maiores possibilidades tem de ser aceite como justa pela comunidade, com todos os reflexos positivos que de tal adesão poderão advir para a consciência ético-social.

Eficaz, porventura, *no tocante à própria prevenção especial* uma vez que a pena «adequada» à gravidade da culpa será a que mais virtualidades terá para despertar no delinquente a indispensável «dinâmica» interior de «auto-reeducação», pois que, traduzindo-se embora num sofrimento (logo, em factor de dissuasão individual), tal sofrimento, porque justo, constituirá um estímulo para o encetar de um caminho de aproximação aos valores minimamente indispensáveis à vida em comunidade¹⁸⁴. Ponto é que, de facto, seja, humanamente, o mais possível justa, o que passa por uma consideração judicial de todo o condicionalismo (porventura, excepcional) que precedeu e envolveu o cometimento do tipo-de-ilícito.

Terminemos com umas breves palavras sobre o «modo» de execução da pena, especialmente quando se trata de pena privativa ou simplesmente restritiva da liberdade.

Foi muito divulgada, máxime na *década de sessenta*, a simplista ideia de que a *ressocialização* do delinquente deveria ser, praticamente, *o único objectivo da pena*; e que um tal entendimento, quando levado à prática, constituiria o meio, por excelência, de redução da criminalidade, mormente a reincidência.

¹⁸⁴ Veja-se, a este propósito, o que se escreveu em nota 180.

Hoje, e desde há cerca de uma década, pode dizer-se que com o *mesmo simplismo* acríptico e emotivo, com que se aderiu a esse «mito» da *ressocialização*, se *proclama o abandono total do sentido de reeducação* (para o respeito dos bens jurídicos fundamentais e integrantes do quadro axiológico da consciência ético-social) que a pena, na sua execução, também deve ter¹⁸⁵.

Acho que esta viragem tão brusca e radical não é motivo para que nos admiremos. Tentarei explicar, segundo a minha maneira de ver. A sociedade quis «ressocializar» durante a prisão (e não da forma mais válida e eficaz¹⁸⁶), esquecendo, ou tentando «esquecer», que, em muitos dos casos em que, possivelmente, mais se sentirá essa «responsabilidade da sociedade para com os mais desfavorecidos ou carecidos», tal responsabilidade não se cumprirá com o retirar à pena o carácter de sofrimento que ela *qua tale* comporta, mas sim por um repensar económico, político, cultural e ético da própria sociedade. Não pense, leitor, que, com esta afirmação, estou a defender, à maneira da «criminologia radical», que a «reinserção social» é mais uma peça da estratégia da «sociedade capitalista ocidental» para a neutralização dos defensores da «sociedade socialista»¹⁸⁷. O que penso

¹⁸⁵ Esta viragem brusca, sobretudo nos países que, mais entusiasticamente acolheram o pensamento da «ressocialização» (Estado Unidos e países escandinavos), é acompanhada do apelo «à lei e à ordem». Assim, recentemente, na Suécia, o *Conselho para a Prevenção do Crime* declarava: «a pena deve readquirir o seu carácter de reacção a uma violação da lei, reacção que tem efeitos desagradáveis para o condenado»; por sua vez, o *Comité Europeu para a Descriminalização*, afirmava: «...ameaçar causar danos e, se a infracção se praticar, aplicá-los mesmo»; finalmente, em 1979, nos E.U.A., uma comissão federal, presidida pelo senador E. Kennedy, preconizava um maior rigor nas liberdades condicionais dos condenados em pena indeterminada.

— Vide A. MIRANDA RODRIGUES, *Posição...* (nota 179), 142 e ss.; G. PICCA (nota 45), 89-109.

¹⁸⁶ Veja-se o que se disse em nota 180.

¹⁸⁷ Dizia, em 1956, o polaco RAPPAPORT (En lisant la «*Défense Sociale Nouvelle*», «*Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*», (1956) 360 e ss.): a ciência penalística ocidental permanece ligada a um modelo orga-

e digo é que, se aqueles que defendem a «recuperação social» como único fim da execução da pena de prisão, consideram que a «não-inserção» ou «desinserção» social (pois só, nestes casos, faz sentido falar de «inserção» ou «reinserção» social) está relacionada com as adversas condições sociais (desemprego, corrupção política, «anomia ética» generalizada na família, na escola, na rua, nos meios de comunicação social, etc.¹⁸⁸), então, o que há a fazer, para ser-se coerente e obter o efeito desejado com a «ressocialização» é procurar eliminar, na medida do possível, essas condições favoráveis à reincidência.

Aos que objectarem que isto já é um problema da sociedade e do Estado e que, portanto, nada tem a ver com o problema da reinserção social como fim único da execução da pena de privação

nizativo injusto, irracional e opressivo. Assim, o delinquente é sempre a «vítima dos regimes de injustiça social». Só a ciência sociológica marxista oferece critérios objectivos para explicar a relação homem-sociedade; só ela permite construir uma organização política finalmente privada de opressões, na qual, finalmente, a criminalidade desaparecerá, seguindo uma via já empreendida, com sucesso, pelos países do leste comunista. E, nesta óptica, perguntava, «um indivíduo «anti-social»? Uma «defesa social»? De quê? E contra quem? Para nós, representantes do socialismo científico, trata-se de estudar, conscientemente, o grande problema do delinquente — vítima dos regimes de injustiça social»...

Partindo de idênticos pressupostos ideológicos marxistas, BARATTA crítica, violentamente, a ideia da ressocialização, afirmando (num discurso proferido no IX Congresso Internacional da Defesa Social, realizado em Caracas, em 1976) que esta ideia está ao serviço da estrutura capitalista das sociedades ocidentais e constitui a negação dos valores fundamentais da liberdade e da espontaneidade, valores que só serão realizáveis com a instauração revolucionária de uma sociedade comunista de acordo com a doutrina marxista.

— Como se vê, estes autores partem sempre dos mesmos pressupostos ideológicos marxistas que apresentam como verdades científicas. Dogmáticos, apresentam-se como os detentores absolutos da verdade sobre a sociedade perfeita, sobre a «cidade justa» e sobre os métodos de a conseguir; maniqueístas, eles recusam aos outros qualquer parcela de verdade, qualquer preocupação de justiça; totalitários, negam aos dissidentes do «paraíso», que afirmam estar em construção, o direito de discordarem...

¹⁸⁸ Veja-se, a este propósito, *Réponses à la Violence* (rapport du comité d'études présidé par ALAIN PBYREFITTA), Paris (1977).

da liberdade, não haverá senão que responder que ao direito em geral cabe interpelar, normativamente, a própria sociedade, sendo este problema da «reinserção social» do delinquente uma questão jurídico-penal que não poderá deixar de se analisar em dialéctica com a própria sociedade. E, se assim não devesse ser, se este entendimento não estivesse correcto, então, em grande parte dos casos (dos condenados à privação ou restrição da liberdade), a preocupação «ressocializadora» seria praticamente inútil. Se, como dizem — e acho que bem — a sociedade deve criar, durante a privação da liberdade, as condições favoráveis à auto-reinserção social do delinquente, então essa responsabilidade não se limita ao tempo de prisão, mas retrojecta-se e projecta-se em relação a esse momento.

Estas considerações não pretenderam ser senão um parêntesis que acabou por se alongar. Por outro lado, no discurso seguido, procurei colocar-me no campo daqueles que defendiam, ou defendem, que a única finalidade da execução da pena privativa de liberdade era, ou é, a reinserção social do recluso.

Agora, quanto à *minha opinião* a este respeito, ela já foi, suficientemente, referida¹⁸⁹: embora a *execução* da pena (especialmente, a privativa ou restritiva da liberdade) possa e deva ser orientada *no sentido da «reinserção social»* do delinquente, tal não deverá ser feito sem se ter *em atenção as exigências da prevenção geral* (de integração e, mesmo, de dissuasão), exigências estas que sempre haverão de respeitar o princípio da culpa.

AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra
e da Universidade Católica Portuguesa
Curso de Direito no Porto

¹⁸⁹ Cf. *supra*, nota 180.

BIBLIOGRAFIA consultada

- ALVIRA MARTIN (F.), *El efecto disuasor de la pena*, «Estudios Penales y Criminológicos» VII (1984), Santiago de Compostela.
- ANCEL (M.), *A nova defesa social*, Rio de Janeiro (1979).
- ANDENAES (J.), *General prevention revisited: research and policy implications*, «The Journal of Criminal Law and Criminology», 66 (1975).
- ANDRADE (Costa), *O novo código penal e a moderna criminologia*, «Jornadas de Direito Criminal — o novo código penal português e legislação complementar» — fase I, Lisboa (1983).
- — /DIAS (Figueiredo), *Criminologia*, Coimbra (1984).
- ANDRADE (Vieira), *Os direitos fundamentais*, Coimbra (1983).
- BARATTA (A.), *Criminologia crítica y política penal alternativa*, «Rèvue Internationale de Droit Pénal» 49 (1978).
- BARTOLI, *Comentaria*, Venetiis (MDCXV).
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*.
- BENEYTO PEREZ (J.), *La evolución de la idea de «imperium» en la Edad Media*, «Anuario de Historia del Derecho Español» XIV (1942-43).
- BETTIOL (G.), *Direito penal*, 4 vols., Coimbra.
- — —, *Ottimismo e pessimismo in tema di prevenzione del reato*, «L. Indice Penale» XII, n.º 1 (1978).
- — —, *Sullap«nuova difesa sociale» considerata dal punto di vista cattolico*, «Scritti Giuridici», II, Padova (1966).
- — —, *Verso un nuovo romanticismo giuridico?*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» (1979).
- BRUNNER (H.), *Historia del derecho germanico*, Barcelona (1936).
- BRUNNER (O.), *Land und Herrschaft* (1943).
- CABTANO (Marcelo), *Manual de ciência política e de direito constitucional I*, 6.ª ed., Coimbra (1983).
- CALASSO (F.), *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Milano (1957).
- — —, *Medio Evo del diritto I — Fonti*, Milano (1954).
- CANOTILHO (Gomes), *Direito constitucional*, 3.ª ed., Coimbra (1983).
- CARRARA, *Programma del corso de diritto criminale*, I.
- CARVALHO (Taipa), *Problemas de prognose criminal*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» LIV (1978).
- — —, *Traição e aleivosia na Idade Média*, Coimbra (1981) — ed. policopiada existente no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra.
- CAVALLA (F.), *La pena come problema*, Padova (1979).

- CERREJO MIR (J.), *Derecho penal español — parte geral I*, Madrid (1976).
- CORDEIRO (Robalo), *Escolha e medida da pena*, «Jornadas de Direito Criminal...» fase I, Lisboa (1983).
- CORREIA (Eduardo), *Direito criminal*, Coimbra (1968).
- , *A doutrina da culpa na formação da personalidade*, «Revista de Direito e de Estudos Sociais» I (1945-46).
- , *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» LIII, Coimbra (1977).
- , *La prison, les mesures non-institutionnelles et le project du code pénal portugais de 1963*, «Estudos in-memoriam do Professor Beza dos Santos» I (1966).
- COSTA (M. J. Almeida), *Apontamentos de história do direito*, Coimbra (1980).
- , *Cultura jurídica medievá em Portugal*, Coimbra (1959).
- , *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, Coimbra (1966).
- , *Romanisme et Bartolisme dans le droit portugais*, Milano (1961).
- , *Temas de história do direito*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra» XLIV (1970).
- COURTOIS (Gérard), *La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique*, «Archives de Philosophie du Droit» 28 (1983).
- CRUZ (Braga), *História do direito português*, Coimbra (1955).
- CRUZ (Sebastião), *Direito romano*, 2.ª ed., Coimbra (1973).
- DAWSON (C.), *A formação da Europa*, Braga (1956).
- DIAS (Figueiredo), *Direito penal e Estado-de-Direito material*, «Revista de Direito Penal», (1982), Rio de Janeiro.
- , *Para uma dogmática do direito penal secundário*, Coimbra (1984) — sep. da «Revista de Legislação e Jurisprudência», n.º 3 714 a 3 720.
- , *Liberdade, culpa, direito penal* 2.ª ed., Coimbra (1983).
- , *Les nouvelles tendances de la politique criminelle au Portugal*, «Archives de Politique Criminelle» (1983).
- , *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, Lisboa (1983) — sep. da «Revista da Ordem dos Advogados», 1983, n.º 1.
- , *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, «Jornadas de Direito Criminal...» fase I, Lisboa (1983).
- , *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra (1969).
- , *A reforma do direito penal português*, «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», 48 (1972).
- , *Schuld und Persönlichkeit*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 95 (1983).
- /ANDRADE (Costa), *Criminologia*, Coimbra (1984).
- DIENER (Pascal), *Idée nominaliste et déconstruction du droit*, «Archives de Philosophie du Droit» 28 (1983).
- España Sagrada XX* (História Compostellana), Madrid (1765).
- ÉTCHEVERRY (Auguste), *O conflito actual dos humanismos*, Porto (1975).
- FERRARI (Angel), *La secularización de la teoría del Estado en las Partidas*, «Anuario de Historia del Derecho Español» XI (1934).
- FERREIRA (Cavaleiro), *Direito penal português I*, Lisboa (1981).
- FERRI, *La sociologie criminelle* (1893).

- FONT RIUS (J. M.), *Orígenes del regimen municipal de Cataluña*, «Anuario de Historia del Derecho Español» XVI (1945).
- FOVIAUX (Jacques), *La rémission des peines et des condamnations*, Paris (1970).
- GALO SANCHEZ, *Fueros castellanos de Soria e Alcalá de Henares*, Madrid (1919).
- GARCIA GALLO (A.), *Aportación al estudio de los fueros*, «AHDE» XXVI (1956).
- GARCIA GONZALEZ (J.), *Traición y alevosia en la alta Edad Media*, «Anuario de Historia del Derecho Español» XXXII (1962).
- GENZMER (Erich), *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*, «Conferenze Romanistiche», Milano (1960).
- GHISALBERTI (Carlo), *Sulla teoria dei delitti di lesa maestà nell diritto comune*, «Archivo Giuridico» CXLIX (1955).
- GIERKE (Otto von)/MAITLAND (W.), *Les théories politiques du Moyen Age* (trad. do alemão e do inglês), Paris (1914).
- GOMES (D. António Ferreira), *Democracia, sindicalismo, justiça e paz*, «Direito e Justiça» I (1980).
- GONZALEZ RUS (J. J.), *Teoría de la pena y constitución*, «Estudios Penales y Criminológicos» VII (1984), Santiago de Compostela.
- GRAMATICA (Filippo), *Principes de défense sociale* (trad. francesa), Toulouse (1963).
- HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.
- HERCULANO (A.), *Do estado das classes servas na Península*, Lisboa (1958).
- , *História de Portugal*, 8.ª ed..
- , *Portugaliae Monumenta Historica — Leges et Consuetudines I*, Olisipone (MDCCCLVI).
- HESPANHA (A. Manuel), *O direito e a história*, «Revista de Direito e de Estudos Sociais» XVII — n.º 1 (1970).
- , *História das instituições — épocas medieval e moderna*, Coimbra (1982).
- HINOJOSA, *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid (1915).
- HIS (R.), *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters* (1964).
- HULSMAN (L.)/CELIS (J.), *Peines perdues — le système pénal en question*, Paris (1982).
- IGLESIAS (Juan), *Politica y derecho en Roma*, «AHDE» XV (1944).
- IGLESIA FERREIROS, *La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego de San Pedro*, «AHDE» XXXIX (1969).
- , *Historia de la traición*, Santiago de Compostela (1971).
- JAKOBS (Günther), *Strafrecht-A. T.*, Berlin (1983).
- JESCHECK (H.-H.), *Tratado de derecho penal*, Barcelona (1981).
- KALINOWSKI (Georges), *Le fondement objectif du droit d'après la «Somme Théologique» de Saint Thomas d'Aquin*, «Archives de Philosophie du Droit» XVIII (1973).
- KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, «Kant Werke» 6 (1981).
- , *Die Metaphysik der Sitten — Rechtslehre*, «Kant Werke» 7 (1981).
- LACROIX (Jean), *Marxismo, existencialismo, personalismo*, Porto (1964).
- , *O personalismo como anti-ideologia*.
- LALLA (Paolo), *Note sulla coscienza giuridica*, «Riv. Ital. Dir. Proc. Penale» (1978).

- LAPANCHE (Jean), *Réparation et rétribution: une perspective psychanalytique*, «Arch. Ph. Droit» 28 (1983).
- LAZARIDIS (Stéphanos), *La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui*, «Arch. Ph. Droit» 28 (1983).
- LEBRIGE (Arlette), *La responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris (1967).
- LEGAZ LACAMBRA (L.), *Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva actual*, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro» II, Coimbra (1979).
- LISZT (F. von), *Tratado de derecho penal* I 3.ª ed., Madrid. *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa (1971).
- LÓPEZ ORTIZ, *La colección conocida con el título de «leyes nuevas» y atribuida a Alfonso X el sabio*, «AHDE» XVI (1945).
- MACHADO (Baptista), *Antropologia, existencialismo e direito*, Coimbra (1965).
- , *Sobre o discurso jurídico*, Coimbra (1965).
- , *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra (1983).
- , *Participação e descentralização*, Coimbra (1978).
- MAITLAND (W.)/GIERKE (O. von), *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris (1914).
- MANZINI (V.), *Diritto penale*, III, Torino (1950).
- , *Scritti minori*, Torino (1959).
- MARANGIU (A.), *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, «Riv. Ital. Dir. Proc. Pen.» XVIII (1975).
- MARCEL (G.), *Os homens contra o homem*, Porto.
- MARITAIN (J.), *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942).
- MARTINEZ DIEZ (G.), *Las instituciones del reino astur a través de los diplomas*, «AHDE» XXXV (1965).
- MAYER (H.), *Kant, Hegel und das Strafrecht*, «Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag», Frankfurt am Main (1969).
- , *Strafrecht — A. T.* (1967).
- MELO (Barbosa), *Democracia e utopia*, Porto (1980).
- MERÇA (Paulo), *Composição Corporal*, «AHDE» XV (1944).
- , *A concessão da terra portuguesa a D. Henrique perante a história jurídica*, «AHDE» (1925).
- , *A concessão da terra portuguesa a D. Henrique*, «AHDE» XIII (1936-41).
- , *Ainda a concessão da terra portuguesa*, «BFDC» XXXIX (1963).
- , *Quando começou D. Afonso Henriques a intitular-se rei?*, Porto (1967).
- , *Crimes «deliberados» e crimes «de ímpeto»*, «BFDC» XXIII (1947).
- , *Idealismo e direito*, «BFDC» II, (1973).
- , *Introdução ao problema do feudalismo em Portugal*, Coimbra (1912).
- , *Lições de história do direito português*, Coimbra (1923).
- , *Sobre a palavra «attondo»*, «AHDE» I, (9124).
- , *Em torno da palavra «forum»*, «Revista Portuguesa de Filologia» v. 1, t. II (1948).
- MERU, *Storia del diritto penale nel 1500*, Nápoles (1964).
- MIR PUIG (S.), *Dogmática creadora y política criminal*, «Révue Internationale de Droit Pénal» (1978).

- , *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona (1976).
- MONCADA (L. Cabral), *Estudos de história do direito* II, Coimbra (1949).
- , *Filosofia do direito e do estado* I, Coimbra (1947).
- , *As ideias políticas depois da reforma: Jean Bodin*, «BFDC», (1947).
- MOUNIER (E.), *O personalismo*, Lisboa (1960).
- NÉDONCELLE (M.), *Para uma filosofia do amor e da pessoa*, Lisboa (1961).
- NEVES (Castanheira), *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra (1983).
- , *Justiça e direito*, «BFDC» LI (1975), Coimbra.
- , *O papel do jurista no nosso tempo*, «BFDC» XLIV (1968).
- , *Questão-de-facto — questão-de-direito*, Coimbra (1967).
- , *As fontes do direito e o problema da positividade jurídica*, «BFDC» LII (1976).
- , *A revolução e o direito*, Lisboa (1976).
- , *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, «Estudos em Homenagem do Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro» II, Coimbra (1979).
- ONECA (Anton), *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, «Revista de Estudios Penitenciarios», 166 (1964).
- , *La teoría de la pena en los correccionistas españoles*, «Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje al Professor L. Legaz Lacambra», II, Santiago de Compostela.
- ORDEIG (Gimbernát), *Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, «Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal», Salamanca (1971).
- Ordenações Afonsinas.*
- Ordenações Filipinas.*
- Ordenações Manuelinas.*
- ORLANDIS (J.), *Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta Edad Media*, «AHDE» XVI (1945).
- , *Las consecuencias del delito en el derecho de alta Edad Media*, «AHDE» XVIII (1947).
- , *Huellas visigóticas en el derecho de la alta Edad Media*, «AHDE» XV (1944).
- , *La paz de la casa en el derecho de la alta Edad Media*, «AHDE» XV (1944).
- OTERO (A.), *Sobre la «plenitudo potestatis» y los reinos hispanicos*, «AHDE» XXXIV (1964).
- PACINI (Dante), *Filosofia da ciência criminal*, Rio de Janeiro (1983).
- PALOMEQUE TORRES (A.), *Contribucion al estudio del exercito en los estados dela reconquista*, «AHDE» XV (1944).
- PAPINI (Giovanni), *História de Cristo*, 3.ª ed., Lisboa.
- Pena de Morte* (colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal), Coimbra (1968).
- PEREZ PUJOL, *Instituciones sociales de la España Goda* II, Valência (1896).
- PICCA (Georges), *La criminologie*, Paris (1983).
- POMMERAY (Léon), *Études sur l'infamie en droit romain*, Paris (1937).
- PONCELA (Pierre), *Droit de punir et pouvoirs de punir: une problématique de l'État*, «Arch. Phil. Droit» 28 (1983).
- QUINTILIANO SALDAÑA, *Adiciones con la historia del derecho penal en España* ao «Tratado de Derecho Penal de F. von Liszt», Madrid.

- RAFAEL GILBERT, *El derecho municipal de León y Castilla*, «AHDE» XXXI (1961).
- RÖDER (K.), *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid (1876).
- , *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, Madrid (1875).
- RODRIGUES (A. Miranda), *A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso*, «Jornadas de Direito Criminal...» fase I, Lisboa (1983).
- , *Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social*, «Cidadão Delinquente: Reinserção Social?».
- , *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*: Coimbra (1982).
- RODRIGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla*, Salamanca (1971).
- ROSS (Alf.), *Colpa, responsabilità e pena*, Milano (1972).
- ROUVIER (Jean), *Les grandes idées politiques de Jean Jacques Rousseau à nos jours* (1978).
- ROXIN (Claus), *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid (1981).
- , *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid (1976).
- RUIZ FUNES, *En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el derecho castellano-leones de la Edad Media*, «AHDE» XXXII (1962).
- RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, «Festschrift für Richard Honig» (1970).
- SALVADOR DE MOXÓ, *Los señoríos: cuestiones metodológicas que plantea su estudio*, «AHDE» XLIII (1973).
- SANCHEZ ALBORNOZ, *Las behetrias — la encomendación en Asturias, León y Castilla*, «AHDE» I (1924).
- , *Muchas páginas más sobre las behetrias*, «AHDE» IV (1927).
- , *El régimen de la tierra en el reino asturleonés hace mil años*, Buenos Aires (1978).
- SANTOS (B. Sousa), *O discurso e o poder*, «Est. Hom. Prof. Teixeira Ribeiro» II, Coimbra (1979).
- SARDINA PARAMO (J. A.), *El concepto de fuero — un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Santiago de Compostela (1979).
- SCHÖNBORN (Ch.), *Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 92 (1980).
- SOARES (T. Sousa), *Apontamentos para o estudo da origem das instituições portuguesas*, Lisboa (1931).
- SOUSA (Pereira e), *Classes dos crimes por ordem sistemática* (1803).
- STRENG (Franz), *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, «ZGSTWS» 92 (1980).
- SZABO (Dénis), *Criminologie et politique criminelle*, Paris/Montréal (1978).
- TOMAS y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid (1969).
- TORRES (Mauel), *El estado visigótico — algunos datos sobre su formación y principios fundamentales de su organización política*, «AHDE» III (1926).
- UREÑA SMENJAUD/SAN MARTÍN, *Fuero de Usagre*, Madrid (1907).
- VALDEAVELLANO (Luis), *El mercado*, «AHDE» VIII (1931).

- VILLEY (Michel), *Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique*, «Arch. Phil. Droit» 28 (1983).
- , *Philosophie du droit*, Paris (1978).
- VITERBO, *Elucidario*.
- VULLIERME (J.-L.), *La fin de la justice pénale*, «Arch. Phil. Droit» 28 (1983).
- ZIPP (Heinz), *Introducción a la política criminal*, Madrid (1979).
- WELZEL (H.), *Das deutsche Strafrecht* 12.ª ed. (1965).
- WOOLF (C. Sidney), *Bartolus of Sassoferrato — his position in the history of medieval political thought*, Cambridge (1913).

...
...
...
...
...

Composto e impresso na Gráfica de Coimbra
Bairro de S. José, 2 — Coimbra
Janeiro de 1985 — 2100 ex.
Depósito legal n.º 2896/85