

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DIREITO PENAL A PARTIR DA PSICANÁLISE

SOME REFLECTIONS ABOUT CRIMINAL LAW FROM PSYCHOANALYSIS

Fernando Eduardo Batista Conde Monteiro*

Resumo Este artigo reflete sobre as ligações do Id, enquanto conceito da psicanálise e a razão humana e da sua relação com o direito penal de cariz punitivo, concluindo-se para uma estreita conexão entre estes dois tópicos.

Palavras-chave: crime; proibição; culpa; punição; psicanálise; Freud; sociedade; inconsciente; direito penal

Abstract *This article thinks about the connections between Id, as concept of psychoanalysis and the human reason and its relation with the punitive criminal law, concluding to a strict link between these topics.*

Key-words: *crime; prohibition; guilt; punishment; psychoanalysis; Freud; society; unconscious; criminal law*

O ser humano e o Id

Aspetos prévios

Nós somos um animal milenar. O acaso trouxe-nos o humano. De qualquer maneira o homo sapiens é recente e mais recente ainda é o homem moderno (pós-moderno?) da era atual. Na nossa natureza encontramos assim toda uma área emocional, instintiva, sentimental, energética... Também um campo racional, toda uma estrutura cultural. A coexistência desta dupla natureza (instintiva, emocional e racional) nunca foi e não é nos nossos dias pacífica. Não somos por isso um ser equilibrado, harmónico, em que as nossas condutas sejam ditadas por critérios unicamente racionais. Tal tem lugar, quer antes de mais num plano individual, quer num âmbito societário. A conflitualidade permanente que constatamos todos os dias nestes dois planos e que o passado também amplamente documenta é fruto antes de mais desta nossa dúbia natureza.¹

A partir daqui interessará explorar este fundamental tópico do ser humano e saber do seu reflexo no âmbito do direito penal.

Cultura e Id

Introdução

As relações entre cultura e Id podem ser de vária natureza. Por um lado, a cultura serve frequentemente o instinto, a emoção, o sentimento. Dá-lhes formas, permitindo as suas expressões em termos de uma maior racionalidade. Por outro lado, também conflitua com eles, reprimindo-os. De notar contudo que nem a absoluta satisfação de todos os instintos, emoções, sentimentos, ainda que em termos culturalmente aceites, nem a sua absoluta repressão podem ser considerados a priori como aspetos aceitáveis no plano do agir humano.²

* Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal, cmonteiro@direito.uminho.pt

¹ Como o Dr. Jekyll e Mr. Hyde de Stevenson, sobre isto, no plano da psicologia analítica, SANFORD, John The Strange Trial of Mr. Hyde: A New Look at the Nature of the Evil, Harper and Row, 1987.

² Algo de naturalmente utópico, a expressão vale aqui com um sentido simbólico. Lembremos, por outro lado, a propósito, o budismo com a sua finalidade de exaurir o ser humano do desejo, visto este como o mal de todos os males e assim se devendo alcançar o nirvana (extinção da ação como sinónimo de sede, querer). Esta filosofia, a ser alcançada, pressupõe toda uma exegese inconciliável com o mundo (também moderno). Por outro lado, apesar de se ter tornado numa religião universal, na prática os seus crentes não renunciam aos seus desejos, integrando-se no estilo de vida comum a todos os seres deste planeta. Sobre em geral esta religião, LOWENSTEIN, Tom, A Visão do Buda, trad., Duncan Baird Publishers, 2001. Sobre a necessidade de “uma certa maleabilidade em transferir a satisfação pulsional”, HERR-FISCHER, Christine, “O Livro Aberto da Psicanálise, trad. do original La Psychanalyse A Livre Ouvert, 1996, Pergaminho, 1999, pp.21-2.

Cultura e Id

O problema individual

O que o ser humano individualmente deseja antes de mais? Naturalmente que o seu bem-estar, o sentir-se bem consigo mesmo. Esta ideia de bem-estar passa naturalmente por aspetos de saúde física, emocional, de realização pessoal.³ Obviamente que sendo o ser individual só possível verdadeiramente com os outros, por via, antes de mais, da sua óbvia dependência em relação aos seus pares, o seu bem-estar passa inevitavelmente por estes com quem convive necessariamente. Ser é deste modo existir, ou melhor coexistir.

Cultura e Id

A questão social

Obter uma sociedade caracterizada pelo bem-estar de todos, ainda que racionalmente pensada, não passa de uma utopia.⁴ Nem o nosso passado de homo sapiens, nem o presente testemunham no sentido da realização de tal ideal.⁵ Trata-se, pelo menos, de uma questão em aberto.

Primeira síntese conclusiva

A construção de um ser humano harmónico, dotado de pleno bem-estar, no plano individual, passa necessariamente pela construção de uma sociedade em que tal possa ter lugar. Em ambos os casos (indivíduo/sociedade) ninguém, praticamente, aceita que tal possa ser plenamente possível. Na melhor das hipóteses invoca-se um pretenso estado de primitividade caracterizado por tal qualidade.⁶ Algo, de resto que a antropologia se encarrega de desmentir.⁷

O homem moderno entre a perfeição e o abismo

O começo

No princípio era a observação. Aliada a esta a razão. Da síntese de ambas surgiram as leis (empíricas). Aquilo que acompanhou o ser humano ao longo dos tempos e que desde

³ Algo também utópico, valendo aqui igualmente o sentido simbólico desta expressão. Neste plano, cf. MASLOW, Abraham, *Toward a Psychology of Being*, 3.ª ed., John Wiley & Sons, 1999.

⁴ Lembremos desde logo MORE, Thomas e a sua Utopia, Dover Publications, 1997.

⁵ Neste sentido, FREUD, Um diálogo entre Einstein e Freud, porquê a guerra?, FDISMA, 2005, p.41-2, onde claramente afirma: "Segundo se nos conta, em determinadas regiões privilegiadas da Terra, onde a natureza prevê em abundância tudo o que é necessário ao homem, existem povos cuja vida transcorre em meio à tranquilidade, povos que não conhecem nem a coerção nem a agressão. Dificilmente posso acreditar nisso, e me agradaria saber mais a respeito de coisas tão afortunadas. Também os bolchevistas esperam ser capazes de fazer a agressividade humana desaparecer mediante a garantia de satisfação de todas as necessidades materiais e o estabelecimento da igualdade, em outros aspetos, entre todos os membros da comunidade. Isto, na minha opinião, é uma ilusão. Eles próprios, hoje em dia, estão armados da maneira mais cautelosa, e o método não menos importante que empregam para manter juntos os seus adeptos é o ódio contra qualquer pessoa além das suas fronteiras."

⁶ Neste sentido, ROUSSEAU, Carta ao Sr. de Franquières, 1769, trad. de Ana Luiza Camarani, in *Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução* n.º2, Escritos sobre a religião e a moral, José Oscar de Almeida (Org.), Campinas, SP: IFCH/UNICAMP, Ago. 2002, p. 76, ao afirmar: "O doce gozo da vida é permanente: para gozá-la, basta não sofrer. A dor é apenas uma advertência, importuna mas necessária, de que esse bem que nos é tão caro está em perigo. Ao examinar de perto tudo isso, descobri, experimentei talvez, que o sentimento da morte e o da dor é quase nulo na ordem da natureza. Foram os homens que o aguçaram. Sem seus insensatos refinamentos, sem suas instituições bárbaras, os males físicos não nos atingiriam, quase não nos afetariam, e não sentiríamos a morte."

⁷ Como FREUD declarou em carta a Einstein, "Um diálogo entre Einstein e Freud, porquê a guerra?", FDISMA, 2005, p. 42, "Em todo o caso, como o senhor mesmo observou, não há maneira de eliminar totalmente os impulsos agressivos do homem; pode-se tentar desviá-los num grau tal que não necessitem encontrar expressão na guerra." No mesmo sentido, LORENZ, Konrad, *A Agressão, Uma História Natural do Mal*, trad. do original "Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression", 1963, Relógio D'Água, 2001, ao afirmar (p. 267): "Na verdade, os fenómenos da História, tal como se repetem sempre, não têm causas racionais. Dizer, como geralmente se faz, que são causados pela "natureza humana" equivale a um lugar-comum."

logo lhe permitiu assegurar a sua sobrevivência tornou-se algo de sistemático, a ponto de constituir um conhecimento dotado de grande alcance e produtor de efeitos mensuráveis. Chegamos assim à moderna concepção de ciência desenvolvida na Europa ocidental a partir da física clássica.⁸

O novo homem ou o início da modernidade

Introdução

O fogo dos deuses estava finalmente nas mãos do homem. Agora tudo seria possível. Até a vingança dos mesmos deuses... Efetivamente, nada seria como dantes. Pela primeira vez na humanidade o ser humano adquiriu globalmente a possibilidade de através do conhecimento poder criar numa dimensão verdadeiramente divina. Os dados estavam lançados, impossível seria voltar atrás.

A modernidade: algumas características essenciais I

A tecnologia

As sociedades modernas (atuais) caracterizam-se antes de mais pela utilização e dependência da tecnologia numa escala nunca até aqui existente.⁹ São assim fruto óbvio da ciência. Todos somos filhos da tecnologia.

Consequências do uso da tecnologia nas nossas modernas sociedades

O paraíso desceu à terra

Sem dúvida que o desenvolvimento avassalador da ciência e particularmente da tecnologia a ela associada trouxe benefícios nunca dantes obtidos pelo ser humano. O nascimento moderno das ciências médicas possibilitou e ainda possibilita um enorme bem-estar ao ser humano, sem paralelo com o passado deste. Por outro lado, o desenvolvimento das comunicações (terrestres, aéreas, marítimas, telefónicas, por internet, etc.), a par do imenso melhoramento das condições de vida dos cidadãos (construção de habitações, criação de eletrodomésticos, aumento da produção agrícola, desenvolvimento industrial, etc.), sustentados pela criação do estado de direito social, colocando os bens produzidos ao dispor de um sem número de cidadãos (algo de novo na história da humanidade), implicaram igualmente níveis de satisfação do homem nunca até agora tidos lugar.

E o inferno acompanhou-o

Se efetivamente os anjos desceram à terra transformando-a num jardim, também não é menos verdade que a história bíblica repetiu-se. Parte desses anjos transformaram-se novamente em demónios e criaram um mal-estar à medida do bem-estar criado. De facto, as nossas sociedades modernas trouxeram-nos um mal-estar nunca dantes experimentado. Desde logo o uso da tecnologia implicou riscos consubstanciados em mortes e ofensas corporais, sem paralelo em termos históricos.¹⁰ Depois, o desenvolvimento tecnológico criou também dependências de variada natureza, responsáveis por um sem número de mortes e infelicidade, bastando pensar no

⁸ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 757-0.

⁹ Neste sentido, entre outros, HABERMAS, Técnica e Ciência como "Ideologia", trad., de "Technick und Wissenschaft als 'Ideologie'" (1968), Edições 70, 1993, p. 45 e segs.

¹⁰ Basta, desde logo, pensar na circulação de veículos automóveis e nas taxas anuais de mortes e ofensas corporais graves a ela associados.

uso de drogas, do álcool, do sexo virtual, da comida, etc.¹¹ Paralelamente a isto, constatou-se a existência de um cada vez maior número de doenças mentais ligadas ao modelo de vida adotado, em que o ser humano facilmente se transforma num meio (também tecnológico) de preencher finalidades a ele estranhas.¹² De resto, toda a exploração capitalista, encetada mormente no séc. XIX,¹³ e continuada até aos nossos dias, expressa ela mesma óbvios desequilíbrios, nunca até agora sustados. A par de tudo isto, encontramos desde logo a questão da violência. Efetivamente desde o problema do desenvolvimento do urbanismo¹⁴ até ao proliferar da criminalidade altamente organizada, de cariz político ou não, a atravessar os próprios estados (terrorismo de estado) é todo um rol de agressões, mortes e violência psicológica verdadeiramente infindáveis.¹⁵ E se o homem é o seu grande inimigo¹⁶ nem os outros seres que o envolvem lhe escapam à sua sede de destruição e violência sem correspondência com outra qualquer espécie,¹⁷ somos de facto o ser vivo mais violento e destrutivo que já alguma vez passou neste planeta. Neste plano, vem o corolário de tal característica. Inúmeras guerras de uma dimensão nunca até então havida (guerras mundiais). Destruição maciça de grupos de seres humanos numa escala nunca até agora verificada (genocídios, máxime holocausto). Lançamento de duas bombas atómicas sobre cidadãos inocentes (Hiroshima e Nagasaki). E, acima de tudo, quase o epílogo do ser humano, ou seja, a designada *crise dos mísseis de Cuba*, onde o apocalipse teve quase lugar.¹⁸

Conclusão

É clara a conflitualidade entre por um lado o desenvolvimento assustador da tecnologia relativamente ao seu uso por parte do ser humano. Somos assim portadores de um saber tecnológico altamente desenvolvido e potencialmente letal e por outro lado, temos enormes dificuldades em lidar adequadamente com ele, correndo assim o sério risco de sermos desta forma devorados, com as outras espécies com quem convivemos.¹⁹

¹¹ Sobre, por exemplo, o uso ilícito de drogas no mundo, vide Relatório de 2012, da UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), disponível em http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/WDR_2012_web_small.pdf, acesso em 20/7/2012. Sobre a questão alimentar, por exemplo, nos EUA, a maior potência mundial, 35,7% dos adultos e 17% das crianças são obesos, disponível em www.cdc.gov/obesity/data/facts.html, acesso 20/5/2012. Num plano global, vide relatório da OMS, de 2012, p.9, http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2012_Brochure.pdf, acesso em 21/7/2012. Paradoxalmente e relativamente ao problema da fome, para uma apreciação global desta questão, vide Serviço Mundial da Educação Fome, 2012 Fome no Mundo e a Pobreza Fatos e Estatísticas, disponível em <http://worldhunger.org/articles/Learn/world%20hunger%20facts%202002.htm>, acesso 22/6/2012.

¹² Expressivamente, LORENZ, Konrad, O Homem Ameaçado, trad., do original "Der Abbau des Menschlichen" (1983), Dom Quixote, 1988, p. 178, refere (p. 186): "...a humanidade, habituada a pensar científica e tecnomorficamente, desaprendeu a lidar com seres vivos."

¹³ Neste sentido, o clássico universal, "Die Lage der Arbeitenden Klasse in England" de ENGLES, Friedrich Leipzig, 1845, disponível na internet, <http://internationalesozialisten.de/Buecher/Klassiker/Friedrich%20Engels,%20Die%20Lage%20der%20arbeitenden%20Klasse%20in%20England.pdf>, acesso em 23/5/2012.

¹⁴ Sobre isto, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, Coimbra Editora, 1984, II, Cap. VI, II.

¹⁵ Para se obter uma perspetiva geral da incidência, fatores, distribuição e outros aspetos da criminalidade inerente aos estados ocidentais, CUSSON, Maurice, Criminologia, trad., Casa das Letras, 2.ª ed., 2007, p. 163 e segs.

¹⁶ Lembremos Hobbes e o seu *homo homini lupus*.

¹⁷ De facto, não deixa de nos causar alguma perplexidade, a esta luz, o uso do adjetivo humano, para caracterizar a pretensa superioridade ética do homem sobre as restantes formas de vida. Na história da terra há ou existiu alguma espécie tão destrutiva e portanto tão "desumana" como este mesmo homem?

¹⁸ Para uma análise objetiva e completa do fenómeno em causa, WIERSMA, Kurt / LARSON, Ben, Fourteen Days In October: The Cuban Missile Crisis, disponível in http://library.thinkquest.org/11046/media/fourteen_days_in_october.pdf, acesso em 23/5/2012.

¹⁹ Esta questão levanta um problema ético de fundo, que é o de saber efetivamente do nosso direito de sem mais podermos destruir as outras espécies de seres vivos que conosco convivem. De facto, nós já fomos eles (num plano histórico), ainda compartilhamos muito do nosso ADN com os tipos de seres mais próximos de nós. Em geral, no plano da etnobiologia, cf., entre outros, ANDERSON, E., Ecologies of the heart: emotion, belief, and the environment, Oxford University Press, 1996; CLÉMENT, D., The historical foundations of the ethnobiology (1860-1899), Journal of Ethnobiology, 18, (2), 1998, pp. 161-187.

A modernidade: algumas características essenciais II

A complexidade

As nossas sociedades caracterizam-se igualmente pela complexidade numa dimensão como nunca antes aconteceu.²⁰ Efetivamente, esta complexidade não tem apenas que ver com a tecnologia. Ela apresenta-se igualmente como marca do hiperdesenvolvimento dos estados modernos e das suas crescentes tarefas. Tal implica desde logo uma enorme burocratização da vida dos cidadãos, consequência da enorme especialização daqui derivada. Paralelamente a isto e sua consequência encontra-se uma progressiva distanciação dos cidadãos das entidades detentoras de especiais competências e naturalmente destas dos mesmos cidadãos seus destinatários. Tal implica naturalmente uma progressiva “coisificação” dos mesmos cidadãos, reduzidos à mera expressão de números, subordinados a lógicas de vária natureza que podem ir da eficácia até à pura demagogia.²¹

A modernidade: algumas características essenciais III

O triunfo do capitalismo ou era uma vez Darwin

Egoísmo, luta, materialismo expressam-se de forma concludente no capitalismo moderno (também). Este reproduz assim a natureza humana na sua busca pela sobrevivência no plano mais básico, do material, sendo todo o resto secundário.²² No entanto, na nossa época nem a espiritualidade está livre deste estigma.²³ Tudo tende assim a ser expressão de critérios quantitativos, mesmo que se trate de realidades a estes estranhos.²⁴ E alternativas a este estado de coisas parecem não existir.²⁵

A modernidade: algumas características essenciais III

A política entre o maquiavelismo operativo e a subserviência às massas (demagogia)

O “bom político” deve antes de mais apresentar estatísticas. Tal faz parte dos discursos de todos os políticos e da sua correspondente avaliação. Os processos da sua obtenção são frequentemente negligenciados, em termos de apreciação política. Este tipo de pragmatismo tende também aqui a imperar. Por outro lado, o imediatismo eleitoral povoa inevitavelmente em maior ou menor grau a atuação dos políticos modernos.²⁶ Daqui que não espante o facto

²⁰ Neste sentido, MORIN, Edgar, *Introduction a la pensée complexe*, ESF éditeur, 1990.

²¹ Como expressão de pura demagogia encontramos entre nós os sistemas de avaliação dos docentes no ensino universitário subordinados a critérios de pura corrupção (avaliação dos professores pelos alunos, simultaneamente sendo avaliados pelos professores...) ou em todo o caso, obedecendo a uma lógica meramente indiciária, nunca entrando num plano de veracidade.

²² Supra n. 13.

²³ Neste sentido, entre outros, LIMA, Diana, “Trabalho”, “mudança de vida”, e “prosperidade” entre fiéis da Igreja Universal do Reino de Deus, *Religião & Sociedade*, n.º 1, Rio de Janeiro, July, 2007, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872007000100007&script=sci_arttext, acesso em 1/08/2012; MARIANO, Ricardo, Os neopentecostais e a Teologia da Prosperidade, *Novos Estudos*, CEBRAP, 44, 1996, pp. 24-44; BORNHOLDT, Suzana, Chanting for Benefits: Soka Gakkai and prosperity in Brazil, (com)textos. *Revista D'Antropologia I Investigació Social*, 4, Maig de 2010, pp. 63-79; COLEMAN, Simon, America loves Sweden: prosperity theology and the cultures of capitalism, in *Religion and the transformations of capitalism: comparative approaches*, ROBERTS, R. (ed.), London: Routledge, 1995, pp. 161-79.

²⁴ Um exemplo, entre nós, diz respeito aos critérios de aferição da “excelência” de docentes e investigadores no ensino superior público, onde os critérios adotados são maioritariamente quantitativos.

²⁵ Neste sentido, vendo no atual capitalismo o fim da história, FUKUYAMA, Francis, *The End of History and the Last Man*, Avon Books, 1992.

²⁶ Expressivo disto mesmo são entre outras as crises grega, portuguesa e espanhola, onde a ausência de larga data de políticas de fundo (estruturais) conduziram os respetivos países a intervenções de instâncias internacionais. Sobre a crise grega, cf. MANOLOPOULOS, Jason, Greece's “Odious” Debt, *The Looking of the Hellenic Republic by the Euro*, *The Political Elite and the Investment Community*, Anthem Press, 2011; sobre a espanhola, cf., por exemplo, CRUZ, Gabriel/MIR, Sandra, *La Casta autonómica*, *La Esfera de los Libros*, 2012; sobre a portuguesa, entre outros, BENTO, Vitor, *Perceber a Crise para Encontrar o Caminho*, Bnomics, 2009.

de que a dimensão do discurso político seja, muitas vezes, a da contradição, do populismo, da demagogia pura.²⁷

A modernidade: algumas características essenciais III

A massificação como expressão do nosso mundo ou todos comemos (ou já o fizemos) no McDonald's

Numa sociedade em que, como atrás referimos, a realidade dos números impera²⁸ não admira por isso que o objetivo dos governos antes de mais se oriente para estes, independentemente dos meios utilizados para tal,²⁹ caindo-se assim facilmente na deturpação do real.³⁰ De resto, tudo atualmente é considerado como sendo suscetível de ser medido, de ser quantificado. Ciência, arte, religião, tudo é objeto de critérios de avaliação quantitativos. Um professor universitário do ensino público, entre nós, poderá ser excluído do sistema se não produzir números aceitáveis, ainda que os seus trabalhos possam ser geniais. O número é fundamental, a qualidade secundária. Deus é também mensurável, através de números e porque é que deus há-de ser diferente dos outros?³¹

A modernidade: características essenciais IV

A lógica da contradição ou toda a verdade pode ser mentira e esta verdade I constatação do fenómeno

Se de facto tudo pode (e é) reduzido à dimensão quantitativa, também não é menos verdade que a dimensão qualitativa continua a coexistir. Os políticos são frequentemente avaliados no plano material (e ético), ciência e arte são vistas do mesmo modo e deus para muitos é o ser que se encontra para além de tudo.³² Isto implica naturalmente uma óbvia contradição. Esta não constitui nada de novo no ser humano. Simplesmente é algo mais evidente em função do desenvolvimento da perspetiva materialista.

²⁷ Em tom sarcástico e no âmbito da política norte-americana, SLANSKY, Paul, *Idiots, Hypocrites, Demagogues and more Idiots, not-so-great moments in modern american politics*, Bloomsbury, 2008. Da "inevitabilidade existencial da mentira" nos fala SLOTERDIJK, *Le penseur sur scène*, Christian Bourgois Éditeur, 2000, p. 83; Em Humano, demasiado humano: Um livro para espíritos livres, Cia das Letras, trad., 2000, 438, NIETZSCHE afirma: "O caráter demagógico e a intenção de influir sobre as massas são comuns a todos os partidos políticos atuais por causa dessa intenção, todos são obrigados a transformar seus princípios em grandes afrescos de estupidez, pintando-os nas paredes. Nisso já não há o que fazer, é inútil erguer um só dedo contra isso, pois nesse âmbito vale o que afirmou Voltaire: quand la populace se mêle de raisonner tout est perdu."

²⁸ De notar efetivamente que qualquer apreciação, que tenha lugar em termos de níveis de desenvolvimento de qualquer estado, repousa habitualmente em cifras (PIB, distribuição deste, acesso a cuidados médicos, nível de escolaridade dos cidadãos, etc.).

²⁹ Exemplos disto são ad nauseum, desde a questão dos critérios de discussão dos défices por parte dos estados até aos critérios de aferição do emprego de jovens licenciados (por exemplo, no caso português, um jovem licenciado em direito, inscrito na Ordem dos Advogados, é considerado pelas instâncias oficiais empregado, independentemente de ter efetivamente escritório, clientes ou exercer de facto a sua profissão), passando pela aferição dos níveis de criminalidade, entre nós avaliados através de estatísticas oficiais que apenas têm em consideração a criminalidade declarada, é todo um rol de números que nos surgem e que com o real podem ou não confluir.

³⁰ Algo que ainda há pouco tempo teve lugar no caso da Islândia, considerada, antes da declaração da sua crise, como um país com os mais altos níveis de desenvolvimento do mundo. O próprio caso da Grécia, que durante algum tempo escondeu a sua real situação, pode igualmente servir de exemplo, entre muitas outras situações, das quais se pode contar também o estado português, que mesmo posteriormente à entrada da *troika*, revelou vários "buracos" orçamentais – de resto uma constante no âmbito da execução orçamental entre nós...

³¹ Efetivamente a importância das religiões é perspetivada através de números, as grandes religiões sempre foram consideradas através dos números dos seus fiéis. O que não deixa de constituir algo de no mínimo curioso. Por exemplo, o cristianismo era em Roma, inicialmente, uma seita minoritária, que, de resto, nunca se impôs entre os judeus, onde nasceu...

³² Lembremos desde logo o budismo (supra n. 2) ou o hinduísmo (WATERSTONE, Richard, *O Espírito da Índia, crenças e rituais, os deuses e o cosmo, loga e meditação*, trad. do original Índia, 1996, Taschen, 2001), também o cristianismo (SERTILLANGES, O., *As Grandes Teses da Filosofia Tomista*, trad. de Ferreira da Silva, Livraria Cruz Braga, 1951) entre outras religiões e passando por KANT (*Crítica da Razão Pura*, trad. de Pinto dos Santos, Fradique Morujão, do original *Kritik der Reinen Vernunft* da ed. crítica de Raymund Schmidt em confronto com a ed. da Academia de Berlim e a ed. de Ernst Cassirer, 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997).

A modernidade: características essenciais IV

A lógica da contradição ou toda a verdade pode ser mentira e esta verdade

II Consequências: Descrédibilização do ser humano ou o retorno ao sofismo

A atual crise da democracia representativa, consubstanciada desde logo em largas margens de abstencionismo, má imagem da classe política, graves problemas financeiros dos estados, crises económicas e sociais, expressa, para além do mais, também esta lógica de contradição, entre um discurso e uma praxis política muitas vezes dele totalmente separada. Por outro lado, a própria discursividade centrada no bem-estar humano choca com o proliferar neste de patologias várias (depressões, dependências, suicídios, etc.), não podendo ninguém excluir a possibilidade de um pesado contributo da cultura existente em tal estado de coisas. Também aqui a lógica da contradição não deixa de estar presente.

A modernidade: outras características essenciais

A globalização entre a unidade e a contradição ou tudo permanece como sempre

Nunca como agora ganhamos o sentido da nossa condição humana de entes unidos pela mesma natureza. A tão falada globalização expressa assim esta nossa universalização. Comunicações, mobilidade humana, trocas comerciais são constantes do homem moderno. Contudo, esta dimensão nova não altera (ou não tem alterado) o fundamento do nosso comportamento. Desigualdades, conflitualidades, egoísmo, etnocentrismo continuam ainda como realidades operativas. De comum é ainda a progressiva consciência dos problemas universais do ser humano, de resto, com um longo percurso a percorrer, ainda...

Síntese conclusiva

Vivemos assim um tempo caracterizado pelo tecnocratismo, onde inevitavelmente a complexidade cada vez mais se adensa, num plano essencialmente de busca de valores materiais, em que a manipulação tem livre curso nos vários domínios da atividade do ser humano e num contexto de uma cada vez maior massificação à escala mundial (globalização). E a coexistir com tudo isto também encontramos preocupações éticas,³³ espirituais,³⁴ discursos humanistas,³⁵ preocupações genuínas para com o ser humano. De tudo resulta mais uma vez uma inevitável contradição do ser humano moderno (ou pós-moderno), que nunca conseguiu conciliar-se consigo próprio, antes se manifestando como o seu principal inimigo.³⁶

Freud e o ser humano

E no princípio era o Id (recapitulação)

O Id constitui a grande zona onde se encontram os instintos, as emoções, os sentimentos, os recalamentos do ser humano. A sua importância deriva do seu poder. Na perspetiva freudiana ele determina o nosso comportamento. Dotado de energia e fundamentalmente de

³³ Neste sentido, The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights: Background, Principles and Application, HAVE, Henk A. M. J. Ten (Editor), JEAN, Michele S. (Editor), 2009; Cf. Igualmente com MONTEIRO, Conde, "Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)", Braga, 2006, p. 67 e segs.

³⁴ Para uma panorâmica do fenómeno religioso, VICHARE, Madhukar, Universal Religion, AuthorHouse, 2006; sobre os limites de uma perspetiva religiosa num plano epistemológico, MONTEIRO, Conde, "Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)", Braga, 2006, pp. 17-9, n. 34.

³⁵ Basta pensar desde logo nos inflamantes e piedosos discursos dos políticos sobre o valor intrínseco da pessoa humana, mas também (já seriamente) da evolução jurídica no sentido da proteção da mesma pessoa humana, neste sentido, LAUREN, Paul Gordon, The Evolution of International Human Rights: Visions Seen (Pennsylvania Studies in Human Rights), 3.º ed., University of Pennsylvania Press, 2011.

³⁶ Supra n. 16.

natureza sexual, assume-se como o senhor por excelência das nossas ações (também omissões). Como quer que se entenda em termos de predominância de emoções (sexo, vontade de reconhecimento...), o certo é que a sua existência, ainda que simbólica, na medida em que expresse uma confluência de aspetos emotivos inerentes ao ser humano, parece ser um dado indesmentível. Noutras palavras, o que é patente no comportamento humano é que este apresenta uma forte componente emotiva e que esta se revela fundamental no agir deste mesmo ser.³⁷

O Id e a razão ou a permanente conflitualidade do ser humano

A utopia da solidariedade

Sabido que é o bem-estar nas suas múltiplas dimensões que antes de mais buscamos,³⁸ também se deve reconhecer que este caminho, apesar da sua vertente solitária, não pode deixar de abdicar dos outros, desde logo em maior ou menor escala da própria família em que o indivíduo esteja inserido. A ideia de a sociedade no seu todo colocar à disposição do indivíduo os bens adequados à sua satisfação, eliminando (ou reduzindo) a necessidade de busca individual e assim rompendo com o passado pré-histórico não é mais seguida. Existem deste modo limites à racionalidade assente na solidariedade de todos. Viver é ainda uma luta individual (familiar) em termos de sobrevivência. A libertação do ciclo da necessidade não foi assim alcançada. Um mundo feito de paz, segurança, de abundância em que as pessoas pudessem viver harmonicamente é simplesmente um mito. A razão de ser deste estado de coisas radica naturalmente na incapacidade de transcendermos o nosso Id, substituindo-o por uma consciência alargada ou seja, adquirindo a noção do outro e incorporando-a no nosso self como parte integrante deste.

O complexo de Édipo como expressão simbólica da ambivalência do ser humano

O que quer que se discuta a propósito do complexo de Édipo,³⁹ o certo é que ele exprime e exprimiu também em diferentes culturas o carácter fortemente ambivalente do ser humano. Ao menos como expressão simbólica ele expressa toda a complexidade do homem situado entre a emoção e a cultura, incluindo a ética; entre o mundo do ser e do dever-ser.⁴⁰ Poderíamos tão só socorrer-nos das obras de Sófocles ou de Shakespeare.⁴¹ De qualquer maneira, sempre a confluência entre o lado emocional e racional viria ao de cima. Todos efetivamente suportamos uma culpa omnipresente por crimes que ignoramos e que expiamos ou podemos expiar. Este é o nosso trágico destino, que com Édipo carregamos.⁴²

³⁷ Neste sentido, colocando a ênfase na agressividade, LORENZ, Konrad, *A Agressão, Uma História Natural do Mal*, trad. do original "Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression", 1963, Relógio D'Água, 2001.

³⁸ Supra p. 2.

³⁹ Entre outros, DELLEUZE, Gilles /GUATTARI, Félix, *O anti-Édipo, Capitalismo e Esquizofrenia 1*, trad. de Luiz B. L. Orlandi, Editora 34, 2.ª ed., 2011.

⁴⁰ Neste sentido, LORENZ, Konrad, *O Homem Ameaçado*, trad., do original "Der Abbau des Menschlichen" (1983), Dom Quixote, 1988, p. 178, refere (p. 134): "Quanto mais a cultura se desenvolve, tanto maior se torna o espaço que separa as inclinações humanas das exigências culturais."

⁴¹ Rei Édipo (Col. Os Grandes Dramaturgos), SÓFOCLES, Peixoto Neto, 2004; Macbeth, SHAKESPEARE, Simon & Brown, 2011; Richard III, SHAKESPEARE, Simon & Suster, 2004.

⁴² "Se Oedipus Rex comove tanto uma plateia moderna quanto fazia com a plateia grega da época, a explicação só pode ser que seu efeito não está no contraste entre o destino e a vontade humana, mas deve ser procurado na natureza específica do material com que esse contraste é exemplificado. (...) Enquanto traz à luz, à medida que desvenda o passado, a culpa de Édipo, o poeta nos compele, ao mesmo tempo, a reconhecer nossa própria alma secreta, onde esses impulsos, embora suprimidos, ainda podem ser encontrados. O contraste com que nos confronta o coro final tem o impacto de uma advertência a nós mesmos e a nosso orgulho, nós que, desde nossa infância, tornamo-nos tão sábios e tão poderosos ante nossos próprios olhos. Como Édipo, vivemos na ignorância desses desejos repugnantes à moral, que nos foram impostos pela Natureza; e após sua revelação, é bem possível que todos busquemos fechar os olhos às cenas de nossa infância.", FREUD, *Obras completas*. Volume IV, p. 289.

A culpa como realidade universal do ser humano

Tem-se frequentemente afirmado que a culpa é um produto da cultura ocidental, proveniente da herança judaico-cristã. No entanto, uma visão alargada, quer num plano sincrónico, quer diacrónico permite desde logo desfazer tal equívoco. Nem a culpa é uma realidade específica de uma determinada cultura, nem algo situado historicamente num determinado contexto. Antes, afirma-se como uma realidade universal,⁴³ como um aspeto antes de mais psicológico e assim dotado de uma óbvia natureza pessoal. O mais determinista dos seres humanos não lhe escapa igualmente. A sua ausência pode expressar mesmo um estado patológico de comportamento (v.g., sociopatas, criminosos normais, na terminologia psicanalítica, etc.). A prová-lo também encontramos os diversos códigos penais dos diferentes estados que compõem o universo humano, que a contêm.

Os mecanismos primários da culpa

Na origem de toda a culpa encontramos o interdito, a proibição.⁴⁴ Portanto na sua base existe desde logo a ética, a moral.⁴⁵ Se estas provêm de processos inconscientes,⁴⁶ de um processo unicamente racional⁴⁷ ou talvez de um misto de situações em que quer o inconsciente, quer o consciente intervêm, é algo de que não curamos e que portanto não nos iremos debruçar.⁴⁸ Por outro lado, enquanto mecanismo psicológico de carácter universal, ela pressu-

⁴³ Expressamente FREUD, Totem e Tabu e outros trabalhos, Vol. XIII, trad., a partir da ed. de 1950, Londres: Routledge and Kegan Paul (trad. de James Stracey), disponível em www.uesb.br/labeledisco/horror/material/OestranhoFreud.pdf, acesso em 22-6-2012, p. 93, afirma de forma muito clara: "A religião totémica surgiu do sentimento filial de culpa, num esforço para mitigar esse sentimento e apaziguar o pai por uma obediência a ele que fora adiada. Todas as religiões posteriores são vistas como tentativas de solucionar o mesmo problema. Variam de acordo com o estágio de civilização em que surgiram e com os métodos que adotam, mas todas têm o mesmo fim em vista e constituem reações ao mesmo grande acontecimento com que a civilização começou e que, desde que ocorreu, não mais concedeu à humanidade um momento de descanso."

⁴⁴ Neste sentido, são expressivas as palavras de Frazer que FREUD, Totem e Tabu e outros trabalhos, Vol. XIII, trad., a partir da ed. de 1950, Londres: Routledge and Kegan Paul (trad. de James Stracey), disponível em www.uesb.br/labeledisco/horror/material/OestranhoFreud.pdf, acesso em 22-6-2012, pp. 80-81, cita: "Não é fácil perceber porque qualquer instinto humano profundo deva necessitar ser reforçado pela lei. Não há lei que ordene aos homens comer e beber ou os proíba de colocar as mãos no fogo. Os homens comem e bebem e mantêm as mãos afastadas do fogo instintivamente por temor a penalidades naturais, não legais, que seriam acarretadas pela violência aplicada a esses instintos. A lei apenas proíbe os homens de fazer aquilo a que seus instintos os inclinam; o que a própria natureza proíbe e pune, seria supérfluo para a lei proibir e punir. Por conseguinte, podemos sempre com segurança pressupor que os crimes proibidos pela lei são crimes que muitos homens têm uma propensão natural a cometer. Se não existisse tal propensão, não haveriam tais crimes e se esses crimes não fossem cometidos, que necessidade haveria de proibi-los? Desse modo, em vez de presumir da proibição legal do incesto que existe uma aversão natural a ele, deveríamos antes pressupor haver um instinto natural em seu favor e que se a lei o reprime, como reprime outros instintos naturais, assim o faz porque os homens civilizados chegaram à conclusão de que a satisfação desses instintos naturais é prejudicial aos interesses gerais da sociedade." (Frazer, 1910, 4, 97 e seg.).

⁴⁵ Assim, FREUD, Totem e Tabu e outros trabalhos, Vol. XIII, trad., a partir da ed. de 1950, Londres: Routledge and Kegan Paul (trad. de James Stracey), disponível em www.uesb.br/labeledisco/horror/material/OestranhoFreud.pdf, acesso em 22-6-2012, p. 5, onde afirma "A análise dos tabus é apresentada como um esforço seguro e exaustivo para a solução do problema. A investigação sobre o totemismo não faz mais que declarar que 'isto é o que a psicanálise pode, no momento, oferecer para a elucidação do problema do totem'. A diferença está ligada ao fato de que os tabus ainda existem entre nós. Embora expressos sob uma forma negativa e dirigidos a um outro objeto, não diferem, em sua natureza psicológica, do 'imperativo categórico' de Kant, que opera de uma maneira compulsiva e rejeita quaisquer motivos conscientes."

⁴⁶ Supra n. 45.

⁴⁷ Conforme as teses dominantes.

⁴⁸ De particular importância, revestem os estudos desenvolvidos por Libet e posteriormente continuados pelos seus seguidores, que apontam para o facto de as nossas decisões conscientes – pelo menos as mais simples – serem previamente tomadas no plano do subconsciente, ao nível dos nervos sensoriais, havendo lugar a um espaço de cerca (menos) de meio segundo entre a prévia resposta neurosensorial e a aparente e subsequente tomada de decisão. A ser assim e por extensão, as decisões humanas teriam lugar de acordo com o modelo cibernético, num plano de interação (de inputs e outputs) entre o sistema interno do indivíduo e o meio envolvente (robots e inteligência artificial poderiam assim sem mais substituir os seres humanos!). De resto, é de há muito reconhecido, na psicanálise, que o inconsciente domina as nossas vidas e a própria parapsicologia recorre preferencialmente a este mesmo inconsciente para explicar frequentemente todos aqueles fenómenos que não cabem no estereótipo da psicologia e por isso fazem parte do seu objecto de estudo (precognição, telepatia, levitação,

põe naturalmente uma ideia de responsabilidade a que ninguém (ou quase ninguém) pode escapar. O mal-estar que a caracteriza em termos psicológicos expressa, por outro lado, a sua natureza emotiva. Ao invés, a sua ausência mantém por regra em paz o respetivo agente. Tal indicia a sua ligação ao Id. A frequente presença de estados patológicos a ela ligada confirma mais uma vez esta mesma realidade. Por outro lado, o seu conteúdo pode expressar maior ou menor gravidade das condutas praticadas.⁴⁹

A punição como necessidade intrínseca do ser humano

A punição surge-nos como uma realidade omnipresente nas nossas existências. Ela aparece no plano da nossa formação enquanto crianças, com intuítos, em geral, formativos, ou seja, atuando como freio do nosso Id. Efetivamente o agir segundo o princípio do prazer sem limites é inconcebível simplesmente. A punição faz assim parte da nossa socialização. E, por outro lado, pode desempenhar um papel importante no evitar do contágio das ações ilícitas. O mal realizado vai assim ser retribuído por um outro mal com intuítos preventivos. De qualquer maneira, mesmo sem necessidades de prevenção, a simples ideia de retribuição sem mais pode (e foi-o ao longo dos tempos) ser justificativa da punição em si (vindicta).⁵⁰ Efetivamente desde a noção de karma do hinduísmo e budismo⁵¹ até à lei de talião⁵² passando pelo antigo Egito⁵³, a ideia de retribuição sempre esteve presente na história da humanidade e foi consubstanciada desde logo nos primitivos sistemas de controlo social⁵⁴ até aos nossos dias.⁵⁵ Punir é portanto uma forma de afirmação paterna de autoridade. Indispensável ao homem para assegurar o seu equilíbrio entre as exigências da moral social e as suas necessidades de prazer.⁵⁶

assombrações, etc.). O que tudo parecia, nesta perspectiva, convergir para aquela ideia shakespeariana de que constituímos as sombras de alguém... De qualquer maneira, Libet expressa bastantes reservas a este seu inicial modelo, afirmando no fundo não haver lugar a qualquer prova de um controlo inconsciente das nossas ações. Sobre isto, LIBET, B., in *Handbook of Sensors "Physiology"*, v. II, 1973, pp.743-790; LIBET, B., ALBERTS, W.W., WRIGHT, E. W., LEWIS, M., & FEINSTEIN, B. (1975); In: *The Somatosensory System* (Kornhuber, H. H. ed.) pp. 291-308. Stuttgart: Georg Thieme; Rosenthal, *The Time of Conscious States in Consciousness and Cognition II*, 2002, pp. 215-220. Num plano crítico, KLEIN, S.A., *Libet's Temporal Anomalies: A Reassessment of the Data. Consciousness and Cognition*. 11, 2002, pp. 198-214; 326-333 e o próprio LIBET, *Do We Have Free Will?*, Oxford handbook of Free Will, ed. Robert Kane, 2002, p. 151 e segs.

⁴⁹ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, *Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)*, Braga, 2006, p. 187 e segs.

⁵⁰ Sobre a vindicta, VOLD, George, BERNARD, Thomas, SNIPES, Jeffrey, *Theoretical Criminology*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2001, p. 2.

⁵¹ Sobre isto, ATKINSON, William, *Reincarnation and the Law of the karma*, Create Space, 2011.

⁵² Sobre esta, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Almedina, 1971 (reimpressão), §2.º, 12, II, n.1.

⁵³ Lembremos desde logo o julgamento das almas após a morte que influenciou depois a cultura judaica, sobre isto, *O Livro dos Mortos do Antigo Egito*, trad. de Edith Carvalho Negraes, Hemus, 1982.

⁵⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Almedina, 1971 (reimpressão), §4.º, 18, I.

⁵⁵ De que a própria ideia de prevenção geral positiva não deixa de constituir um seu derivado, neste sentido, MONTEIRO, Conde, "Direito Penal II, Consequências do Crime, Direito Penal Ilaponts.docx, disponível em http://elearning.uminho.pt/webapps/portal/frameset.jsp?tab_group=courses&url=%2Fwebapps%2Fblackboard%2Fexecute%2Fcontent%2Ffile%3Fcmd%3Dview%26mode%3Ddesigner%26content_id%3D_284792_1%26course_id%3D_12660_1%26framesetWrapped%3Dtrue, acesso em 20/5/2012, p. 29 e segs.

⁵⁶ Neste sentido, FREUD, *O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização e outros trabalhos*, Vol. XXI, (1927-31), trad. a partir da ed. em inglês de 1928, Londres, Hogarth Press e Instituto de Psicanálise (trad. de W. Robson Scott), disponível em <http://tramontin.com02.googlepages.com/Vol21> O futuro de uma ilusão e o mal-estar na civilização e outros trabalhos.rtf, acesso em 23/6/2012, ao afirmar (p.34): "A civilização humana, expressão pela qual quero significar tudo aquilo em que a vida humana se elevou acima de sua condição animal e difere da vida dos animais – e desprezo ter que distinguir entre cultura e civilização –, apresenta, como sabemos, dois aspetos ao observador. Por um lado, inclui todo o conhecimento e capacidade que o homem adquiriu com o fim de controlar as forças da natureza e extrair a riqueza desta para a satisfação das necessidades humanas; por outro, inclui todos os regulamentos necessários para ajustar as relações dos homens uns com os outros e, especialmente, a distribuição da riqueza, disponível." Ainda, HERR-FISCHER, Christine, "O Livro Aberto da Psicanálise, trad. do original *La Psychanalyse A Livre Ouvert*, 1996, Pergaminho, 1999, diz (pp.21-2): "As pulsões são os conteúdos do inconsciente; são impulsos que têm sempre a sua fonte no corpo e que tendem sempre para uma satisfação.

A sociedade como expressão do inconsciente coletivo

As sociedades são realidades autônomas relativamente aos seus membros individuais. Estes são naturalmente condicionados por estas em maior ou menor medida. É o que nos ensina a história (plano diacrónico) e igualmente a antropologia cultural ou a sociologia. Diferentes tipos de sociedades implicam diferentes modos de existência para os seus membros, para além de também existirem naturalmente pontos comuns no modo de ser humano. São igualmente dotadas de um Id, que se exprime no plano dos arquétipos.⁵⁷ Irracionalidades, conflitualidades, contradições, diferentes tipos de racionalidades expressam também a maneira de ser do homem, agora no plano social, em si.

Sociedade, interdito, punição e culpa

As sociedades constroem e são objeto de interditos.⁵⁸ Como estruturas globais agrupando massas de seres humanas apresentam naturalmente uma maior estabilidade e conservadorismo em comparação com os indivíduos. São também realidades dotadas de maior objetividade. De qualquer maneira, apresentam características de especificidade, de subjetividade. A historicidade faz naturalmente parte do seu ser. Algo que se apresenta como também resultado da ação dos seus membros do mesmo modo que se passa no plano individual, para além de particularmente sofrerem a maior ou menor influência daqueles que sobre ela detêm maior poder. A complexidade é, por outro lado, algo a que naturalmente não podem escapar. As proibições (assim como as ações exigidas) expressam toda esta tremenda teia de relacionamentos (entre entes individuais e grupos menores em face destas). Assim como a punição. Esta de resto igualmente não pode fugir aos valores existentes, às mundividências presentes, ao próprio inconsciente coletivo. A culpa coletiva não pode ser igualmente negada. Sentimentos de inferioridade ou superioridade, frustrações sociais, agressividade, etc. povoam de forma óbvia qualquer tipo de sociedade.⁵⁹

A rigidez da satisfação pulsional constrange o ego a repetições imutáveis. Em situação extrema, o pedófilo, o violador, o assassino em série não podem senão repetir incansavelmente um modo de satisfação único.[...]Ao contrário, uma certa maleabilidade em transferir a satisfação pulsional é um fator de civilização, de cultura. Aquele que é capaz de transformar a decepção, a frustração em novo amor, em novo élan, mostra o caminho da salvação. Mas a maleabilidade pode tornar-se dispersão na desmedida. A quantidade de energia que desenvolvem as pulsões, uma em relação à outra, é um fator importante no processo."

⁵⁷ JUNG, Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo, in Obras Completas de C.G. Jung, Vol. IX, I, trad. de Maria Appy, Dora Ferreira da Silva, do título original *Die Archetypen Und Das Kollektive Unbewusste*, 2.ª ed. Vozes, 2002, ao caracterizar os arquétipos (p. 15): "Uma camada mais ou menos superficial do inconsciente é indubitavelmente

pessoal. Nós a denominamos *inconsciente pessoal*. Este porém repousa sobre uma camada mais (aqui) profunda, que já não tem sua origem em experiências ou aquisições pessoais, sendo inata. Esta camada mais profunda é o que chamamos *inconsciente coletivo*. Eu optei pelo termo "coletivo" pelo fato de o inconsciente não ser de natureza individual, mas universal; isto é, contrariamente à psique pessoal ele possui conteúdos e modos de comportamento, os quais são 'cum grano salis' os mesmos em toda parte e em todos os indivíduos. Em outras palavras, são idênticos em todos os seres humanos, constituindo portanto um substrato psíquico comum de natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo."

⁵⁸ Assim, FREUD, O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização e outros trabalhos, Vol. XXI, (1927-31), trad. a partir da ed. em inglês de 1928, Londres, Hogarth Press e Instituto de Psicanálise (trad.deW..RobsonScott),disponível em <http://tramontin.com02.googlepages.com/Vol21Ofuturodeumailusaoomal-estar-na-civilização-e-outros-trabalhos.rtf>, acesso em 23/6/2012, ao dizer (p.77): "A tensão entre o severo superego e o ego, que a ele se acha sujeito, é por nós chamada de sentimento de culpa; expressa-se como uma necessidade de punição. A civilização, portanto, consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada."

⁵⁹ Sobre a teoria do bode expiatório, O Bode Expiatório, GIRARD, Rene, trad., Paulus Editora, 2004. No plano jurídico-penal, MAEGLI, Eduard, *Das Böse und das Strafrecht*, Kindler, München,1960.

O direito penal. Génese e desenvolvimento histórico

Breves considerações

A punição andou originalmente ligada à necessidade de defesa de conteúdos morais considerados como valiosos, por um lado e apetecíveis, por outro.⁶⁰ Dotada de múltiplos conteúdos, permaneceu ao longo dos tempos e ainda impera em nossos dias. A tentativa de racionalização da realidade jurídico-penal, a partir do Iluminismo não colocou em causa este fundamental paradigma.⁶¹ A existência de um modelo fundamentalmente assente no binómio culpa-pena a que acresce o outro binómio, perigosidade-medida de segurança apresenta-se como algo de dominante atualmente, interessar-nos-á assim abordar este tipo de realidade a partir dos tópicos anteriormente referidos.

O direito penal. Características atuais

Referência esquemática

O direito penal moderno surgiu antes de mais como expressão de uma razão proclamada como universal (Iluminismo),⁶² que via o direito (penal) como algo suscetível de ser elaborado em termos de validade intrínseca.⁶³ Por outro lado, este mesmo direito constituiu-se numa base de igualdade de género (humano). As leis penais aplicar-se-iam a todos, por igual. Não mais haveria lugar a distinções de classe ou privilégios entre os seres humanos em termos de aplicação das leis penais. O princípio da igualdade seria assim reinante.⁶⁴ Em contraposição com o antigo regime agora o direito penal garantiria a todos os cidadãos uma efetiva possibilidade de defesa face a suspeitas ou acusações que contra si tivessem lugar. Este direito assumir-se-ia também com um conteúdo essencialmente garantístico.⁶⁵ Tal de qualquer maneira não impediria a sociedade (o estado) de assegurar uma eficaz defesa dos valores e interesses comunitários. A eficácia do sistema nunca seria secundarizada, mas apenas relativizada em função de interesses mais altos (dignidade da pessoa humana). Estaríamos assim neste âmbito perante um princípio de proporcionalidade.⁶⁶

A racionalidade do direito penal

Considerações epistemológicas gerais

Certamente que o direito penal moderno se afasta decisivamente do direito penal pregresso e um regresso ao passado das trevas está obviamente excluído.⁶⁷ No entanto e pese embora toda a evolução havida, será contudo importante realizar uma reflexão crítica à luz dos tópicos em causa, quanto mais não seja para confirmar eventualmente essa mesma racionalidade. Efetivamente, um modelo cem por cento racional no âmbito do direito (penal) é uma pura utopia. Antes de mais, pelo facto de que a própria lógica não se apresentar totalmente racionalizada.⁶⁸ Depois, por questões materiais, também de cariz epistemológico. Na verdade, sendo o direito

⁶⁰ Supra n. 44.

⁶¹ Sobre tudo isto, MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 757 e segs.

⁶² Iluminismo ou Iluminismos, porque foram vários, COSTA, Faria, *Linhas de Direito Penal e Filosofia*, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005, p. 216.

⁶³ Como principal representante deste movimento foi BECCARIA e o seu influente livro *Dei delitti e delle pene* (1764), sobre isto, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Almedina, 1971 (reimpressão), §2.º, 19, a).

⁶⁴ Neste sentido, o art.º 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamava este princípio energicamente.

⁶⁵ Neste sentido, por todos, COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (*Fragmenta iuris poenalis*), 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 159.

⁶⁶ De um princípio da humanidade se referem os autores, assim, COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (*Fragmenta iuris poenalis*), 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 159.

⁶⁷ Sobre este, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Almedina, 1971 (reimpressão), §2.º, 18, IV.

⁶⁸ MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 757-8.

penal constituído por aspetos éticos (de natureza jurídica) e pela ideia de eficácia,⁶⁹ compreende-se que a busca de uma ética jurídico-penal adequada se torne sempre numa miragem. Ninguém poderá determinar o regime de ilicitude ideal correspondente à utilização de critérios científicos de avaliação da mesma.⁷⁰ O mais que se poderá tentar é definir critérios que nos possibilitem a construção de princípios axiológicos a servirem de farol ao legislador e aplicador do direito.⁷¹ Precisão absoluta, conteúdos acabados são realidades impossíveis em termos científicos. Por outro lado, num plano de eficácia a escolha do modelo ideal é igualmente algo de utópico. Ninguém possui o conhecimento total do real a ponto de poder determinar as consequências perfeitas para garantir a plena efetividade das normas jurídico-penais. Mais, a eficácia nunca pode ser aceite como um valor em si. E porque incide sobre seres humanos, encarados como realidades axiologicamente significativas, há-de naturalmente comprimir-se em maior ou menor medida, através de um princípio de proporcionalidade, que de certo, rigoroso e definitivo nada tem...

Três cases studies

Introdução

Escolhemos três exemplos, um de cariz doutrinal, outro legislativo e finalmente um caso jurisprudencial, onde a nosso ver são patentes aspetos de irracionalidade. Certamente que o leitor poderá questionar-nos sobre a sua escolha, porquê estes e não outros? Diremos simplesmente que antes de mais se trata de escolhas realizadas no contexto de ordenamentos jurídicos modernos (alemão e português) e atuais, num plano de uma cultura jurídica que se afirma de cariz racionalizadora.⁷²

Jakobs e o direito penal do inimigo

Breves considerações

Para Jakobs, deverá existir dois tipos de direitos. Um para os cidadãos, outro para os seus inimigos (terroristas, delinquentes por tendência). O primeiro deverá oferecer todas as garantias modernas de defesa. O segundo abdicará delas. Tudo isto terá justificação em função da ideia de proteção do direito penal sob pena de o colocar em causa seriamente se tal não tiver lugar.⁷³

O que aqui surge como algo de irracional diz respeito antes de mais à leveza das considerações feitas. A justificação de um direito penal do terror e com ele o retorno às idades das trevas carece de fundamentação político-criminal, abrindo a porta a todo o tipo de excessos em nome de uma ideia de perigosidade não fundamentada de todo.

A irracionalidade de toda esta argumentação repousa na crença *naïf* de que o direito penal pode por si só resolver as magnas questões criminais e que a despersonalização do indivíduo – uma constante ao longo dos séculos – poderá ser a chave mágica da resolução dos problemas humanos, nunca o sendo no passado, de resto.⁷⁴

⁶⁹ MONTEIRO, Conde, Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 761 e segs.

⁷⁰ MONTEIRO, Conde, Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 779-0; MONTEIRO, Conde, Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)", Braga, 2006, p. 66 e segs.

⁷¹ MONTEIRO, Conde, Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 779-0; MONTEIRO, Conde, Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)", Braga, 2006, p. 66 e segs.

⁷² Neste sentido, DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 248 e segs.

⁷³ JAKOBS, Günther, Derecho Penal del Ciudadano Y Derecho Penal del Enemigo, trad. do original "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, de Manuel Cancio Meliá, disponível em <http://pt.scribd.com/doc/3667864/Derecho-Penal-del-Enemigo-Gunther-Jakobs>. acesso em 1-8-2012.

⁷⁴ Sobre isto, cf. Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión, MELIÁ, Cancio/DIÉZ, Gómez-Jara (orgs.), 2005; DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 35-7.

O crime de denegação de justiça, art. 12.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos)

O conteúdo deste crime corresponde na íntegra à primitiva versão do Código Penal Português de 1982, entretanto alterada em 1995. No entanto, apesar de a lei em questão já ter sido modificada três vezes,⁷⁵ tal deixou inalterada a sua inicial redação e com graves consequências político-criminais. Efetivamente, o tipo penal em causa, tal qual, é praticamente impossível de aplicar.⁷⁶ A última parte deste dispositivo (“e lhe forem requeridos”), literalmente entendida implica que se prove que o cidadão requereu (expressamente) ao titular de cargo político a aplicação do direito (mais difícil será conceber a administração da justiça, que cabe constitucionalmente aos tribunais). Algo que usualmente não tem lugar. Por via disso, na designada Reforma de 1995 do Código Penal Português,⁷⁷ deixou-se cair este requisito, juntando-se num mesmo tipo penal este crime e o de prevaricação.⁷⁸ Apesar de posteriormente já terem havido lugar as três revisões, supra citadas, o panorama manteve-se inalterável e com uma penalidade em causa (“prisão até dezoito meses e multa até 50 dias”) a poder ser menor que a pena de prisão prevista no Código Penal Português (2 anos), em todo o caso mantendo-se um princípio político-criminal coevo (a partir da Reforma de 1995 do Código Penal Português) de ligar a aplicação da pena de prisão à de multa.⁷⁹ Deste modo, o legislador, legislando em causa própria e no âmbito de uma lei que declaradamente se constituiu como implicando uma maior responsabilidade criminal, por via dos titulares e das altas funções a estes adscritas, consegue deste modo frustrar totalmente tal programa criminal.

Acórdão da Relação do Porto de 12-09-2007⁸⁰

Este aresto é um, entre muitos exemplos, também de pura irracionalidade na aplicação do direito penal. Efetivamente, ao afirmar-se (juízes acompanhados pelo MP) que a fase administrativa de aplicação de sanções contra-ordenacionais se rege pelos “princípios fundamentais do direito administrativo”, bastando assim que se indiquem factos, normas e coima e ainda acrescentando “que a culpa nas contra-ordenações não se baseia em qualquer censura ético-penal mas tão só na violação de certo procedimento imposto ao agente, bastando-se por isso com a imputação do facto ao agente.”,⁸¹ faz-se deste modo tábua rasa da culpa no ilícito contra-ordenacional, reduzindo-a a um mero nexo de imputação objetiva entre uma conduta e o resultado descrito na lei (teoria da imputação objetiva) ou a uma mera subsunção legal da

⁷⁵ Leis n.º 108/2001, de 28/11, n.º 30/2008 de 10/7, n.º 41/2010, de 3/9.

⁷⁶ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-07-2004, disponível em dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6fa01c2e34fc5ed080256f43004e25d9?OpenDocument, acesso em 1/8/2012.

⁷⁷ Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03.

⁷⁸ Art.º 369.º do Código Penal Português (denegação de justiça e prevaricação).

⁷⁹ De notar ainda que esta lei, redigida e aprovada pelo órgão máximo legislativo nacional, é fértil em aspetos irracionais, como, entre outros, sucede no âmbito dos artigos 4.º (“Punibilidade da tentativa”), ao excecionar-se o art. 24.º do Código Penal Português face ao princípio imposto de sempre a punibilidade da tentativa ter lugar ou ainda estabelecendo-se a possibilidade de atenuação especial “quando se mostre que o bem ou valores sacrificados o foram para salvaguarda de outros constitucionalmente relevantes ou quando for diminuto o grau de responsabilidade funcional do agente e não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais.”, o que literalmente implicaria sempre a atenuação especial, pois mal se pode conceber que o criminoso neste âmbito não sacrifique bens ou valores constitucionais em benefício de outros bens de igual natureza (desde logo o seu património); não se compreendendo também a necessidade de afirmar a atenuação especial da pena em face do carácter diminuto da culpa (responsabilidade funcional do agente), algo desde logo decorrente do n.º 1 do art. 72.º do Código Penal Português (circunstâncias “que diminuam de forma acentuada... a culpa do agente”); para além da cabotinação das últimas expressões (“não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais”), o que é que isto adianta? Estamos a ensinar direito penal às criancinhas da escola primária?

⁸⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c3b34bcd802fbdcd38025735900365c31?OpenDocument>, acesso em 1-8-2012.

⁸¹ p.4 do referido acórdão, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c3b34bcd802fbdcd38025735900365c31?OpenDocument>, acesso em 1-8-2012.

conduta contra-ordenacional, se aquele não tiver lugar. Viola-se deste modo normas explícitas de direito positivo, arts. 8.º (dolo e negligência), 18.º, (determinação da medida da pena) e art. 32.º (Do direito subsidiário) do Regulamento Geral das Contra-Ordenações, Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro),⁸² ficcionando-se uma fase administrativa sem culpa e uma judicial com ela(?).

O que mais choca em todo este processo é a ligeireza da argumentação utilizada, não havendo aqui qualquer posicionamento revolucionário relativamente ao direito das contra-ordenações, em termos metodológicos ou em termos epistemológicos – a absoluta naturalidade impera sem mais...

O Princípio da igualdade

Considerações gerais

Para além dos casos legais de imunidades,⁸³ num plano estritamente jurídico, vigora o princípio de que a lei penal se deve aplicar a todos por igual, ou seja, os tipos legais de crime têm como destinatários todos os cidadãos (crimes comuns). A existência de crimes com destinatários diferentes dos cidadãos comuns devem ser justificados num plano político-criminal e deste modo justificáveis em termos axiológico-normativamente.⁸⁴ E se aparentemente a letra da lei parece adequar-se a este sentido, a sua aplicação concreta já nos deixa lugar a grandes perplexidades. Por um lado, é a própria lei que deixa espaços de subjetividade ao aplicador,⁸⁵ podendo deste modo acontecer a existência de múltiplos desvios na sua concretização normativa. Depois o próprio processo de aplicar o direito é tudo menos automático. Não só por razões metodológicas,⁸⁶ mas igualmente por aspetos processuais.⁸⁷ Daqui que preconceitos raciais, sociais, políticos, económicos, cifras negras, manipulações jurídicas por parte dos que podem influenciar o poder, etc. possam perfeitamente ter lugar e coexistir com a afirmação da razão igualitária.⁸⁸

Da ausência do garantismo ao seu excesso

Considerações gerais

Sem dúvida que o passado histórico testemunha inequivocamente no sentido de que a transformação do indivíduo em mero objeto do processo implicou distorções óbvias relativamente a questões cruciais como a da verdade processual ou da justeza de sanções, para já não falar da utilização de puros métodos supersticiosos.⁸⁹ No entanto, o contrário também se

⁸² Este diploma foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17/10, pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14/9, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17/12 e pela Lei n.º 109/2001, de 24/12.

⁸³ Sobre estas, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1.º Vol., 2.ª ed., aafdl, 1985, pp. 581-3.

⁸⁴ Sobre os crimes específicos, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 303-5. De notar contudo que a especificidade dos destinatários em causa não impede que, por via das regras da participação (arts. 26.º a 28.º do Código Penal Português), indivíduos comuns também possam ser responsabilizados pela prática deste tipo de crimes.

⁸⁵ Pense-se desde logo nas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Sobre isto, MONTEIRO, Conde, *Anotação ao Artigo 31.º*, in *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Pedro Bacelar de Vasconcelos (Coord.), *Direitos Humanos- Centro de Investigação Interdisciplinar*, 2011, p. 127.

⁸⁶ Sobre estas, MONTEIRO, Conde, *Direito Penal I*, p. 22 e segs., disponível em http://elearning.uminho.pt/webapps/porta/frameset.jsp?tab_tab_group_id=_2_1&url=%2Fwebapps%2Fblackboard%2Fexecute%2Flauncher%3Ftype%3DCourse%26id%3D_12221_1%26url%3D, acesso em 1/8/2012.

⁸⁷ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, *O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)*, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Mário Monte (Coord.), Maria Calheiros/ Conde Monteiro/ Flávia Loureiro (Dir.), Coimbra Editora, 2009, pp. 328-1.

⁸⁸ Neste sentido, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984, III.

⁸⁹ Pensemos, por exemplo, nos ordálios, sobre estes, VOLD, George, BERNARD, Thomas, SNIPES, Jeffrey, *Theoretical Criminology*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2001, p. 2.

poderá revelar atropelador do funcionamento da máquina judiciária e assim contribuir para a inverteza e a não defesa dos direitos e interesses dos cidadãos e coletividade, como é óbvio. Daqui que um acesso irrestrito ao processo penal, ainda que na fase de investigação, restrição inadequada de prazos de investigação, condicionamento excessivo da promoção processual, possibilidade de colocar fim ao processo por via da negociação sejam, entre muitos outros fatores, aspetos que poderão criar fraturas nos próprios fundamentos do processo e direito penais modernos, como é claro.

Da eficácia desejada à ineficácia constatada **Aspetos mais salientes**

Do que se já deixou dito resulta que a eficácia é em larga medida um mito no âmbito jurídico-penal. De facto, o que principalmente os inquéritos vitimológicos nos informam é que a grande maioria dos crimes efetivamente praticados não vão sequer às instâncias formais de controlo e uma taxa numerosa dos casos denunciados ficam arquivados (mortandade processual).⁹⁰ Por outro lado, as próprias absolvições não significam que alguém efetivamente não tenha praticado o crime de que era acusado. Aspetos garantísticos (v.g., ilicitude de gravações de comunicações feitas por falta de autorização judicial) podem invalidar provas produzidas. Por lado ainda, a condenação de alguém nos precisos termos em que o tenha sido nunca será justa, nem verdadeira. Dada a intervenção de aspetos mentais e emocionais no processo de determinação da pena, desde logo a sua averiguação e depois quantificação revelam-se naturalmente como processos impossíveis onticamente de determinar,⁹¹ para já não questionar sequer questões extremamente difíceis de determinar como sejam a da culpa do agente (e sua relação com liberdade)⁹² ou mesmo a sua ausência e substituição por estados de perigosidade.⁹³ Para além disto, fica naturalmente em suspenso a questão do modelo ou modelos de intervenção jurídico-penal⁹⁴ a adotar ou mesmo a sua abolição por formas não jurídicas de intervenção.⁹⁵ De resto, a própria aferição da eficácia de determinado sistema jurídico-penal pode ser epistemologicamente questionável dada a óbvia presença de numerosos fatores a condicionar a prática de concretas infrações que de todo não podemos isolar.⁹⁶ A crença e a tradição (história) têm um inevitável papel neste âmbito.⁹⁷ O discurso dos políticos em torno da defesa do sistema jurídico-penal e das suas medidas pode não constituir mais do que isso mesmo, mero discurso sem substância efetiva.⁹⁸

⁹⁰ Neste sentido, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984, III.

⁹¹ MONTEIRO, Conde, *O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)*, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Mário Monte (Coord.), Maria Calheiros/ Conde Monteiro/ Flávia Loureiro (Dir.), Coimbra Editora, 2009, pp. 330-1.

⁹² Sobre isto, MONTEIRO, Conde, *Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)*, Braga, 2006, p. 106 e segs.

⁹³ Em relação a este aspeto, MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 766-7.

⁹⁴ Sobre estes, MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 765 e segs.

⁹⁵ Neste sentido, HULSMAN, L. /CELIS, J. B., *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 2.ª ed., trad. de Maria Lúci Karan do original *Peines perdus. Le système penal en question*, Paris, Editions de Centurion, 1982, Luan Editora, 1982. Sobre o seu utopismo, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II, (As Consequências do Crime)*, ed. 2005 (reimpressão), Coimbra Editora, 2.º Cap., III, § 39; MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 766.

⁹⁶ Assim, MONTEIRO, Conde, *“As Finalidades das Penas no âmbito do Artigo 40.º do Código Penal*, Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999, pp. 764-5.

⁹⁷ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, *Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre o Direito Penal*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2009, p. 781.

⁹⁸ Supra n. 27.

Reflexões psicanalíticas e antropológicas sobre o direito penal

Os níveis do discurso humano sobre o real

Introdução

Os nossos discursos sobre a realidade que nos rodeia e sem estarmos a debruçarmo-nos sobre o que esta noção encerra⁹⁹ podem apresentar fundamentalmente três níveis. A um nível primário, a maior parte das vezes relativamente a coisas do dia-a-dia, os nossos signos linguísticos estarão em consonância com o seu referente, por exemplo, quando afirmo que me vou encontrar com fulano às tantas horas, que dormi mal na noite passada, que detesto andar de barco porque habitualmente enjoa, etc. A um nível secundário, os nossos discursos poderão conscientemente não coincidir com aquilo que afirmamos. Podemos assim dizer, por exemplo, que gostamos de fulano, quando tal não corresponde à realidade, que nos levantamos cedo, quando o fizemos tarde, que somos humildes, quando de facto não o somos, etc. Já num nível, que classificaremos como terciário, poderemos ter um discurso em desconformidade com o real, mas sem que tal seja consciente, quer por questões de desconhecimento, quer por razões psicológicas.¹⁰⁰ Finalmente, pode acontecer que estes níveis se entrecruzem de forma mais ou menos aleatória, ou seja, que possamos afirmar meias-verdades mais ou menos conscientemente, mais ou menos inconscientemente. Isto faz parte do nosso dia-a-dia. Ninguém efetivamente foge a este destino. A complexidade do mundo moderno mais torna evidente esta dimensão, particularmente tendo em conta a nossa inserção em instituições coletivas, carecendo estas de afirmação de imagem e assim se afirmando societariamente.¹⁰¹

Os níveis do discurso jurídico-penal

Introdução

O direito penal naturalmente que comunga da realidade acima referida. De facto também aqui tem lugar a pluralidade de discursos acima enunciados. Num plano exógeno, um dado sistema jurídico-penal é apresentado aos cidadãos como uma realidade validada em si mesma. O que normalmente se discute é a sua acessibilidade, celeridade, exequibilidade.

Os níveis do discurso jurídico-penal

Ambiguidade e contradição

A omissão das fragilidades epistemológicas do direito penal ou a apresentação deste como deus ex machina

Os vários sistemas jurídico-penais existentes ao longo da história e atualmente em vigor são habitualmente apresentados como realidades mais ou menos óbvias. São assim omitidas as suas insuficiências estruturais, contradições de regime, excessos político-criminais, etc. A afirmação da onisciência do direito penal expressa naturalmente a necessidade de os cidadãos

⁹⁹ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, Sobre a omissão impura em Direito Penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objetivo do crime de omissão impura)", Braga, 2006, p. 19 n. 35.

¹⁰⁰ Sobre isto, com abundantes exemplos, Freud, A interpretação dos sonhos, Vol. IV, (1900), trad. a partir de "The Interpretation of Dreams, trad. de James Strachey, pp. 2246, disponível em http://www.planonacionaldeleitura.gov.pt/clubedeleituras/upload/e_livros/cle000023.pdf, acesso em 13/5/2012..

¹⁰¹ De notar que as nossas sociedades atuais se caracterizam largamente pela dimensão da impressão que os seus entes individuais e coletivos pretendem criar nos outros. O capitalismo reforça naturalmente esta componente (lembramos desde logo a importância dada à publicidade e ao marketing), a própria democracia incentiva tal componente, o "bom político" deve apresentar uma imagem apelativa e um discurso impressionante. Criticamente, supra n. 27.

se curvarem à mesma, não discutindo o sistema enquanto instituição. E se o sistema pune, então, tal justifica-se em nome da contaminação do crime,¹⁰² da sede de vindicta igualmente.¹⁰³

A guerra ao crime. Maiores penas

Frequentemente ouve-se os políticos afirmarem a necessidade de maior punição para defesa dos cidadãos. Tal configura-se com alguma lógica. No fundo, valores mais valiosos são punidos de forma mais grave (princípio da proporcionalidade). No entanto a lógica em causa levar-nos-ia a uma elevação generalizada das penas, constituindo-se assim um direito penal de terror – algo de resto não novo, mas uma constante ao longo da história da humanidade. Os resultados de tal política são assim conhecidos. Maiores penas não constituem sinónimo, necessariamente, de maior proteção social: algo constatável no passado e ainda atualmente. Uma adequada política criminal tenderá a estabelecer uma relação de proporcionalidade entre a punibilidade e bens a tutelar. No entanto, a necessidade de criar nas massas a ideia de “sangue” como forma de iludir questões sociais ou individuais de maior complexidade é deste modo utilizada.¹⁰⁴

O menosprezo pelo crime. Menos punibilidade, mais diversão

No polo oposto encontramos a ideia de não punir ou punir brandamente. Em nome da ressocialização ou não dessocialização afirma-se a diversão, a descriminalização, a substituição de penas tradicionais (máxime da pena de prisão), etc. Os excessos de tal perspetiva são também conhecidos. A responsabilidade por crimes contra o património pode ser extinta através, por exemplo, de novos crimes praticados pelo próprio agente com vista a obter uma quantia monetária acordada com a vítima, desde que esta aceite uma reparação pelos danos causados.¹⁰⁵ O alargamento dos crimes objeto de queixa, em nome da disponibilidade dos respetivos bens jurídicos, (crimes semi-públicos) ou mesmo juntando a obrigação de acusação (crimes particulares) vai implicar um menor acervo de crimes a serem tratados processualmente (descriminalização de facto). Fenómenos como a diversão, a plea bargaining,¹⁰⁶ a obrigação de formular um pedido de indemnização e de constituição de advogado para dedução de pedido indemnizatório, etc, podem enquadrar-se neste discurso, em que a pretexto de aspetos dogmáticos e de política criminal, os cidadãos vêm os seus direitos desprotegidos.

O discurso sobre a sacralização das instâncias formais de controlo ou toda a gente é excelente

O poder tende naturalmente a afirmar a sua excelência enquanto tal. Polícias, ministério público, juízes são considerados como entes ímpolutos, dedicados por inteiro ao seu ofício e trabalhando segundo critérios estritos de imparcialidade e objetividade. A suas atuações são assim aceites tais quais. Interessa particularmente ao poder político frisar este ponto de

¹⁰² Supra n. 44.

¹⁰³ Supra n. 50.

¹⁰⁴ Um interessante trabalho sobre esta temática nos E.U.A. relativo à década de sessenta é o de FLAMM, Michael W., *Law and Order: Street Crime, Civil Unrest, and the Crisis of Liberalism in the 1960s* (Columbia Studies in Contemporary American History), Columbia University Press, 2007.

¹⁰⁵ Sobre a restituição da coisa ou reparação do prejuízo causado como extinção da responsabilidade penal no âmbito do art.º 206.º do Código Penal Português, introduzidas pela Lei n.º 59/2007 de 4/9, MONTEIRO, Conde, “O alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução de pena de prisão na Reforma do Sistema Penal de 2007”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 504-5, n. 39.

¹⁰⁶ Sobre o instituto da plea bargaining, criticamente, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984, III, Cap. 10.º, II.

vista. No entanto, paralelamente a este discurso, encontramos maiores ou menores desvios aos princípios declarados. Funcionamento ad hoc de um ilegal princípio da oportunidade,¹⁰⁷ ausência de deveres de investigação apropriada,¹⁰⁸ ilegalidades de vária ordem,¹⁰⁹ atitudes de discriminação,¹¹⁰ etc. Também aqui a discrepância entre o discurso expresso e a prática seguida é óbvia.

O mundo das estatísticas penais ou como eu posso ter comido meio frango sem o ter feito (mais uma vez ou o eterno retorno)

A discursividade, particularmente de natureza política, é fértil em utilizar as estatísticas para provar as suas intencionalidades, como já deixámos dito. Por um lado, omitindo a criminalidade real, apenas utilizando os dados oficiais.¹¹¹ Por outro, restringido o acesso à justiça, através da exigência de requisitos de queixa, aumentando as taxas de justiça, etc. De outro modo, fazendo funcionar um poder mais ou menos oculto de seleção ao nível da investigação dos casos denunciados às autoridades.¹¹² Deste modo, o quadro final da atuação das instâncias formais de controlo, se não se apresentar como excelente, pelo menos surgirá como aceitável. A imagem dos poderes políticos continuará intocável. E se em último termo, as estatísticas forem inconvenientes, pode-se sempre omiti-las,¹¹³ em nome da imagem...

De como se constrói uma imagem de docilidade ainda que à custa de malabarismos mais ou menos macabros

O uso de armas de fogo ou de como uma imagem vale mais do que mil palavras

O art.º 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro nega o direito de legítima defesa a qualquer cidadão que utilize arma de fogo em defesa da sua liberdade (também sexual), integridade física (desde que não atinja o estado de grave ofensa). Por outro lado, mesmo em relação à vida e integridade física nas suas formas mais elevadas de proteção (“ofensa grave à integridade física”, al. a) do n.º 1 do art.º 42.º) nunca o defendente deverá visar zonas letais do seu atacante, ainda que este as vise (do defendente) e esteja armado também com arma de fogo. Tratando-se de defesa de bens patrimoniais, apenas o defendente poderá realizar disparos de advertência, al. b) do n.º 1 do art.º 42.º in fine, ainda que se trate da defesa de uma soma monetária destinada a salvar alguém de, por exemplo, um perigo letal.¹¹⁴ Neste contexto também e de forma harmónica (de resto, o regime em causa é anterior), o Decreto-

¹⁰⁷ DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, Coimbra Editora, 1984, III, Cap. 7.º, I, a).

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/7/2004, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6fa01c2e34fc5ed080256f43004e25d9?OpenDocument>, acesso 3/8/2012, onde é manifesta a inércia desde logo do MP em nem sequer averiguar da existência ou não de qualquer delegação de poderes da Câmara Municipal no seu Presidente – aspeto fundamental na decisão da causa.

¹⁰⁹ Entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25/5/2008 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030e-a1c61802568d9005cd5bb/c71b7cba6ea608c18025745d00520217?OpenDocument>, acesso em 1/7/2012, onde a ignorância crassa sobre aspetos elementares da participação justificavam o “chumbo” de qualquer estudante de um curso de direito...

¹¹⁰ DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa, Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, Coimbra Editora, 1984, III, Cap. 11.º, II, 1., b).

¹¹¹ Algo que acontece entre nós desde que se têm publicado estatísticas oficiais, como é sabido.

¹¹² A própria Lei de Política Criminal, entre nós, que apareceu como um instrumento de discricionariedade legal, face a um sistema processual dominado pelo princípio da legalidade, parece efetivamente não ter funcionado. Neste sentido, entre outros, Ana Luísa do Nascimento, Correio da Manhã, 28-2-2012.

¹¹³ O problema entre nós sobre, por exemplo, o tratamento da reincidência (ou seu não tratamento) é deveras expressivo. Neste sentido, cf. Diário de Notícias de 20-6-2012, p. 2.

¹¹⁴ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, O Uso de Armas de Fogo e a Legítima Defesa, Comentário ao artigo 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime das Armas e Munições), in Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, (Org.) Augusto Silva Dias [et. al.], Almedina, 2009, pp. 793-2.

-Lei n.º 457/99 de 5 de Dezembro, sobre o uso de armas de fogo pelas autoridades policiais, estabelece igualmente a proibição por estas do uso de arma de fogo em defesa de interesses como a liberdade, incluindo a sexual, património, etc.¹¹⁵

Nestes casos é patente a pretensão do legislador de querer dar uma ideia de um pseudo-humanismo, de uma evolução culturalmente significativa que expresse o corte com a selvajaria do passado.¹¹⁶ No entanto, para além de todas as incongruências manifestadas e por via delas, na prática tudo se pode (ou passa) de forma diferente.¹¹⁷

Síntese Conclusiva a partir de uma dimensão psicanalítica (também etologista)

Do exposto resulta assim que a realidade jurídico-penal se apresenta como expressão de vários tópicos de cariz psicanalítico-etológico. Desse logo, a ambiguidade de toda a realidade jurídico-penal localizada entre a afirmação de uma racionalidade onnipresente mas que não consegue esconder a existência de segundos códigos, menos visíveis, expressivos de conteúdos mais ou menos latentes. Disto decorre constituir o direito penal algo de complexo, não se dando a conhecer através de uma simples análise do seu conteúdo normativo tal qual, mas exigindo uma abordagem mais profunda, nunca abdicando do seu processo concretizador. Por outro lado, tal deriva da óbvia comunicabilidade da fenomenologia jurídico-penal com a realidade humana tout court. Porque esta se apresenta de modo próprio, com as suas características específicas, também o direito penal, como obra humana, não deixará de refletir tais elementos. Noutros termos, diremos que, para além do mais, todo o direito penal, como expressão da mão humana, há-de por isso mesmo ser igualmente humano, inevitavelmente humano com tudo de bom e mau que tal implica...

¹¹⁵ Desenvolvidamente, MONTEIRO, Conde, O uso de armas de fogo pelas autoridades policiais e a legítima defesa: considerações crítico-reflexivas, em vias de publicação nos Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.

¹¹⁶ Deste modo e relativamente ao *Regime das Armas e Munições*, é de referir as palavras do Presidente da Comissão Revisora da Legislação relativa a Armas e Munições, ao afirmar: "Consagra-se na lei, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, o primado da vida sobre a propriedade, regulando-se de forma clara qual o comportamento a adotar pelo possuidor de uma arma de fogo quando está perante uma agressão à sua vida ou uma agressão à sua propriedade." Podia também acrescentar tratar-se da possibilidade de defesa da vida do agressor também à custa do ofendido, invertendo-se toda a teleologia da legítima defesa. Neste sentido, MONTEIRO, Conde, O Uso de Armas de Fogo e a Legítima Defesa, Comentário ao artigo 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime das Armas e Munições), in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia, (Org.) Augusto Silva Dias [et. al.], Almedina, 2009, pp. 801, n. 32.

¹¹⁷ Paradigmáticamente veja-se o designado "Assalto ao BES de Campolide", http://www.youtube.com/watch?v=x_IAnY-R2-o, <http://www.youtube.com/watch?v=HzDIHXCZ3Go&feature=related>, <http://www.youtube.com/watch?v=HjTkGq90yzM&feature=related>, acessos em 26/10/2011, onde desde logo pelas diversas imagens captadas (com dois assaltantes de armas em punho sobre as cabeças de dois sequestrados, estilhaços a terem lugar numa das vítimas consequentes aos disparados dos agentes policiais, um disparo realizado de dentro do estabelecimento após os tiros dos polícias e ainda o ferimento de um dos sequestradores, se indicia tudo, menos a manifesta improbabilidade de outras pessoas virem a ser atingidas. De resto, nem sequer resulta das mesmas imagens um real perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física dos sequestrados, não se provando que os agressores iriam disparar sobre os seus reféns no momento em que as entidades policiais atiraram sobre aqueles, ficando apenas a possibilidade de se aplicar a al. b) do n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei 457/99. Contudo, "estranhamente" (colocamos de lado questões de xenofobia), não houve lugar a qualquer condenação dos diversos agentes envolvidos no processo, antes a sua consagração pelo ato "heroico" realizado – quando se legisla mal, por vezes, a realidade da justiça impõe-se por si mesma, problema naturalmente é o casuismo daqui derivado, neste caso ter-se-á feito justiça, noutros terá vigorado um ascético império da lei, tal qual, o princípio da igualdade naturalmente disso se terá inevitavelmente ressentido...