

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais
Ano Lectivo 1996/1997
Seminário de Criminologia
Regência da Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza

UM DISCURSO SOBRE A AMNISTIA
NO SISTEMA PENAL

Rui Filipe Serra Serrão Patrício

Ao Jorge Godinho.

SUMÁRIO

I. Introdução (apresentação e delimitação do objecto do presente trabalho; o conceito de sistema; o conceito de amnistia e as outras figuras da clemência; a Criminologia – também – como problematização da ideologia penal).

II. História e Teoria(s) (referência à evolução do pensamento acerca da figura da amnistia - o mais das vezes, dentro das figuras mais abrangentes da clemência, da dispensa ou da graça -, assinalando alguns autores mais significativos e procurando ilustrar as duas principais linhas pelas quais se têm pautado os discursos que têm procurado explicar e, sobretudo, legitimar aquelas figuras; os fins particulares e conjunturais da clemência e a teoria da justa causa; a crise e a insuficiência daquelas duas linhas como explicação da clemência).

III. Um discurso sobre a amnistia no sistema penal (a amnistia – a clemência, de um modo geral – como mecanismo, de estratégia política, de manutenção e reforço do poder; a amnistia - a clemência - e as penas ordenadas para um mesmo fim, de manutenção do poder e, assim, da ordem que lhe está a montante e a jusante; a ameaça e a crença como duplo efeito procurado pelos mecanismos de manutenção do poder e, assim, pelas penas e pela amnistia – pela clemência, de um modo geral).

IV. Breve referência – em jeito de quase excuro - sobre os fins da amnistia e os fins das penas (a alternatividade e a não concorrência entre as penas e a amnistia – a clemência, de um modo geral; a contradição entre a amnistia e os fins imediatos das penas é mais aparente do que real – e muito depende do modo como, em cada caso, o poder usar uma e outras; a amnistia e a prevenção especial; a amnistia e a prevenção geral; a amnistia e a retribuição).

V. Conclusões.

VI. Bibliografia.

*“E se, vencendo a Maura resistência,
A morte sabes dar com fogo e ferro,
Sabe também dar vida, com clemência,
A quem pera perdê-la não fez erro.
Mas, se to assi merece esta inocência,
Põe-me em perpétuo e mísero desterro,
Na Cítia fria ou lá na Líbia ardente,
Onde em lágrimas viva eternamente.”*

Luís de Camões,
Os Lusíadas

*“Enfim, reconhecendo que a Consciência era dentro de mim
como uma serpente irritada, decidi implorar o auxílio d’Aquele
que dizem ser superior à Consciência porque dispõe da Graça.”*

Eça de Queiroz
O Mandarim

I. Chamámos a este trabalho “um discurso”, um discurso sobre a amnistia no sistema penal. E fizémo-lo com o propósito de acentuar, logo no título, que o que aqui pretendemos ensaiar (tão-só ensaiar) é uma hipótese de raciocínio¹, um exercício explicativo, um entre outros possíveis, acerca da amnistia (e, afinal, acerca da figura mais abrangente da clemência) no sistema penal. Não intentamos esboçar uma hipótese de explicação histórica, filosófica, política ou jurídica, pretendemos unicamente dar uma hipótese de explicação, a nossa hipótese, que não se fique por nenhuma daquelas categorias, mas que possa tocar todas elas - mesmo que apenas a traço grosso. É uma hipótese que pretendemos que seja mais do que um exercício diletante.

E, com o nosso discurso, com a nossa hipótese, procuraremos responder às seguintes perguntas: A amnistia é, no sistema penal², um paradoxo? Ou, ao contrário, a amnistia tem no sistema penal uma (ou mais do que uma) função? É uma figura que bem se enquadra no sistema penal e que se ordena para os fins daquele sistema? Ou, ao invés, é uma figura que destoa e que nega ou frustra os fins do sistema?

¹ Tal como para alguns contratualistas a ideia do contrato social era uma mera hipótese de raciocínio (e de legitimação). Assim dá a entender, por exemplo, SOARES MARTÍNEZ, em *Filosofia do Direito*, págs. 95-96. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, em *O Contrato Social*, por exemplo, logo no Capítulo I, ao apresentar o assunto do livro, afirma (pág. 13): “O homem nasceu livre e em toda a parte vive aprisionado. O que se julga o senhor dos outros não deixa de ser mais escravo do que eles. Como é que se deu esta modificação? Ignoro. Que é que pode torná-la legítima? Acho que posso resolver este problema.” Por nós, no nosso discurso, não teremos como fito a legitimação da amnistia, tão-só a tentativa (uma tentativa) de explicação. Para uma reflexão sobre a legitimidade, fica, quiçá, aberto o caminho, a trilhar futuramente, por nós ou por outros. [Diga-se, desde já, que as referências bibliográficas serão feitas indicando apenas o autor, a obra e, em certos casos, a(s) página(s); a final, encontram-se as referências bibliográficas completas. Procurámos seguir, no que concerne às referências bibliográficas, as indicações de UMBERTO ECO, em *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*, embora, em alguns casos, tenhamos feito adaptações ou tomado caminhos diferentes.]

² E ao formularmos deste modo a pergunta, estamos, naturalmente, já a considerar que a amnistia faz parte do sistema e do Direito penais, o que, mesmo que mais não houvesse, sempre nos faria rever aquele conceito de Direito Penal que o dá como o conjunto de normas jurídicas que prescrevem uma certa consequência, a pena, para um certo facto, o crime. Sobre a crise daquele conceito e sobre o conceito de Direito Penal, de um modo geral, *vd.* JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Para Fundamentação do Direito Criminal*”, págs. 127 e ss.. Também TERESA PÍZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1º Vol., págs. 11 e ss.. Sobre a norma amnistiante como norma jurídica, *vd.* JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, págs. 32 e ss..

Diga-se, desde já, que utilizamos o termo sistema penal³ com um sentido que assenta nas duas características do conceito de sistema que podemos encontrar em várias definições acerca daquele conceito: ordenação e unidade, que encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; sistema como ordem axiológica e teleológica⁴. Pretendemos, pois, englobar no termo sistema penal o conjunto de normas, princípios, procedimentos e instituições que constituem uma unidade, um complexo interrelacional, ordenado e orientado para um determinado conjunto de finalidades, quais sejam as finalidades penais e, com elas (ou através delas, melhor dito), as finalidades do Estado. Ouça-se MENEZES CORDEIRO⁵: *“Impõe-se, desde logo, uma primeira ideia de sistema: o Direito assenta em relações estáveis, firmadas entre fenómenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja ... A ideia de sistema em Direito provoca dúvidas e discussões. Como hipótese de trabalho - e tal como faz CANARIS - é, em regra, utilizada a noção de KANT: sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários.”*

Ora, é aquela ideia, são aqueles pontos de vista unitários, que vamos tentar procurar, no que respeita ao (sub)sistema penal – visto, não como complexo estático de normas, mas como complexo dinâmico de funções. Para, depois, vermos se a amnistia tem com eles alguma relação e se essa relação é - digamos assim - de afirmação ou de negação. Para isso, precisaremos de reflectir um pouco sobre os fins do Direito Penal e, a montante e a jusante deles, sobre os fins do Direito e do Estado⁶.

³ Referindo-se, repetidamente, a *“sistema de direito criminal”*, veja-se SOUSA E BRITO, citado *“Para Fundamentação...”*.

⁴ Sobre esta questão, pode ver-se a riquíssima obra de CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (com importante *Introdução* de MENEZES CORDEIRO), em especial págs. 9 e ss.. CANARIS refere *“ordem axiológica ou teleológica”*, inúmeras vezes (*vd.*, por todas, a tese 5., a págs. 280); preferimos, em vez do *ou*, o *e*.

⁵ Na *Introdução* à obra de CANARIS mencionada na nota anterior, a págs. LXIV. A transcrição é longa, mas expressiva sobre o nosso ponto; por isso a fizemos.

⁶ Sobre a teoria do Estado, pode ver-se, por todos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, *maxime* págs. 43-97, dedicadas ao Direito e ao poder político na História, e sobretudo o Tomo III.

E teremos presentes as duas vertentes (e a vital relação entre elas) do conceito de sistema na ciência do Direito: a vertente interna e a vertente externa⁷, acentuando, contudo, esta última, a vertente da exteriorização, da aprendizagem, da comunicação e da aplicação do Direito.

Teremos igualmente presente o conceito de amnistia⁸, que permite distingui-la do perdão genérico e do indulto, definindo-a como instituto de carácter geral, que afasta as consequências jurídicas do crime no que toca à sanção, dirigido a grupos de factos ou de agentes – o que permite distingui-la do indulto, instituto com carácter individual, e do perdão genérico, instituto dirigido a espécies de penas⁹; tradicionalmente, acrescentava-se que a amnistia, não só tem consequências ao nível da pena, fazendo-a cessar, mas também ao nível do facto criminoso, como que “descriminalizando-o” – o que permitiria distingui-la do perdão genérico, que apenas tem consequência no primeiro dos níveis assinalados, tendo também, como a amnistia, carácter genérico¹⁰.

⁷ Sobre este ponto, *vd.* MENEZES CORDEIRO, na *Introdução* à citada obra de CANARIS, págs. LXV e ss.. Veja-se também a obra de CANARIS, sobre a limitação do sistema externo quando isolado do sistema interno, ou melhor, quando visto sem ter em conta que o sistema interno constitui os seus pontos de partida e de chegada (por exemplo, págs. 26 e 280).

⁸ Sobre esta questão, ampla e desenvolvidamente, por todos, veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – Parte Geral, II (As Consequências Jurídicas do Crime)*, págs. 687-691, e JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, e as ricas referências doutrinárias e bibliográficas aí feitas. Ao abordarmos esta questão, não podemos deixar de ter presente, desde logo, que, amiúde, se utiliza “*os conceitos com diversos sentidos, diversa extensão e diversas consequências jurídicas, numa confusão quase inextricável em que mesmo o recurso à tradição se revela de pequeno auxílio*” (FIGUEIREDO DIAS, obra citada, pág. 687).

⁹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, obra citada, pág. 690.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS (obra citada, págs. citadas) verbera esta tradição relativa à definição da amnistia e prefere uma distinção que apenas refira a amnistia e o indulto, acentuando o carácter geral da primeira e o carácter individual do segundo e considerando o perdão genérico como uma verdadeira amnistia. Contudo, não podemos ignorar, por um lado, a situação do direito português actual e, por outro lado, a tradição doutrinária nesta matéria. Com efeito, o artigo 127º do Código Penal prevê os institutos da amnistia, do perdão genérico e do indulto, e, por seu lado, a Constituição da República, no seu artigo 164º, g), confere à Assembleia da República competência para conceder amnistias e perdões genéricos e confere ao Presidente da República competência para indultar (artigo 137º, f). “*Temos, por isso, segundo o nosso direito positivo, três figuras que importa distinguir...*” - FIGUEIREDO DIAS, obra citada, pág. 688. O autor - que aqui seguimos – refere também a “*ideia tradicional de que a amnistia é uma providência que “apaga” o crime*” (*ibidem*), dizendo que esta concepção, tendo a apoiá-la uma longa tradição, “*não é todavia a mais rigorosa, nem, em último termo, aceitável...*” (*ibidem*, pág. 689). Não deixa, contudo, o ilustre Professor de frisar o seguinte: “*Sem prejuízo de ter de reconhecer-se que atrás da distinção entre ele [perdão genérico] e a amnistia está ainda a concepção tradicional da distinção entre medidas de graça relativas ao facto ou ao agente por uma parte, e relativas à consequência jurídica por outra ...*” Além disso, o facto de o artigo 128º, nº 2 do Código Penal referir que a amnistia extingue, além do mais, o

Contudo, como se verá, o nosso discurso, genericamente, poderá ser válido para as três referidas figuras, reunidas sob um conceito abrangente de clemência (ou, numa terminologia de maior rigor técnico-jurídico, de direito de graça¹¹).

Neste nosso trabalho, começaremos por alinhar alguns (breves e não exaustivos) apontamentos históricos e teóricos sobre a figura da amnistia (sobre as mais abrangentes figuras da clemência, da dispensa ou do direito de graça, na maior parte dos casos), para encontrarmos as linhas explicativa e de legitimação (sobretudo) dominantes que têm sido

•

procedimento criminal, dizendo-se (nos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo) unicamente que o perdão genérico e o indulto extinguem a pena deve fazer-nos pensar acerca da concepção que está subjacente à lei portuguesa actual. Por tudo isto, e embora estejamos com FIGUEIREDO DIAS sobre este ponto da distinção entre as três figuras, fizémos referência, no texto, à concepção tradicional – de mais a mais, quando, adiante, nos referiremos, algumas vezes, a essa concepção tradicional e à radicalidade da figura da amnistia que daí resultava. Diga-se ainda, voltando à referida concepção tradicional sobre as figuras em causa, que LEVY MARIA JORDÃO, por exemplo, no seu *Commentario ao Código Penal Português*, Vol. I, pág. 255, dizia que a definição dada pelo Código Penal de 1852 acerca da amnistia (artigo 120.º) e do perdão (artigo 121.º) permitia ver que o perdão faz cessar para o futuro os efeitos da condenação, enquanto que a amnistia se retrotrai, além disso, até ao tempo do crime, fazendo-o desaparecer legalmente. Como ensina JOSÉ DE SOUSA E BRITO (“*Sobre a Amnistia*”, *maxime* págs. 15 e ss.), entre nós, já as Ordenações Filipinas falavam de “perdão” em sentido amplo, englobando os “perdões gerais” (ou de classes de crimes) e as “cartas de perdão”, relativas a pessoas individuais. Certo é também que, na segunda metade do século XVIII, “amnistia” é já usada nas leis e na doutrina com o significado ora de “perdão geral ou particular”, ora, mais limitadamente, de “perdão geral”. A Carta Constitucional (de 1826) é o primeiro texto constitucional português a falar de amnistia, concedida pelo poder moderador exercido pelo rei, já com um sentido que abrange apenas o “perdão geral”. A distinção entre amnistia e perdão é mantida no Código Penal de 1852, que, pela primeira vez, no nossa história jurídica, contém uma definição legal de amnistia, no seu artigo 120.º: “*O acto real da amnistia é aquele que, por determinação genérica, manda que fiquem em esquecimento os factos que enuncia antes praticados, e acerca deles proíbe a aplicação das leis penais.*” Mais desenvolvidamente, sobre a evolução dos conceitos dos institutos em apreço, entre nós, veja-se JOSÉ DE SOUSA E BRITO, obra e págs. citadas. Veja-se também, de BELEZA DOS SANTOS, “*Delinquentes Habituais, Vadios e Equiparados no Direito Português*”, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, particularmente os n.ºs 2633 (págs. 320-323), 2634 (págs. 337-339) e 2635 (págs. 352-355), e o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 29.1.69 (Diário do Governo, I Série, 27.2.69). Certo parece ser que o nosso actual “*legislador quis evitar tomar posição na controvérsia sobre a natureza jurídica da amnistia e, portanto, também sobre a distinção entre amnistia, amnistia imprópria e perdão geral*” (SOUSA E BRITO, obra citada, pág. 20). Refira-se, para terminar, que, fazendo eco da referida concepção tradicional acerca do conceito de amnistia e da sua distinção relativamente às figuras próximas, temos, por exemplo, EDUARDO CORREIA, que, em *Direito Criminal*, II, a págs. 182 (nota 1), afirma que “*a amnistia como que faz desaparecer a infracção do mundo do direito*”. CAVALEIRO DE FERREIRA aproxima-se também da referida concepção tradicional, afirmando, a págs. 504 de *Direito Penal Português – Parte Geral*, II, que “*a amnistia pode consistir na abolição do crime*”; e o autor, na obra citada (pág. 505), refere que há que distinguir a amnistia como *abolitio criminis*, amnistia dos crimes, de uma amnistia imprópria, que incide só sobre a punição; a obra citada do autor (págs. 504 e ss.) pode ver-se também para uma panorâmica das figuras em causa no Direito português. Refira-se ainda que GERMANO MARQUES DA SILVA, em “*Amnistia*”, parece afinar pelo mesmo diapasão, afirmando (pág. 284) que a amnistia “*lança um véu sobre o passado*” e que “*apaga o crime*”.

utilizadas relativamente a esta questão. Depois, ensaiaremos o nosso discurso, procurando responder às perguntas que atrás formulámos. Por fim, quase em jeito de excursão, teceremos algumas breves considerações sobre os fins das penas e sobre a sua relação com os fins que assinalaremos à amnistia (genericamente, repetimos, à clemência).

Mas, antes de começarmos, impõe-se uma justificação no que concerne à apresentação deste trabalho como relatório do seminário de Criminologia. Diga-se, antes de mais, que a apresentação deste trabalho nesta sede pressupõe a superação, no campo da Criminologia, do paradigma etiológico, mas também, do mesmo passo e de uma certa forma, do “paradigma sociológico”¹². Pressupõe a ideia de que a Criminologia, para além da procura da etiologia e da “sociologia”¹³ do crime (digamos assim, um pouco grosseiramente), tem também uma função relativamente à reflexão, à crítica e à tentativa de explicação do Direito e da ideologia penais - do sistema penal, afinal -, um pouco para lá da questão das instâncias formais de controlo, dos mecanismos de selecção e dos discursos próximos dessas questões que têm praticamente dominado a Criminologia, nas últimas décadas; em um campo, afinal, já próximo da Teoria e da Filosofia do Direito¹⁴. E é neste campo que situamos o nosso trabalho e o justificamos como trabalho com cabimento neste

¹¹ Assim lhe chama FIGUEIREDO DIAS, na obra citada.

¹² Sobre o paradigma etiológico-explicativo, *vd.* FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena, maxime* págs. 151 e ss.. Sobre o que chamámos “paradigma sociológico” (ou seja, aquele paradigma que emergiu quando “do estudo das pessoas condenadas pela prática de crimes, [se passou] ao estudo dos mecanismos que levam a essas condenações” – TERESA PIZARRO BELEZA, “A Moderna Criminologia e a Aplicação do Direito Penal”, pág. 42), *vd.* também a citada obra de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *maxime* págs. 243 e ss. e 363 e ss. (as primeiras ainda a meio caminho entre o paradigma etiológico-explicativo e o “paradigma sociológico”, centradas na questão da potencialidade criminógena da sociedade). *Vd.*, igualmente para uma perspectiva geral acerca desta questão, a citada obra de TERESA PIZARRO BELEZA, “A Moderna Criminologia ...”.

¹³ Utilizamos aqui o termo “sociologia” englobando quer a ideia que põe o acento tónico na potencialidade criminógena da sociedade, quer a ideia que acentua as questões das instâncias formais de controlo e dos mecanismos de selecção. *Vd.* a nota anterior.

¹⁴ Não podemos deixar de citar aqui BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, em *Um Discurso Sobre as Ciências* (pág. 46): “O direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida.” Ou TERESA PIZARRO BELEZA, que, no citado “A Moderna Criminologia ...”, a págs. 58, chama a atenção para a necessidade de “*problematização da ideologia penal por parte da Criminologia*”. De “a essência do direito criminal como problema filosófico”, fala-nos SOUSA E BRITO, em “Para Fundamentação do Direito Criminal”, págs. 139 e ss..

seminário¹⁵. Tanto mais que o tema deste seminário é “A Criminologia Contemporânea como Crítica da Dogmática e da Lei Penais”.

II. Dissémos acima que o nosso trabalho é sobre a amnistia no sistema penal. Não em um sistema penal histórica, geográfica e ideologicamente (*stricto sensu*) situado, mas no sistema penal em geral, temporal, geográfica e ideologicamente (*stricto sensu*) transversal, digamos assim, pelo menos no que respeita ao chamado “mundo ocidental” (aquele que julgamos melhor conhecer); ou seja, o nosso discurso procurará ocupar-se do sistema, não de um sistema (conquanto tenhamos presentes os perigos – científicos e ideológicos – das generalizações).

Na verdade, não pode deixar de impressionar, em uma abordagem histórica sumária, que, em vários tempos e lugares, sob diferentes concepções políticas, filosóficas e jurídicas, a amnistia (a clemência, melhor dizendo e de modo mais abrangente¹⁶), seja uma figura que sempre se encontra. Uma figura que sobrevive às vicissitudes do devir histórico¹⁷.

Por outro lado, não pode deixar de impressionar a aura de paradoxo que, amiúde, acompanha a figura da amnistia (e da clemência, de um modo geral), quer se ponha a ênfase na sua história ou na história da(s) teoria(s) sobre ela, no seu enquadramento jurídico ou na sua compatibilidade com os fins das penas ou com princípios constitucionais¹⁸, no seu enquadramento político ou nas suas consequências sociais. A verdade é que à figura da amnistia (mais até do que à figura do perdão genérico ou do indulto, embora estes não saiam totalmente ilesos, ainda que o indulto seja menos questionado, dado o seu casuísmo, que o torna mais compreensível) tende a aparecer

¹⁵ O pensamento de um problema como ponto de partida para o pensamento do sistema. Ou, usando a frase de SAVIGNY, “*é agora como se este “caso” se tornasse no ponto de partida de toda a ciência, que a partir dele deveria ser alcançada*” (citada em FIGUEIREDO DIAS, “*Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*”, pág. 11).

¹⁶ Adiante melhor veremos porquê.

¹⁷ A título de exemplo, veja-se a nota 10. E veja-se o que a seguir se dirá sobre a história das teorias acerca da figura ou, mais desenvolvidamente, SOUSA E BRITO, citado “*Sobre a Amnistia*”, págs. 21 e ss..

¹⁸ Sobre a questão do enquadramento jurídico-constitucional do direito de graça (para usar o termo do autor), veja-se FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Penal Português...*, págs. 693-696. Também JOSÉ DE

associada, em vários tempos e lugares, uma voz que pergunta pela sua legitimidade e um sussurro (mais ou menos audível, conforme as ocasiões e, às vezes, as conveniências do tempo e do lugar) que aponta para o seu carácter paradoxal e até, por vezes, aberrante.

Veremos que, por isso, a maior parte dos discursos que, historicamente, surgem sobre esta figura (quer especificamente sobre ela, quer genericamente sobre a clemência), mais do que explicá-la, procuram legitimá-la, ou seja, procuram elencar as situações em que a mesma pode ser legitimamente utilizada.

E nesses discursos - dizemos já, antecipando as conclusões -, podemos encontrar duas ideias dominantes, duas ideias de legitimação da amnistia (da clemência, genericamente, o mais das vezes).

Por um lado, a clemência justifica-se - conjunturalmente, digamos assim - em função de determinados fins particulares; fins localizados e circunstanciais que, num dado momento, num dado lugar, e atentas certas circunstâncias, justificam a clemência. Temos a clemência, por exemplo, para festejar uma nova autoridade, um novo governante¹⁹, para resolver um problema jurídico, um problema político²⁰ ou jurídico-político²¹, para festejar um acontecimento (uma vitória militar, uma visita de uma figura ilustre²², um evento singular, e por adiante), para resolver problemas de sobrelotação das prisões (finalidade comumente

●

SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, *maxime* págs. 30 e ss., sobre o problema constitucional suscitado pela amnistia, de um modo geral - problema que não é o objecto do nosso discurso.

¹⁹ Atente-se, por exemplo, na nossa Lei n.º 16/86, de 11 de Junho, que pretendeu assinalar o início do mandato do Presidente da República.

²⁰ Pense-se, por exemplo, na nossa Lei n.º 74/79, de 23 de Novembro, que amnistiou nomeadamente infracções relativas aos acontecimentos de 11 de Março e 25 de Novembro de 1975 (incluindo as sujeitas ao foro militar - *vd.* a nota 127). Antecipando já um pouco o nosso discurso, dizemos que vemos nesta amnistia, para lá da resolução do problema político, a amnistia de um poder que sai vitorioso (e necessitado de afirmação) do PREC de 1975. Um poder também empenhado na pacificação - no ordenamento - social.

²¹ Pense-se, por exemplo, no recente caso da amnistia relativo às F.P. 25 de Abril, relativamente à qual foram dadas, todos estamos lembrados, simultaneamente, justificações de carácter político (sócio-político, melhor dizendo) e de carácter jurídico, chegando a falar-se de “imbróglio jurídico” a propósito de alguns processos. A Lei n.º 9/96, de 23 de Março, veio a amnistiar as infracções de motivação política cometidas entre 27 de Julho de 1976 e 21 de Junho de 1991. Refira-se, por fim, que normas daquela Lei foram sujeitas a fiscalização de constitucionalidade, e o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da sua constitucionalidade (Acórdão ainda não publicado).

inconfessada); temos ainda a clemência decretada relativamente aos vencidos na guerra, relativamente a grupos de pessoas cujos feitos passados a justificam; temos também a clemência decretada na esperança de que a mesma contribua para a regeneração dos agraciados²³; etc. Ou seja, todo um conjunto de finalidades particulares, circunstanciais, conjunturais²⁴, como explicação e, sobretudo, como justificação da clemência e, dentro dela, como figura específica, da amnistia (e a mais radical de todas as figuras da clemência, sobretudo se atentarmos na generalidade e na discricionariedade a ela associadas e ainda na tese tradicional acerca dela²⁵).

Uma segunda linha dominante - historicamente dominante - no que respeita à explicação e, sobretudo, à justificação, à legitimação da clemência, diz-nos que a clemência tem como finalidade corrigir injustiças decorrentes da aplicação da lei, ou seja, a clemência, manifestação do poder de graça do soberano, visa acautelar casos em que, por vários motivos, a aplicação da lei redundaria em injustiça, não se justificando, afinal, a sua aplicação²⁶.

A este respeito, o pensamento de SÉNECA²⁷ é paradigmático²⁸. SÉNECA é o primeiro grande pensador sobre a clemência²⁹, à qual dedica o seu tratado moral, político e jurídico

•

²² Por exemplo, entre nós, a Lei n.º 17/82, de 2 de Julho, que amnistiou várias infracções e concedeu o perdão a várias penas por ocasião da visita a Portugal do Papa.

²³ Ouça-se, por exemplo, o que nos diz FIGUEIREDO DIAS sobre o pensamento de JESCHECK (*Direito Penal Português...* citado, pág. 686): “Muito mais longe que o texto vai Jescheck, ao pretender perspectivar todo o direito de graça (nomeadamente a “graça individual” ou indulto) a partir do contributo que ele pode oferecer à “reabilitação do condenado”, falando a propósito das “finalidades político-criminais da graça”.”

²⁴ FIGUEIREDO DIAS (obra citada na nota anterior, págs. 686-687) considera parte destas finalidades de “legitimidade pelo menos duvidosa”. Como é tradicional, o autor põe a questão do direito de graça também em uma perspectiva de legitimidade, de bem fundado do seu exercício. Vejam-se, sobretudo, as págs. 685-687 e 693-694.

²⁵ *Vd. supra*, I, *maxime* a nota 10.

²⁶ Particularmente expressiva a este respeito é a seguinte frase-síntese de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal Português...* citado, pág. 685, referindo-se a RADBRUCH e a JEHRING): “Ao direito de graça cabe a tarefa político-criminal de constituir como que uma “válvula de segurança” do sistema...”

²⁷ SÉNECA viveu entre os anos 4 e 65 d.c., sendo a sua obra *De Clementia*, portanto, já uma obra do período imperial – significativamente dedicada a Nero -, embora não trate apenas da *clementia Caesaris*.

²⁸ Sobre o ponto, veja-se JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Sobre a Amnistia”, págs. 23-24.

²⁹ Acerca do pensamento sobre a clemência antes de SÉNECA, *vd.* JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Sobre a Amnistia”, págs. 21-23. Outros autores romanos se ocuparam da clemência. CÍCERO, por exemplo, em *Dos Deveres (De Officiis)*, exaltando a *clementia*, à qual se liga a *fides* (“lealdade”). Sobre este ponto, veja-se MARIA

De Clementia. Para SÉNECA, a clemência é uma virtude, cuja virtude complementar é o rigor (*severitas*), sendo certo que uma e outra se não confundem com os vícios que lhes são correlativos, ou seja, respectivamente, a misericórdia e a crueldade³⁰. Significa isto que quer a clemência, quer o rigor se fundam na razão, justificando a primeira, racionalmente, que se isente da pena, e a segunda, ao invés e também racionalmente, que se aplique a pena. Onde a pena é necessária (por motivos, sobretudo, de prevenção, no pensamento de SÉNECA), não deve intervir a clemência, sob pena de ilegitimidade. Onde, ao contrário, se revela não ser necessária a aplicação da pena, deve intervir a clemência³¹.

Por aqui se pode ver - ainda que a descrição do pensamento de SÉNECA sobre esta matéria tenha sido muito esquemática e superficial - como a clemência é vista, logo em SÉNECA, como um acto de controlo de justeza da aplicação a lei penal, sendo isso que a torna legítima; ao contrário, se ela derivar do arbítrio ou da discricionariedade do soberano, será marcada pelo ferro da irracionalidade e, portanto, da ilegitimidade.

HELENA DA ROCHA PEREIRA, *Estudos de História da Cultura Clássica*, II Volume / Cultura Romana, págs. 159 e ss.. Sobre a *fides* na cultura romana, *vd.* a mesma autora, *ibidem*, págs. 322 e ss.. À *clementia* na cultura romana dedica a autora as págs. 360 a 365 da obra citada. As referidas páginas dedicadas à *clementia* na cultura romana –e, bem assim, as dedicadas à *fides* – surgem na IIª parte da obra citada, com o título “*Ideias Morais e Políticas dos Romanos*”, onde se acentua, a abrir, que “*as ideias morais e políticas dos Romanos – algumas herdadas dos Gregos, muitas especificamente suas – formam a parte mais significativa do seu legado cultural, a ponto de se poder dizer que o mundo moderno, consciente ou inconscientemente, define os seus próprios padrões de comportamento pela adesão ou rejeição daqueles valores ...*”. Na sua obra, a autora, além das duas já citadas, elenca e trata as ideias de *pietas, gloria, honor, dignitas, gravitas, mos maiorum, auctoritas, concordia, libertas, res publica, otium cum dignitate, labor, virtus, sapientia* e *humanitas*. A propósito da *clementia*, e além de SÉNECA e CÍCERO, a autora refere, entre outros, CATÃO-O-ANTIGO. Veja-se ainda a bibliografia citada pela autora, *ibidem*, a págs. 425, sobre a *clementia* na cultura romana.

³⁰ Em MARIA HELENA DA ROCHA PEREIRA, obra citada, pág. 364, pode ler-se, citando a obra de SÉNECA: “*Dizem alguns, prossegue, que é seu contrário a severitas, mas, na verdade, é a crudelitas que se lhe opõe... Deve, não obstante, distinguir-se da misericórdia que é uma doença da alma...*”

³¹ Não pode deixar de ver-se aqui um prenúncio do princípio, mais tarde plenamente elaborado, da necessidade da pena, princípio sintetizado por FRANZ VON LISZT, no seu “*Programa de Marburgo*”, com a máxima “*só a pena necessária é justa*” (citado em JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*A Lei Penal na Constituição*”, pág. 28).

E esta ideia mantém-se, posteriormente, sendo de referir as doutrinas dos canonistas sobre esta matéria, as doutrinas da *absolutio*, da *indulgentia* e da *dispensatio*³², as quais se podem reconduzir, genericamente, àquela mesma ideia³³.

Aqui chegados, cumpre fazer particular referência ao pensamento de S. TOMÁS DE AQUINO³⁴, que, ao contrário de SÉNECA, coloca a questão da clemência já no plano jurídico, no plano das leis, subtraindo-a a considerações morais e políticas (como SÉNECA fizera³⁵); aliás, os canonistas, diga-se, haviam já trazido a reflexão acerca da clemência, da graça, para o plano jurídico, da teoria geral do Direito. E S. TOMÁS DE AQUINO começa por perguntar se os governantes podem dispensar das leis humanas, respondendo afirmativamente para os casos em que não se afigura conveniente aplicar essas leis, por serem, *in casu*, desnecessárias, perniciosas ou contraproducentes. Mais concretamente, na parte da *Summa Theologica* que dedica à Lei (“*De Legibus...*”), S. TOMÁS, no capítulo VIII (significativamente intitulado “*Sobre a Mutação da Lei*”), pergunta: “*Se os governantes de uma comunidade podem dispensar as leis humanas*”³⁶ E responde: “... *quem tem a seu cargo o dirigir a comunidade tem poder para dispensar a lei humana que está a seu cargo, em todos aqueles casos em que lei seria prejudicial segundo as pessoas e os casos, de modo que seria lícito que não se observasse algum preceito*

³² Sobre o ponto, veja-se JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, pág. 25.

³³ Também AFONSO X, o Sábio, no século XIII, sentenciava: “*Desatadas e desfeitas não devem ser as leis por nenhuma maneira, salvo se elas fossem tais em si que desatassem ou desfizessem o bem que devem fazer.*” – Partidas de AFONSO X, o Sábio, em SOARES MARTÍNEZ, *Textos de Filosofia do Direito*, Vol. II, pág. 24.

³⁴ As ideias de S. TOMÁS DE AQUINO acham-se dispersas pela sua vasta obra, podendo encontrar-se a maior parte das suas ideias relativas ao Direito e ao Estado na *Summa Theologica*, nos *Comentários* a Aristóteles e no *De regimine principum*, sobretudo na primeira das citadas obras (*maxime* na sua parte “*De Legibus...*”). Sobre S. TOMÁS DE AQUINO, pode ver-se L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. 1º, págs. 75-89. Veja-se também NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia*, Vol. IV, págs. 20-52.

³⁵ Não se esqueça que *Da Clemência*, de SÉNECA, à boa maneira dos Estóicos, é um tratado moral, político e jurídico, não se fazendo grande distinção entre aqueles três planos, dominados por princípios comuns. Sobre os Estóicos, pode ver-se L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. 1º, págs. 37-41. Sobre o Estoicismo na cultura romana, embora centrado nas figuras de PANÉCIO e POSIDÓNIO, da época republicana, pode também ver-se MARIA HELENA DA ROCHA PEREIRA, *Estudos de História da Cultura Clássica*, II Volume / Cultura Romana, págs. 96-101.

³⁶ *Vd. Tratado da Lei*, pág. 93.

da lei.³⁷ O que está, aliás, em coerência com o que havia dito sobre o ordenamento da lei ao bem comum³⁸.

Trata-se, pois, uma vez mais, de averiguar se se justifica ou não a aplicação das leis, em determinados casos, sendo certo que a clemência deve intervir, deve legitimamente intervir, nos casos em que tal aplicação das leis não se justifica, por ser, numa palavra (e em sentido amplo) injusta. Injusta porque contrária, em última análise, à lei natural³⁹.

Aliás, importa aqui referir o pensamento de S. TOMÁS DE AQUINO acerca da relação entre o Direito positivo e o Direito Natural, para melhor compreendermos, neste quadro mais vasto, o seu pensamento sobre a clemência. Ouçamos as palavras de L. CABRAL DE MONCADA⁴⁰: “... na própria lei jurídica ... há ainda duas partes a distinguir. Uma é a constituída por aqueles ingredientes ou momentos que não podem deixar de lbe ser comunicados pelos conteúdos fixos e absolutos da lei moral e da lei natural, e chama-se a essa parte imutável o Direito Natural; outra, a constituída pelos imperativos e deveres fixados pelo Estado, já para a conclusão e determinação em concreto daqueles ingredientes normativos, na sua aplicação às situações concretas e particulares da vida, já enfim para a regulamentação de outras relações entre os homens para as quais o Direito Natural nada preceitua, e chama-se a essa parte variável o Direito positivo”. E cabe ainda referir, para melhor fecharmos este capítulo, o papel do Estado, no pensamento aquiniano, ouvindo, uma vez mais, as autorizadas e claras palavras de L. CABRAL DE MONCADA⁴¹: “Ao lado do Direito, está, porém, o Estado. Se o primeiro está, enquanto lei natural, como acabamos de ver, metafísica e ontologicamente fundado numa concepção teocêntrica do mundo, o segundo não o está menos “. E acrescenta⁴²: “... o carácter ético do Estado torna-se indiscutível. Simplesmente, este carácter ético do Estado e o respeito que lbe é devido cessam, segundo S. TOMÁS, no caso das leis injustas e no da tirania.

³⁷ *Vd. Tratado da Lei*, pág. 94.

³⁸ *Vd. Tratado da Lei*, Capítulo I, págs. 7-9.

³⁹ Referindo-se à concepção tradicional acerca da graça – particularmente, no que respeita à figura da *dispensatio* - (e remetendo, em nota, para S. TOMÁS), ANTÓNIO HESPANHA, em “*Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução*” (pág. 389), escreve: “Porém, [a graça] não destrói a justiça – como não destrói a natureza – antes a aperfeiçoa”.

⁴⁰ Obra citada, pág. 81

⁴¹ Obra citada pág. 82.

⁴² *Ibidem*, pág. 85.

Assim como às primeiras deve recusar-se obediência, se forem contrárias às leis divinas, também a resistência⁴³ contra o tirano será legítima ...”⁴⁴

Em suma, a dispensa (a dispensa legítima) da lei não é, pois, nunca, em S. TOMÁS, como, aliás, em SÉNECA, um acto de vontade ou de arbítrio de quem governa (caso em que, segundo S. TOMÁS, há infidelidade ou imprudência); trata-se, sempre e só, de um acto de racionalidade, de controlo de justeza da aplicação da lei para certa pessoa ou certo caso ou grupo de casos. A dispensa (a dispensa legítima) não deve, pois, ter lugar em prejuízo do bem comum.

E esta linha de explicação e legitimação da clemência, que temos vindo a referir sobretudo reportada ao pensamento de SÉNECA e de S. TOMÁS DE AQUINO⁴⁵, pode também encontrar-se, no quadro da continuidade que a caracteriza - e que, a abrir, referimos - no pensamento dos neo-escolásticos. Contudo, nos neo-escolásticos, a propósito destas matérias, podemos já encontrar alguma evolução, não tanto quanto ao fundo da questão, mas mais quanto à sistematização e aos conceitos. Com efeito, até então, a propósito da questão da dispensa da pena (e, de um modo geral, da dispensa dos efeitos da lei penal), eram tratadas questões propriamente de dispensa, mas também questões que hoje integramos no terreno da interpretação da lei; não se fazia, até então, distinção entre uma coisa e outra, tudo se tratando do mesmo modo, chegando-se sempre à referida ideia de controlo de justeza da aplicação da lei (uma ideia de equidade, de uma certa forma, se quisermos). Ora, são os neo-escolásticos⁴⁶ que frisam a necessidade de distinguir entre o

⁴³ *Vd.* a nota 103.

⁴⁴ Optámos por fazer uma transcrição longa, apesar de desusada e desaconselhável, em virtude da especial autoridade e clareza das palavras do autor quanto ao pensamento de S. TOMÁS, que temos vindo a procurar descrever, no que respeita ao nosso tema.

⁴⁵ Ainda sobre S. TOMÁS DE AQUINO, particularmente sobre o seu pensamento relativo à clemência, veja-se JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, págs. 25-27.

⁴⁶ Diz-nos L. CABRAL DE MONCADA, obra citada, pág. 128: “... o barroco foi uma época de discussão com a Idade-Média, através de um restauro da Escolástica ...”. Note-se que o período barroco, dos séculos XVI e XVII, é marcado por duas grandes escolas: a Neo-escolástica, que predominou em Espanha e Portugal, sendo marcada, sobre todos, pelo nome de FRANCISCO SUAREZ; a Escola do Direito Natural, que, nas suas diferentes modalidades, predominou na Holanda, na Inglaterra e na Alemanha, sendo marcada, sobre todos, por HUGO GRÓCIO, THOMAS HOBBS e PUFENDORF. Sobre este ponto, com incidência nos autores citados, pode ver-se a obra citada de L. CABRAL DE MONCADA, págs. 128-196. Veja-se também

campo da interpretação da lei, da interpretação por equidade (aquilo a que hoje chamaríamos interpretação restritiva, extensiva, correctiva e enunciativa⁴⁷), em que há um afastamento da letra da lei (e, portanto, da aplicação desta segundo a sua letra) por causas a que os autores da Escola do Direito Natural chamarão “internas” (causas da própria lei), e o campo da dispensa da aplicação da lei, por causas a que os autores da Escola do Direito Natural chamarão “externas”, que acabam por poder reconduzir-se à já apontada ideia de dispensar da lei quando a aplicação desta não se mostre justa, por desnecessária (ou ainda perniciososa, contraproducente, etc.).

Para FRANCISCO SUAREZ⁴⁸, como para S. TOMÁS, a lei natural, nas suas determinações racionais supremas era eterna e imutável, como a essência de Deus. Porém - e é aqui que se pode ver, em SUAREZ, por relação a S. TOMÁS, um alargamento no campo da dispensa, praticamente limitada em S. TOMÁS (um grandioso intelectualista, mas menos aberto à compreensão do lado concreto da vida) à relação entre o Direito positivo e o Direito Natural -, para SUAREZ, na aplicação da lei natural aos factos e realidades, *“há sempre que contar com a matéria ou “causa material da lei”, que são os homens a quem ela se destina, na múltipla variedade das suas situações históricas. Entre o preceito absoluto e imutável da lei natural, como participação da lei eterna na natureza humana racional, e a realidade concreta da vida, há toda uma escala de possibilidades de aplicação logicamente determináveis e que variam de situação para situação, de caso para caso”*⁴⁹. E é ao Estado que cabe a determinação dessas possibilidades, melhor, aos governantes, para quem os governados, que criam o Estado pelo *pactum unionis*, transferem o poder pelo *pactum subjectionis*. Os governantes (o príncipe, na terminologia e no pensamento de SUAREZ) está sempre sujeito ao direito, aos preceitos da lei natural e

•

SOARES MARTÍNEZ, sobre FRANCISCO SUAREZ, *Filosofia do Direito*, págs. 128 e ss., entre outras dispersas; sobre GRÓCIO, HOBBS e PUFENDORF, entre outros, particularmente no que respeita às suas concepções sobre o direito natural, obra citada, págs. 316 e ss., entre outras dispersas. Sobre o pensamento dos autores citados acerca da questão que nos ocupa neste trabalho, não pode, uma vez mais, deixar de citar-se JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *“Sobre a Amnistia”*, págs. 27-28.

⁴⁷ Sobre isto, genericamente, *vd.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, págs. 373 e ss., e J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, págs. 173 e ss..

⁴⁸ As duas obras mais relevantes de SUAREZ, no que toca ao seu pensamento jurídico e político, são o *Tractatus de Legibus*, publicado em Coimbra, em 1612, e a *Defensio fidei catholicae et apostolicae*, publicada no mesmo lugar, no ano seguinte.

eterna e ainda aos preceitos do *pactum subjectionis*, pelo que é lícito à comunidade resistir passivamente às leis injustas e resistir activamente à tirania⁵⁰. Lícita é também (e desejável) a dispensa pelo príncipe de leis, em certos casos, injustas, por contrárias, na sua aplicação, aos preceitos do direito natural ou às necessidades dos homens (sem que a dispensa, neste segundo caso, contrarie os preceitos do direito natural)⁵¹.

Como já se disse, relativamente à questão que nos ocupa, o pensamento da Escola do Direito Natural – até porque praticamente coeva da Neo-escolástica – é muito semelhante ao da Neo-escolástica; também se faz a distinção entre interpretação (por equidade) e dispensa; também se reconduz esta última à mesma doutrina da justa causa – que, como temos vindo a ver, remonta à Antiguidade, sendo, a par com os fins particulares da clemência, a grande linha explicativa e legitimadora (sobretudo, legitimadora) da figura da clemência⁵².

Chegados ao século XVIII, importa frisar que o mesmo é marcado por inúmeras críticas à clemência, mas, dentro desta, sobretudo à amnistia, porquanto se entendia, no contexto do iluminismo de então, que contrariava a prevenção geral (grande marca do pensamento de setecentos, no que respeita aos fins das penas, sobretudo através da pena de BECCARIA) e violava os princípios da igualdade e da divisão de poderes⁵³. Afirmam por este diapasão autores como o já citado BECCARIA⁵⁴, JEAN-JACQUES ROUSSEAU⁵⁵, KANT⁵⁶,

•

⁴⁹ L. CABRAL DE MONCADA, obra citada, pág. 137. Como na nota 44.

⁵⁰ *Vd.* a nota 103.

⁵¹ Além da bibliografia já citada, veja-se os excertos das obras de SUAREZ em SOARES MARTÍNEZ, *Textos de Filosofia do Direito*, Vol. I, págs. 86-88.

⁵² Refira-se, a título de exemplo, que THOMAS HOBBS, em *Elementos do Direito Natural e Político*, a págs. 127, refere-se de passagem à impossibilidade de os homens ab-rogarem a lei natural, sabendo-se que, para T. HOBBS (*ibidem*), “o cumprimento de todas estas leis é o bem segundo a razão e a sua violação o mal.” O que, conjugado com o seu pensamento sobre o *corpore* político, nos autoriza a concluir no sentido da aceitação pelo autor da teoria da justa causa quanto à clemência.

⁵³ Assim ensina JOSÉ DE SOUSA E BRITO, citado “*Sobre a Amnistia*”, págs. 28 e ss..

⁵⁴ Citado em JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, págs. 28 e 29, *maxime* nota 50. Em 1764, CESARE BECCARIA publica a obra a que VOLTAIRE chamará “Código da Humanidade”, *Dei Delitti e Delle Pene*, comumente considerado o representante emblemático da ruptura com o Antigo Regime relativamente ao Direito e ao processo penais, abrindo caminho para um procedimento criminal com estrutura acusatória e livre convicção do julgador (a respeito do processo de natureza inquisitória e do processo de natureza acusatória, com detalhe sobre a evolução histórica, veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, págs. 61 e ss.; sobre a questão, veja-se também, numa perspectiva histórica e

BENTHAM⁵⁷; entre nós, MELLO FREIRE, por exemplo. Contudo, ainda perpassa pelo pensamento de alguns dos mencionados autores (sobretudo, BECCARIA⁵⁸ e MELLO FREIRE⁵⁹) a marca da doutrina da justa causa, dizendo eles que, perante leis injustas, conquanto seja preferível corrigir as leis, se assim não acontecer, sempre a clemência poderá intervir, para afastar a aplicação de tais leis. Assim também pensava LOCKE⁶⁰, ainda que com as suas especificidades, pois deixava a clemência para o poder executivo (não já para o legislativo) e baseava-a num conceito institucional de lei.

•

sociológica, MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, sobre o processo inquisitório, págs. 35 e ss., e sobre a passagem do processo de natureza inquisitória para o processo de natureza acusatória, págs. 82 e ss.); obra que tem atrás de si e a seu lado inúmeros escritos de autores do século XVIII, que marcam uma revolução de mentalidades. Na referida obra, escreve BECCARIA, a propósito do tema que agora nos ocupa: “*À medida que as penas se tornam mais brandas, a clemência e o perdão tornam-se menos necessários. Feliz a nação em que seriam funestos! A clemência, aquela virtude que foi às vezes para os soberanos a forma de suprir o cumprimento de todos os deveres do trono, deveria ser excluída numa legislação perfeita, onde as penas fossem brandas e o método de julgar fosse regular e expedito. Esta verdade parecerá dura a quem vive na desordem de um sistema criminal onde o perdão e as graças são necessárias na proporção exacta do absurdo das leis e da atrocidade das condenações. ... Sejam portanto inexoráveis as leis, inexoráveis os executores delas nos casos concretos, mas seja branda, indulgente, humano, o legislador. Sábio arquitecto, faça surgir o seu edifício sobre a base do amor próprio de cada homem, e que o interesse geral seja o resultado dos interesses de cada um, e não será constrangido a separar em cada momento o bem público do bem dos particulares com leis parciais e com remédios tumultuosos, e a erguer um simulacro de bem-estar público sobre o medo e a desconfiança. Profundo e sensível filósofo, deixa que os homens, que os seus irmãos, gozem em paz aquela pequena porção de felicidade que o imenso sistema, estabelecido pela Razão primeira, lhes permite usufruir neste recanto do universo.*” – na *Revista do Ministério Público*, Ano 14º, Abril-Junho de 1993, págs. 195-196. E já antes escrevera, por exemplo, sobre a brandura das penas: “*A certeza de um castigo, ainda que moderado, fará sempre uma impressão maior do que o temor de um outro que, sendo mais terrível, esteja ligado à esperança de impunidade.*” – *ibidem*, pág. 192.

⁵⁵ ROUSSEAU, em *O Contrato Social*, apenas de passagem trata a questão da clemência. Afirma, no Capítulo V do Livro II, sob a epígrafe “*Do Direito de Vida e de Morte*” (pág. 42): “*Quanto ao direito de indultar ou de eximir da pena imposta por lei e declarada pela sentença judicial, só pode pertencer a quem esteja acima do tribunal e da lei: o mesmo é dizer, ao soberano. Ainda aqui, este direito não é bem claro e são raros os casos da sua aplicação.*” Fácil é, contudo, perceber que ROUSSEAU não se mostraria muito favorável ao emprego amudado da clemência (salvo para reparação de erros e para evitar maiores males, podemos presumir), pois entenderia, por certo, que o crime mereceria quase sempre punição, por contrário ao pacto social e à vontade geral que o alicerça; “*... para que o pacto social não seja um formulário vazio, contém tacitamente este compromisso, que por si só pode dar força aos outros: que quem quer que recuse obedecer à vontade geral a isso será coagido por todo o corpo...*”, afirma ROUSSEAU, a fechar o Capítulo VII do Livro I (pág. 27). Aliás, ROUSSEAU também afirma (*ibidem*, pág. 42): “*Os perdões frequentes são o prenúncio de que em breve os crimes não precisarão deles, e todos sabem aonde isso leva.*”

⁵⁶ Em *Metafísica dos Costumes*, 1ª parte, como ensina JOSÉ DE SOUSA E BRITO, citado “*Sobre a Amnistia*”, pág. 29 (nota 53).

⁵⁷ Em *Princípios do Código Penal*, como ensina JOSÉ DE SOUSA E BRITO, citado “*Sobre a Amnistia*”, pág. 29 (nota 54).

⁵⁸ Como na nota 54.

⁵⁹ Em *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, de 1794 – citado em JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, pág. 29 (nota 57).

⁶⁰ *Vd. Two Treatises of Government*, “*The Second Treatise ...*”, parágrafos 136 (págs 358-359) e 159 e ss., *maxime* parágrafos 159 e 160 (págs. 374-375).

Com o advento do Estado constitucional, a mencionada teoria da justa causa, que até então havia dominado (e hoje ainda se encontra, quase sem alternativa⁶¹), a par com um determinado conjunto de fins particulares e conjunturais, a explicação e a legitimação da amnistia (da clemência, mais genericamente), entra (definitivamente) em crise. Na verdade, mal se compreende, para os seus críticos, como pode a lei do Estado constitucional, fundado (e crente) na legalidade, na igualdade e na separação de poderes (e crente na sua racionalidade) ser geradora de casos que necessitem da intervenção da clemência. A clemência quase que entra, então, numa espécie de “limbo explicativo”, praticamente reduzido aos já citados fins particulares e conjunturais, e mais se acentuando a aura de estranheza e paradoxo que sempre a marcou, a despeito das mencionadas tentativas de a explicar e legitimar. E a isso se vem juntar a acentuação, no quadro do Estado constitucional, dos princípios da racionalidade e da igualdade, que mal quadram com a – entende-se – “irracionalidade” e “desigualdade” que subjazem à amnistia.

Aliás, é interessante verificar como, depois de historiar a(s) teoria(s) acerca da amnistia (da clemência, mais própria e genericamente), SOUSA E BRITO, no seu já repetidamente citado trabalho “*Sobre a Amnistia*”, se detém longamente⁶² sobre a questão da amnistia no Estado de Direito (e sobre a questão da conformidade da lei de amnistia com os princípios deste), o que mostra que é no quadro do Estado de Direito que aquela figura, com a teorização que tradicionalmente tem sido feita sobre ela, enfrenta mais dificuldades⁶³.

Não queremos, contudo, deixar de avançar que, a nosso ver, essas dificuldades assentam, pelo menos, em quatro equívocos: em primeiro lugar, o equívoco de que o Estado de Direito realiza o princípio da igualdade (vejam-se, por exemplo, as demolidoras análises de ALESSANDRO BARATTA sobre a questão⁶⁴); em segundo lugar, não podemos deixar de dizer que a pretensa “racionalidade” da punição *versus* a pretensa “irracionalidade” da

⁶¹ *Vd.* a nota 71 *infra*.

⁶² Págs. 28 e ss., *maxime* a partir da pág. 32.

⁶³ SOUSA E BRITO, contudo, intenta resolvê-las. *Vd. infra*, a nota 71.

⁶⁴ Em, por exemplo, “*Dogmática Penal e Criminologia...*” e “*Criminologia Crítica y Política Penal Alternativa*”. Na primeira daquelas obras (pág. 27), o autor afirma, aliás, que o Direito Penal é o Direito desigual por excelência.

clemência também é, a nosso ver, um equívoco, não só pelo que adiante diremos, já em sede do nosso discurso, mas também, desde logo, porque são ambos mecanismos de selecção⁶⁵; em terceiro lugar, como adiante se verá, a teoria da justa causa é uma teoria que (mais preocupada com a legitimação) permite uma explicação muito limitada da clemência⁶⁶, pelo que não se deve considerar a figura da clemência (e, nela, a amnistia) em crise no quadro do Estado de Direito, por estar em crise a teoria da justa causa; por último, a clemência não é um problema do Estado de Direito, ou, melhor, não é um problema só do Estado de Direito, a clemência é um problema⁶⁷ de qualquer forma de Estado (e de qualquer forma institucional de produção de poder⁶⁸), em qualquer tempo e lugar⁶⁹ – atrevemo-nos a dizer, com tanta generalidade.

Como já dissémos, impressiona que, para lá do devir histórico (nas suas várias vertentes, onde destacamos a política e a jurídica), permaneça a clemência. E permanece também para lá das críticas que lhe são feitas e da falência (ao menos, da crise) das teorias que a procuram legitimar e explicar. Não deixa também de impressionar – e sobretudo isto impressiona-nos e foi o impulso para a investigação e a reflexão que empreendemos e que vieram a culminar neste trabalho – o facto de a clemência (e, dentro dela, a amnistia, com a sua já referida radicalidade⁷⁰) ser utilizada, ontem como hoje, muito para além de casos de justa causa⁷¹, ou seja, muito para além de situações em que a aplicação da lei seria injusta

⁶⁵ Genericamente, sobre “reação formal ao crime e selecção”, veja-se FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*, págs. 365 e ss.. Citem-se também estas palavras de ANTÓNIO HESPANHA: “O crime em si não existe. Ele é produzido por uma prática social de discriminação e de marginalização, prática mutável e obedecendo a uma lógica social muito complexa.” – “Da “iustitia” à “disciplina”...”, pág. 335.

⁶⁶ A não ser que se adopte uma concepção ampla de justa causa, acolhendo a ideia de que a mesma existe, quando está em causa a melhor defesa da comunidade sócio-política, caso em que o nosso discurso – como se verá – poderia caber neste conceito amplo de justa causa. Esta ideia, aliás, aflora (sem nunca ser explicitada) no citado trabalho de SOUSA E BRITO “*Sobre a Amnistia*” (vejam-se as páginas 38 e 44, por exemplo) – trabalho onde encontrámos tanta e tão boa informação e tão significativo arrimo.

⁶⁷ Problema no sentido de ser um fenómeno que desperta inúmeras perplexidades e interrogações.

⁶⁸ *Vd. infra*, III, quando nos referimos a BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS sobre esta matéria.

⁶⁹ Lemos, neste particular, o passado e o futuro segundo uma mesma “*hermenêutica de suspeição*” (a expressão é de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, em *Pela Mão de Alice*, pág. 42, referindo-se ao marxismo).

⁷⁰ *Supra*, I. *Vd. também infra*, III.

⁷¹ E a justa causa continua a ser, para aqueles que, mesmo no quadro do Estado de Direito, encontram um lugar para a clemência, em particular para a amnistia, a forma de a legitimar; veja-se SOUSA E BRITO, a págs. 37 de “*Sobre a Amnistia*”, onde cita JEHRING (a graça como “auto-correcção da justiça”) e conclui

(em termos amplos)⁷². O que nos impressiona é a verificação de que a teoria da justa causa, se pode, porventura, explicar a generalidade dos casos de indulto e, porventura, alguns casos de perdão geral, explica mal (ou nem sequer explica) os casos de amnistia. Basta, por exemplo, atentar em algumas das nossas mais recentes leis de amnistia “gerais” (digamos assim, no sentido de que abrangem várias classes de factos e agentes), por exemplo, as Leis n.ºs. 3/81, de 13 de Março, 16/86, de 11 de Junho, 23/91, de 4 de Julho, e 15/94, de 11 de Maio. Não se alcança como pode a referida teoria da justa causa explicá-las, de que modo, nos casos nela contemplados (que, em bom rigor, não são “casos”, no sentido em que são classes de crimes e classes de circunstâncias, de tempo e de modo), redundaria a aplicação do preceito punitivo em injustiça. E porquê – logo ocorre perguntar, além do mais – apenas até uma certa data? O que nos impressiona, afinal, é que a teoria da justa causa, desenvolvida, genericamente, a propósito da figura mais abrangente da clemência, se pode explicar as figuras mais limitadas desta⁷³, não explica, por certo, a nosso ver, a amnistia, na generalidade dos casos. Vemos na amnistia, não um controlo da justeza na aplicação da lei penal, mas apenas, na maior parte dos casos (se não em todos, mesmo naqueles em que há, aparente ou realmente, aquele controlo de justeza), discricionariedade; vemos, afinal - para

•

que “as doutrinas da dispensa e da justa causa permitem articular correctamente a amnistia com as teorias da lei e do Estado de Direito”; na mesma página, SOUSA E BRITO cita vários cultores do direito público do século passado e deste que foram defensores das referidas doutrinas acerca da graça. Assim também, EDUARDO CORREIA e TAIPA DE CARVALHO, *Direito Criminal*, III, págs. 16-17. Sobre a questão da compatibilidade da graça com o Estado de Direito, *vd.* FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Penal Português...*, págs. 693 e ss., sustentando, por exemplo, que, no curso de um processo penal, apenas a amnistia pode intervir, o indulto só depois (depois do trânsito em julgado da sentença).

⁷² Significativo, a propósito da ideia que aqui vimos procurando sustentar, é também o facto de ANTÓNIO HESPANHA frisar (a págs. 315 de “*Da “iustitia” à “disciplina”...*”, a propósito do Antigo Regime em Portugal) que “a doutrina ... atestava uma prática do perdão mais permissiva do que o faziam supor as determinações legais e, mesmo, doutrinárias”. Determinações legais e doutrinárias essas que se podiam reconduzir, basicamente, à já repetidamente referida doutrina da justa causa. Na verdade, naquela obra (págs. 314 e ss.), ANTÓNIO HESPANHA aponta, além do mais, para o papel que a doutrina da justiça, a propósito da clemência, atribuída à equidade. E o autor refere também (pág. 324 da obra citada) que PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, em *Institutiones iuris criminalis lusitani*, de 1789, afirmava que a clemência servia para temperar as leis, quando demasiado severas. Mais tarde, por exemplo, na Carta Constitucional (de 1826), estabelecia-se, no artigo 74º, parágrafo 8º, que o rei exercia o Poder Moderador “*concedendo Amnistia em caso urgente, e quando assim o aconselhem a humanidade, e bem do Estado*”. Sobre os requisitos a que devia obedecer a concessão do perdão, veja-se DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de donationibus regis*, de 1673 (citado em ANTÓNIO HESPANHA, “*Da “iustitia” à “disciplina”...*”, pág. 315).

⁷³ E, ainda assim, não explica inteiramente, pois sempre faltará, dizemos, também a explicação que no nosso discurso procuraremos dar.

usar uma imagem do processo penal - uma manifestação de um princípio como que de oportunidade, sem quaisquer critérios de tempo, modo e objecto que não a vontade de quem a decreta.

Ora, assim sendo, ou nos contentamos com uma explicação da amnistia baseada nos seus já citados fins particulares e conjunturais⁷⁴; ou nos resignamos com a verificação de que a mesma é um paradoxo no sistema penal, algo de aberrante, que não faz parte desse sistema; ou, ao contrário, procuramos para ela uma outra explicação, um outro discurso. É isso que, de seguida, nos propomos fazer.

III. Em “*O Mito da Recuperação do Delinquente no Discurso Punitivo do Código Penal de 1982*”, TERESA PIZARRO BELEZA, referindo-se a certas medidas prisionais, afirma - invocando BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS - que tais medidas “*podem corresponder ... a novas estratégias de domínio*”⁷⁵. Ora, “estratégia de domínio” é precisamente a expressão (e a ideia) que vamos utilizar como expressão (e ideia) chave do nosso discurso sobre a amnistia no sistema penal.

Com efeito, começamos por dizer, antecipando as conclusões, que vemos na amnistia (e na clemência, de um modo geral) um mecanismo de manutenção e reforço do poder, poder que, de modo a manter a ordem que sustenta e que o sustenta, intenta uma estratégia de domínio relativamente aos indivíduos. O poder penal participa dessa mesma estratégia e, dentro dele, a amnistia (a clemência, de um modo geral), ao lado das penas, funciona como meio de afirmação desse poder e, *ipso facto*, como meio de realização dessa estratégia. O que

⁷⁴ É a explicação dada, por exemplo, por GERMANO MARQUES DA SILVA, em “Amnistia”. Assim também, por exemplo, SCHÄTZLER, que aponta como finalidades da amnistia (e, concomitantemente, sua explicação), entre outros, o reforço de laços de solidariedade social (amnistias magnânimas ou celebrativas), a reconciliação e a ordem sociais (casos de guerras ou de situações políticas complicadas) ou especiais razões de conveniência pública - citado em SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, págs. 43-44.

⁷⁵ Pág. 20.

queremos dizer é, em suma e em última análise, que vemos a amnistia (a clemência, de um modo geral), tal como as penas, (também) como um “*instrumento de disciplina social*”.⁷⁶

Começemos por tecer algumas considerações acerca dos fins das penas. É comum dizer-se, a propósito desta matéria⁷⁷, que as penas têm fins imediatos e mediatos. Quanto aos imediatos, temos a tradicional trindade constituída pela retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial - sendo certo que aqui não vamos debater esta questão⁷⁸, elegendo um (ou mais do que um) dos sobreditos fins⁷⁹, ou intentando uma explicação que os abarque a todos, à maneira, por exemplo, de CLAUS ROXIN⁸⁰.

Quanto aos fins mediatos das penas, reconhece-se que esses fins são, afinal, os fins do Estado (ou os fins de outras formas institucionais de produção de poder⁸¹), os quais, numa palavra, se podem reconduzir, a nosso ver, à manutenção de uma determinada ordem, ordem essa que sustenta esse Estado e que é por ele sustentada, ou mantida, se quisermos. E aqui, ao dizermos isto, não fazemos distinção entre as várias ordens possíveis - histórica ou imaginativamente possíveis -, para nós, a qualquer ordem se pode adequar este discurso, seja, numa perspectiva marxista⁸², uma ordem escravagista, uma ordem feudal ou uma ordem capitalista, seja, numa perspectiva ironicamente marxista, uma ordem socialista, seja a ordem do *welfare state*, a ordem do capitalismo avançado (como lhe chama ALESSANDRO BARATTA⁸³), seja uma ordem anarquista⁸⁴, pequeno-burguesa, teocrática,

⁷⁶ A expressão é de ANTÓNIO HESPANHA, em “*Da “iustitia” à “disciplina”...*”, pág. 294, usada a respeito das transformações operadas no discurso jurídico ao tempo do projecto de Código Penal de PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, ou seja, nos fins do século XVIII.

⁷⁷ Desta verdadeira e velha *vaexata quaestio*.

⁷⁸ Por não ser ela o objecto do nosso trabalho, mas também por ser uma questão que consideramos “impossível” e, porventura, um pouco “luxuosa”. Sobre os fins das penas, a traço grosso, *vd. infra*, IV.

⁷⁹ Note-se que o nosso discurso – como adiante melhor se verá – tem subjacente uma inclinação para a prevenção geral, *maxime* na sua vertente dita “negativa” – pelo que a afirmação do texto não é totalmente verdadeira.

⁸⁰ Em “*Sentido e Limites da Pena Estatal*”. *Vd. infra*, IV.

⁸¹ *Vd. infra*, em III, quando falarmos acerca da tese de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS sobre esta matéria.

⁸² Não podemos deixar de citar aqui, a propósito dos defeitos e virtudes do marxismo e da sua (re)leitura, o 2º capítulo do livro de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS *Pela Mão de Alice* (págs. 25-46), sugestivamente chamado “*Tudo o que é Sólido se Desfaz no Ar: o Marxismo Também?*”.

⁸³ Em “*Dogmática Penal e Criminologia*”, pág. 23.

tecnocrática ou tecnológica, seja a ordem “perfeita”⁸⁵ ficcionada por THOMAS MORE em *A Utopia*⁸⁶, ou a ordem totalitária ficcionada por GEORGE ORWELL em *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*⁸⁷, ou, por fim, até a ordem governada por filósofos teorizada e desejada por PLATÃO.

O que queremos dizer é que vemos sempre, a montante e a jusante do Estado (e das demais formas institucionais de produção de poder, a que já nos referimos), uma ordem (se quiséssemos, um pouco à maneira de alguns autores da “criminologia radical”, diríamos uma classe, ou melhor, uma ordem que é a ordem de uma classe⁸⁸), ordem que, para ser mantida, precisa de instrumentos, de mecanismos orientados para essa manutenção.

⁸⁴ Que não deixa de ser uma ordem, a nosso ver, e até um sistema (*vd. infra*, I, sobre o conceito de sistema), ao contrário do que pode parecer.

⁸⁵ “O que é mais raro e digno de interesse é uma sociedade sã e sabiamente organizada.” – *A Utopia*, pág. 28.

⁸⁶ Embora se possa duvidar se aí se cometeriam realmente crimes, pois tal sociedade não poderia ser “criminógena” (conquanto nos restasse sempre a vertente do “homem delinquente”).

⁸⁷ Obra que é, fundamentalmente, uma sátira, inspirada nos totalitarismos dos anos 30 e 40 deste século (e dos anos seguintes, se pensarmos na União Soviética e nos países de Leste, *maxime* sob Estaline) e na experiência do autor na guerra civil espanhola; obra onde se ficciona (?) a quintessência do totalitarismo, técnica e ideologicamente requintado, um totalitarismo que chega a intentar a transformação da linguagem, para transformar o pensamento, e onde, entre outros, temos o “pensarcrime”. “Fosse como fosse, a Polícia do Pensamento haveria de o apanhar. Tinha cometido – e teria cometido na mesma, ainda que nunca tivesse pegado na caneta – o crime essencial que continha em si todos os outros. Pensarcrime, assim lhe chamavam. O pensarcrime não era coisa que se pudesse esconder eternamente. Uma pessoa podia esquivar-se com êxito durante algum tempo, durante anos até, mas mais tarde ou mais cedo seria totalmente apanhada.” – pág. 24 da obra em causa.

⁸⁸ Veja-se os já referidos trabalhos de ALESSANDRO BARATTA, que, por exemplo, estabelece uma interessante relação entre a prisão e a fábrica, procurando demonstrar como a primeira prepara e mantém para a segunda (*vd. “Criminologia Crítica Y Política Penal Alternativa”*, nomeadamente págs. 88 e ss.). É semelhante, por exemplo, a análise de ENGELS, em *A Situação da Classe Trabalhadora em Inglaterra*. A págs. 126, escreve: “E se um desses homens “excedentários” tem suficiente coragem para entrar em conflito aberto com a sociedade, para responder à guerra camuflada da burguesia com uma guerra aberta, então vai e rouba, pílba, mata e queima!” E, a págs. 138 (quase enunciando uma ideia de legítima defesa – aliás, o materialismo dialéctico enuncia uma ideia de “legítima defesa social”): “Vou agora demonstrar que a sociedade inglesa comete todos os dias e a todas as horas aquilo a que os jornais dos trabalhadores chamam, com toda a razão, crime social ...” Mais adiante, a págs. 286, escreve: “... por conseguinte, os mais violentos actos de hostilidade cometidos pelos operários contra a burguesia e os seus lacaios mais não são do que a expressão clara e não mascarada daquilo que a burguesia inflige às escondidas e perfidamente aos operários.” E, em jeito de conclusão e exortação (de manifesto), escreve, a págs. 285: “Os operários devem assim tentar libertar-se desta condição embrutecedora, procurando conseguir uma existência melhor, mais humana, e só o podem fazer entrando em luta contra os interesses da burguesia enquanto tal, interesses esses que residem precisamente na exploração dos operários; mas a burguesia defende os seus interesses com todas as forças à sua disposição, graças à propriedade e ao poder do Estado, de que dispõe.” Por seu lado, DOUGLAS HAY, em “Property, Authority and the Criminal Law”, também procura evidenciar o papel do Direito Penal na manutenção de uma certa ordem social, dominada por uma oligarquia, das classes proprietárias, no século XVIII, em Inglaterra (ordem substituída, segundo ENGELS, no século XIX, pela ordem que descreve na obra que citámos). Escreve HAY, por exemplo, a

E mantém-se, fundamentalmente, através da ameaça, por um lado, e da crença, por outro. Ou seja, todos os mecanismos a que o poder recorre para manter a sua ordem visam, de alguma forma, um daqueles dois efeitos - a ameaça e a crença⁸⁹. Sendo o Direito um dos sobreditos mecanismos do poder para a manutenção da sua ordem, não podia deixar de

págs. 17 da obra citada: “*But outside Parliament were the labouring poor, and twice a year, in most countries in England, the scarlet-robed judge of assize put the black cap of death on top of his full-bottomed wig to expound the law of the propertied, and to execute their will.*” E, continuando a citar, para ilustrar a nossa afirmação feita no texto, pode chamar-se à colação THOMAS MORE, que, em *A Utopia*, escreve (pág. 33): “*Aplicais aos ladrões terríveis tormentos; pois não seria melhor assegurar a existência a todos os membros da sociedade, a fim de que ninguém se encontrasse na necessidade imperiosa de roubar primeiro e morrer depois?*” E, mais radical, CÉLINE afirma (em *Viagem ao Fim da Noite*, Lisboa, Frenesi, 1997, tradução de Aníbal Fernandes, pág. 214): “*Quase todos os desejos do pobre são punidos com prisão.*” É também interessante, ainda a este respeito, estabelecer um paralelismo entre a situação descrita por ENGELS, na obra citada nesta nota, e a situação dos proles, no citado *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*, de GEORGE ORWELL (o que, aliás, mais acentua o carácter satírico desta última obra). Por fim, diga-se que, de uma certa forma, também se poderia aqui fazer referência ao *labelling approach*, que acentua a importância, por exemplo, da estratificação social e dos conflitos de interesses. Uma outra forma de ver a questão, não já em uma perspectiva de luta de classes ou de estratificação social (ao menos, directamente), mas em um quadro de colonialismo, é a de JEAN GENET, expressa nesta frase: “*Porque o crime era a consumação, o fim último de uma revolta que já consumia o argelino há muito tempo. A revolta é que era bela, mas não o crime em si mesmo.*” – em entrevista a Hubert Fichte, em Dezembro de 1975, publicada no *Die Zeit* de 13.2.76, entre nós, publicada em *O Sorriso do Anjo* (a frase citada encontra-se a págs. 51).

⁸⁹ Afinal, todas as relações de poder (e, possivelmente, todas as relações serão de poder), temos para nós, assentam no temor e na crença. Assim, por exemplo, a relação crente-igreja, a relação pais-filhos, a relação patrão-empregado, a relação amante-amado e por aí adiante. *Vd. infra*, em III, quando nos referimos à tese de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS sobre os modos de produção de poder. Veja-se também o paralelismo estabelecido por S. TOMÁS DE AQUINO entre os governantes de uma comunidade e os dirigentes de uma família, na *Summa Theologica*, na parte dedicada à lei (“*De Legibus...*”) – *vd. Tratado da Lei*, pág. 94. Também DOUGLAS HAY, quando afirma (“*Property, Authority and the Criminal Law*”, pág. 42): “*Especially where the prosecutor was a landed gentleman, acts of mercy helped create the mental structure of paternalism.*” Aliás, é particularmente significativa a assimilação entre as figuras do príncipe e do pai, por exemplo, no Antigo Regime; veja-se, sobre isto, ANTÓNIO HESPANHA, “*Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução*”, págs. 390 e ss.. Pense-se também no conteúdo e na natureza do poder paternal, por exemplo, ou em algumas regras relativas às relações familiares que, entre nós, o Código de Seabra, por exemplo, estabelecia. De outra parte, poderíamos também falar da confissão religiosa e do confessor, como “*mestre do perdão, o juiz que condena ou absolve; ... o mestre da verdade*” (MICHEL FOUCAULT, *História da Sexualidade – I*, pág. 71). É interessante também, sobre a ideia que aqui pretendemos ilustrar, o paralelismo entre o direito, em certas épocas, do príncipe ou do rei de vida e de morte e o mesmo direito, derivado da velha *patria potestas*, conferido ao pai de família romano, relativamente aos filhos e aos escravos – este paralelismo pode encontrar-se referido em MICHEL FOUCAULT, *História da Sexualidade – I*, pág. 137. Falámos também, nesta nota, a abrir, da relação patrão-empregado; veja-se, sobre o ponto, o disposto nos artigos 26º a 35º da LCT (Decreto-Lei 49408, de 24.11.69), que regulam o poder disciplinar da entidade patronal sobre os trabalhadores ao seu serviço. Por fim, refira-se que é bastante interessante a relação estabelecida por MICHEL FOUCAULT entre sexualidade e domínio e entre sexualidade e relações de poder (veja-se *História da Sexualidade-I, maxime* págs. 106 e ss.).

encontrar-se também no Direito, e no Direito Penal⁹⁰ em particular, que é o que para o caso nos interessa, a procura daqueles citados dois efeitos.

Na verdade, as penas visam, sobretudo, o efeito da ameaça. O efeito da subordinação, da disciplina, numa palavra, do domínio⁹¹. E visam esse efeito, quer no momento da sua consagração, da fixação das suas previsão e estatuição, se quisermos, quer no momento da sua aplicação, quer no momento da sua execução. Hoje, sobretudo, talvez no momento da sua execução - facto para o qual o pensamento dos chamados “institucionalistas radicais” e, em particular, de MICHEL FOUCAULT nos alertou.

E, tendo aqui falado dos chamados “institucionalistas radicais”, cumpre, desde já, explicar porquê e salientar a importância do seu pensamento para a questão que aqui nos ocupa. D’entre eles, nomeámos e (assim) destacámos MICHEL FOUCAULT⁹². Detenhamo-nos, pois, um pouco no pensamento deste autor, mas não sem antes frisarmos que a ideia central no pensamento dos chamados “institucionalistas radicais” é a de que o poder e o controlo social são essencialmente administrativos (e não tanto jurídicos), isto é, são disciplinares e regulatórios, de forma contínua, habitando a sociedade, disseminada, íntima e integralmente. Ou seja, trata-se de um tipo de poder e controlo social, não apenas ou tanto fundados em proibições, mas mais na constituição positiva de normas e na formação positiva de indivíduos de acordo com essas normas, o que é feito, em grande medida,

⁹⁰ Estamos a pensar no Direito Penal “total”; sobre o ponto, veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 23 e ss., *maxime* pág. 24. E aqui usamos um conceito talvez ainda mais abrangente do que aquele que o ilustre Professor ali refere. *Vd.* também a nota 2, *supra*.

⁹¹ Uma sugestiva descrição do (de um) sistema prisional, enquanto mecanismo de domínio do indivíduo, pode encontrar-se no belíssimo *A Balada do Cárcere de Reading*, de OSCAR WILDE (*vd.* também a nota 98, *infra*). Pode encontrar-se também em *Eu, Pierre Rivière...*, nomeadamente a págs. 167 e ss.. De outro passo, refira-se que se podem encontrar nesta última obra interessantes ecos (quer em cartas da época, quer em artigos de jornais de então) da ideia já exposta neste trabalho da clemência como mecanismo de afastamento de aplicação das leis, quando aquela aplicação redundaria em injustiça; vejamos, por exemplo, as págs. 144-147 e 149-151. Mas mais interessante ainda é o facto de, neste caso, a clemência real intervir também (e sobretudo) em virtude da dúvida (dos médicos, que não do tribunal que condenou P. Rivière) acerca do que podemos designar por imputabilidade ou grau de imputabilidade de P. Rivière; a este título, é bastante sugestivo o relatório do Ministro da Justiça ao Rei, a págs. 161-165; o rei veio a comutar a pena de morte decretada pelo tribunal em prisão perpétua.

⁹² Na verdade, MICHEL FOUCAULT é, amiúde, chamado de “institucionalista radical”. Assim, por exemplo, PETER FITZPATRICK, *“A Criação do Sujeito de Direito nas Genealogias de Michel Foucault”*, *maxime* págs. 12 e 13.

através de instituições que emergiram ou assumiram funções radicalmente novas nos finais do século XVIII e princípios do século XIX: a penitenciária, o manicómio e as escolas correcionais; assentando o pensamento dos chamados “institucionalistas radicais” no estudo dessas instituições – mas também no estudo dos saberes, das disciplinas e dos discursos que lhes estão subjacentes (“...procurar as instâncias de produção discursiva..., de produção de poder.... , de produção de saber...” – escreve FOUCAULT⁹³). E, de outro passo, queremos também frisar que aos “institucionalistas radicais”, de um modo geral, são assacados algum exagero e um certo maniqueísmo, não sem alguma razão, pois as suas explicações são, por vezes, simplificações que deixam de fora parte da realidade; com efeito, se é verdade, por exemplo, que as instituições que os autores em causa estudaram (prisão, manicómio, escolas correcionais) estão relacionadas com e são instrumentos de poder, não deixa de ser menos verdade que, por outro lado e em certa medida, também estão ligados a algum progresso humanista, fruto do iluminismo⁹⁴.

O pensamento de MICHEL FOUCAULT, que, nesta matéria, assenta sobretudo no estudo da prisão e do manicómio⁹⁵, enquadra-se bem naquela ideia central que apontámos acima a

⁹³ A págs. 18 de *História da Sexualidade – I*.

⁹⁴ A este respeito, cumpre, contudo, não confiar demasiado nos bons propósitos humanistas das reformas, por exemplo, do século XVIII e ter presente as exemplares palavras de MAURICE BLANCHOT, a propósito de FOUCAULT (em *Foucault Como o Imagino*, pág. 45): *Sem dúvida, nem tudo o que reforma a condição carcerária é detestável, mas a verdade é que ameaça enganar-nos acerca das razões que tornaram desejáveis ou bem-vindos tais melhoramentos. O século XVIII parece dar-nos o gosto de novas liberdades – e isso é excelente. Todavia, o fundamento dessas liberdades, o seu “subsolo” (diz Foucault), não muda, pois continua a residir numa sociedade disciplinar cujos poderes de controlo se dissimulam ao mesmo tempo que se multiplicam. Somos cada vez mais subjugados.* E, a propósito, poderíamos citar os exemplos de BECCARIA e outros autores coevos e de LOMBROSO e outros autores coevos, como apóstolos – para lá dos seus postulados dogmáticos e dos seus propósitos humanistas –, respectivamente, da burguesia contra a aristocracia e da burguesia contra o operariado. Aliás, se, por exemplo, em BECCARIA há uma preocupação humanista, há também uma sólida preocupação com a eficácia do sistema punitivo. O autor afirma, por exemplo, o seguinte (obra citada, na *Revista do Ministério Público*, Ano 14°, Julho-Setembro 1993, n° 55, pág. 193): *“Portanto, o fim das penas não é outro senão impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de demover os outros de o imitarem. As penas e o método de as infligir devem ser escolhidas de forma que, guardadas as proporções, façam uma impressão mais eficaz e mais duradoura sobre o espírito dos homens, e menos tormentosa sobre o corpo do réu.”*

⁹⁵ Devendo destacar-se, respectivamente, *Vigiar e Punir* e *História da Loucura*. A propósito de MICHEL FOUCAULT, podemos perguntar se ele é historiador, filósofo, sociólogo ou cientista político; criminologista, até. Ou podemos deixar de perguntar se ele é alguma dessas coisas ou qualquer outra, pois isso, verdadeiramente, não importa. Importa apenas o que fica do e o que abriu o seu pensamento. Naturalmente, importa ter em conta toda a obra de FOUCAULT, não apenas os dois livros citados. Ao fim e ao cabo, naqueles, mas também nos outros (e pensemos, por exemplo, em *História da Sexualidade*,

propósito dos chamados “institucionalistas radicais”. Na verdade – nas expressivas palavras de PETER FITZPATRICK⁹⁶ –, para FOUCAULT “o sujeito individual moderno é visto não como uma realização nobre e completa de uma luta titânica, nem como uma libertação da ignorância e preconceitos opressivos do passado ... é antes visto como o produto de técnicas mundanas de administração”.

Para FOUCAULT, como para outros autores (até fora do chamado “institucionalismo radical”), “os critérios da individualidade de um indivíduo são desvios em relação a uma norma estabelecida também para outros. Há inúmeras técnicas disciplinares para a produção do indivíduo são e normal”⁹⁷, sendo algumas dessas técnicas aquelas que se realizam através da e na prisão⁹⁸, através do e no manicómio, através das e nas escolas correcionais, todos pondo em prática uma “tecnologia de ordenamento”⁹⁹. Trata-se, pois, não tanto de proibição, mas de formação e de criação do sujeito individual, não tanto de proibir e de excluir, mas mais de normalizar e reformar o sujeito individual, de submetê-lo integralmente à norma e ao poder normalizador¹⁰⁰, evitando mantê-lo à margem, ainda (ao menos, potencialmente) diferente e

•

Arqueologia do Saber ou *As Palavras e as Coisas*), MICHEL FOUCAULT preocupou-se sempre com as relações de poder, centrado, sobretudo, na exclusão. Como bem viu MAURICE BLANCHOT (em *Foucault como o Imagino*, pág. 18), Foucault “ocupava-se antes de mais desse poder de exclusão que, um belo ou triste dia, foi instaurado por um simples decreto administrativo, decisão que, dividindo a sociedade, não em bons e maus, mas em sensatos e insensatos, permitiu reconhecer as impurezas da razão e as relações ambíguas que o poder – aqui, um poder soberano – iria manter com o que de mais bem partilhado há, enquanto não deixava de dar a entender que não lhe seria tão fácil reinar indivisamente. O importante é, com efeito, a divisão; o importante é a exclusão – e não o que se exclui ou divide”. Mas não a exclusão em si mesma, como fim último, acrescentamos, mas a exclusão como primeiro passo, como selecção para a sujeição e a normalização, para a “recuperação para a sociedade”.

⁹⁶ Obra citada, pág. 12.

⁹⁷ PETER FITZPATRICK, obra citada, pág. 15.

⁹⁸ Uma visão genealógica e crítica da recuperação do criminoso intentada pela e na prisão pode ver-se em MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, nomeadamente nas terceira e quarta partes desta obra (“Disciplina” e “Prisão”, respectivamente). Veja-se também TERESA PIZARRO BELEZA, “O Mito da Recuperação do Delinvente no Discurso Punitivo do Código Penal de 1982”. E, a propósito desta questão, não resistimos aqui a citar uma passagem do belíssimo *A Balada do Cárcere de Reading*, de OSCAR WILDE: “The vilest deeds like poison weeds, / Bloom well in frison-air; / It is only what is good in Man / That wastes and withers there: / Pale Anguish keeps the heavy gate, / And the Warder is Despair.” – *A Balada do Cárcere de Reading / The Ballad of Reading Gaol*, edição bilingue, Lisboa, Hiena Editora, 1992, tradução de Gondin da Fonseca.

⁹⁹ A expressão é de MAURICE BLANCHOT, obra citada, pág. 44.

¹⁰⁰ A este respeito, é muito elucidativa a passagem do suplício à prisão assinalada e descrita por MICHEL FOUCAULT em *Vigiar e Punir*, passagem essa que corresponde à passagem de uma sociedade de sangue, em que o controlo social se faz, sobretudo, por via do medo, a uma sociedade de saber, de disciplina e de norma; corresponde também, no campo dos fins das penas, à substituição da ideia de retribuição pela de prevenção especial. O citado livro de MICHEL FOUCAULT é, aliás, logo bastante elucidativo no modo como começa, com a impressionante execução de Damians, em meados do século XVIII e, depois, no

rebelde – e, *ipso facto*, ameaçador. Avulta aqui, no que toca aos fins das penas, como facilmente se conclui, a ideia de prevenção especial, na sua vertente de ressocialização. O que se visa, ao fim e ao cabo, é produzir a sujeição e a sujeitificação integrais, sendo esta uma condição daquela¹⁰¹.

E podemos, desde já, dizer que, no pensamento que temos vindo a descrever, embora MICHEL FOUCAULT não se tenha dela ocupado *ex professo*, a clemência (e, nela, a amnistia) enquadra-se bem, pois pode dizer-se que a clemência é a outra face – faz, pois, parte integrante – do poder disciplinar, acentuando a dependência do indivíduo em relação a esse poder. O indivíduo que, pela graça do poder, pode ser libertado dos efeitos da sua condenação está completamente à sua mercê, sujeito e sujeitificado. A clemência não enfraquece, mas reforça o poder, podemos adiantar, desde já, antecipando o que mais adiante diremos, com mais detalhe e melhor fundamentação.

Interessante é também o modo como MICHEL FOUCAULT concebe a relação entre o Direito e o poder administrativo–disciplinar, relação que PETER FITZPATRICK¹⁰² tão

•

modo como se organiza em 4 partes, como os títulos de “*Suplício*”, “*Punição*”, “*Disciplina*” e, por fim “*Prisão*”, partes que assinalam uma evolução em que “*o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos*” (MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pág. 16), ou seja, o corpo deixa de ser o alvo principal e directo da repressão penal, o corpo é colocado em um sistema de coacção, de privação, de obrigação e de interdição, que só indirectamente incide sobre ele, pois o seu objectivo é a alma, buscando o sofrimento e a formação; temos, afinal, a “*entrada da alma no palco da justiça penal*” (*Vigiar e Punir*, pág. 26); a inauguração de uma nova era, na passagem do século XVIII para o século XIX, época de sobriedade punitiva, em que “*a melancólica festa da punição vai-se extinguindo*” (*Vigiar e Punir*, pág. 14); “*a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens*” (*Vigiar e Punir*, pág. 15), mas estando sempre presentes uma estratégia de domínio do indivíduo, um propósito de sujeição e sujeitificação do indivíduo, apenas realizados de modo diferente. E este novo modo de realizar aqueles propósitos, no campo penal, que emerge nos finais do século XVIII e princípios do século XIX, é talvez mais eficaz que os anteriores, conseguindo talvez um domínio maior, pois actua sobre o corpo e, sobretudo, sobre a alma, de modo duradouro, e visa transformar o indivíduo, docilizá-lo, reeducá-lo e recuperá-lo para a ordem que ele infringiu; o que constitui, porventura, o mais radical e o mais demiúrgico de todos os domínios, e que procura a criação de um “homem novo”. *Vd.* também a nota 148, *infra*. A propósito das mudanças ocorridas na justiça penal de finais do século XVIII, MICHEL FOUCAULT frisa o seguinte (em *Vigiar e Punir*, pág. 73): “*O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados ... quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente, para uma vigilância penal mais atenta ao corpo social.*” E frisa ainda (*ibidem*, pág. 75), sobre o mesmo assunto: “*A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos.*”

¹⁰¹ Assim, PETER FITZPATRICK, obra citada, pág. 16. Sobre a ideia ressocializadora, *vd.* também a nota anterior e a nota 148, *infra*.

¹⁰² Obra citada, pág. 18.

bem resume nas seguintes palavras, que (embora longas) não podemos deixar de aqui transcrever: “... para Foucault, o Direito serve o poder administrativo–disciplinar de uma forma particular. O Direito apresenta o poder como proibição, como um constrangimento negativo sobre o sujeito de direito dotado de liberdade, deixando intacta (ou mesmo definindo) uma área de liberdade. Desta forma, a actuação do poder disciplinar positivamente produtivo é situada numa área de liberdade e voluntariedade e, assim, mascarada e tornada aceitável”. Quer isto dizer, afinal, que o Direito, embora tenha uma existência para além e independentemente da administração (podendo até, em certos casos, ser uma fonte de resistência a essa administração¹⁰³), tem como grande função ou resultado (se quisermos ser menos “radicais”) promover a aceitação da administração nos seus aspectos coercivos, incorporando, dessa forma, “a administração no seu aspecto coercivo na sensatez racional da sociedade burguesa ordenada”¹⁰⁴.

Ao trazermos aqui o pensamento de MICHEL FOUCAULT¹⁰⁵ – de que procurámos dar aqui uma panorâmica muito genérica, relativamente às matérias com mais interesse para o nosso tema –, queremos, sobretudo, deixar duas ideias.

Por um lado, queremos acentuar que os métodos punitivos não são simples consequências de regras de direito, mas técnicas que se inserem num mais vasto campo dos processos de poder, processos esses que se ordenam para a manutenção de determinada(s) ordem(ns) social(is)¹⁰⁶ - ou estruturas, se preferirmos, fazendo jus ao propalado (tantas vezes,

¹⁰³ Sobre a problemática da resistência, *vd.* MARIA DA ASSUNÇÃO ANDRADE ESTEVES, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*.

¹⁰⁴ PETER FITZPATRICK, obra citada, pág. 21.

¹⁰⁵ ANTÓNIO HESPANHA, em “Da *“institia” à “disciplina”...*”, nomeadamente a págs. 321 e ss., dá-nos conta do mesmo fenómeno ocorrido em Portugal, no sistema penal, a partir de meados do século XVIII, de emergência de uma ideia e de uma estratégia disciplinares, fenómeno estudado por FOUCAULT, conforme procurámos descrever: “Ao punir, pretende-se, de facto, controlar os comportamentos, dirigir, instituir uma ordem social e castigar as violações a esta ordem.” – pág. 321. O autor dá-nos igualmente conta das preocupações desta altura quanto à eficácia do sistema penal e de outros modos de conseguir essa eficácia, para lá do sistema estritamente punitivo; *v.g.*, o discurso jurídico (*vd.* págs. 325 e ss.).

¹⁰⁶ Aliás, já G. RUSCHE e O. KIRCHHEIMER, na sua obra, de 1939, *Punishment and Social Structures* (citada em FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, págs. 27 e ss.), haviam estabelecido ou procurado estabelecer a ligação entre o sistema punitivo e uma determinada ordem ou estrutura social, mostrando que as medidas punitivas não devem ser vistas unicamente como mecanismos “negativos” de repressão e de prevenção, mas também como mecanismos “positivos” de manutenção de certa estrutura económico-social, sendo, a este respeito, ilustrativa a relação por eles estabelecida entre os vários regimes punitivos e os sistemas produtivos em que surgem. Levando esta ideia às últimas consequências (o que nos provoca significativas reservas),

equivocamente) estruturalismo de FOUCAULT. Trata-se, afinal e em suma, de ver os métodos punitivos na perspectiva da estratégia política, trata-se de colocar as técnicas punitivas - quer elas se exerçam sobre o corpo, directamente (pensamos no suplício), quer se dirijam à alma (pensamos na prisão) - na história e na teoria do corpo político, considerando as práticas penais (punitivas e outras - e é de outras que nos ocupamos neste trabalho) como um “capítulo da anatomia política”^{107 108}, mais do que uma consequência de teorias jurídicas.

Quer o suplício, quer a prisão - cada um do seu modo - procuram realizar uma mesma estratégia política, uma mesma estratégia, em suma, de organização social¹⁰⁹. E aquela estratégia política, como já se deu a perceber, é uma estratégia de controlo, de dominação, de normalização, em ordem à manutenção de ordem(ns) social(is). Do que MICHEL FOUCAULT nos dá conta, afinal, mormente em *Vigiar e Punir*, é da passagem de um método punitivo a outro, ambos com aquele mesmo escopo de manutenção de ordem(ns) social(is); trata-se, sobretudo, de um aperfeiçoamento de métodos punitivos, no sentido de aumentar a sua eficácia, ao serviço do citado escopo.

O que MICHEL FOUCAULT nos conta, em *Vigiar e Punir* (e em outras obras suas: pense-se, por exemplo, em *História da Loucura*) é a história do interesse, emergente no século XVIII, o século do grande encarceramento¹¹⁰, por esquemas de docilidade e normalização¹¹¹

•

FOUCAULT acaba a afirmar, em *Vigiar e Punir* (pág. 254), no que pode ser considerada uma frase-síntese do seu pensamento - e até do seu programa político, que o teve -, frase-síntese essa que bem cairia nos cultores (ou em alguns) da chamada “criminologia radical”: “Não há então natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão ...”

¹⁰⁷ MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pág. 30.

¹⁰⁸ O que, aliás, de uma certa forma, relativamente à clemência, estava já no pensamento de SÉNECA. Em MARIA HELENA DA ROCHA PEREIRA, obra citada, pág. 365, citando aquele autor, pode ler-se: “A clementia, por conseguinte, não só acrescenta a honra como a segurança dos imperantes, e é ornamento dos impérios e, ao mesmo tempo, sua certíssima salvaguarda ...”

¹⁰⁹ Lê-se em *Vigiar e Punir*, a págs. 35, o seguinte: “O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios se investe toda a economia do poder.”

¹¹⁰ Obviamente, a prisão (e, bem assim, o manicómio) preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Contudo, os finais do século XVIII e o início do século XIX conhecem a emergência de uma penalidade de detenção, o que era uma coisa nova (vd. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, maxime pág. 207); a págs. 105, FOUCAULT refere uma “colonização da penalidade pela prisão”. Em “Da “iustitia” à “disciplina”...” (maxime pág.

e a história do nascimento de uma sociedade disciplinar - uma sociedade minuciosamente disciplinar¹¹², diríamos -, em que os mecanismos carcerários (como os mecanismos do saber e os mecanismos discursivos) são pensados para modificar os indivíduos¹¹³. O que constitui - dizemos - a quintessência da estratégia de domínio intentada pelo poder¹¹⁴, a que já nos referimos e na qual enquadrámos este nosso discurso sobre a amnistia no sistema penal.

De outro passo - e aqui passamos para a segunda ideia acima referida -, queremos acentuar que não devemos restringir o pensamento sobre o poder - o poder social, o poder político, *et pour cause* - ao poder do Estado, ao contrário do que pretendeu a teoria liberal, nem queremos restringir a validade do nosso discurso sobre a amnistia no sistema penal ao quadro do poder do Estado - embora começemos por o desenvolver aí.

Na verdade, MICHEL FOUCAULT chamou a atenção para o facto de, “*a partir do século XVIII, precisamente no momento em que a teoria liberal procurava identificar o poder social com o poder do Estado, [ter surgido] nas sociedades modernas uma outra forma de poder bem mais disseminada e eficaz, o poder disciplinar, ou seja, o poder da normalização das subjectividades tornado possível pelo desenvolvimento e institucionalização das diferentes ciências sociais e humanas*”¹¹⁵. Daqui resultará, por um lado, um esvaziamento do poder político-jurídico, pondo-se em evidência, por outro lado, que o poder do Estado é apenas uma entre outras formas de poder. Contudo, o problema do pensamento de FOUCAULT é que, “*embora chame, e bem, a atenção para a multiplicidade de formas de poder em circulação na sociedade, não permite determinar a especificidade de cada uma delas nem a hierarquia entre elas. Por outro lado, fiel às suas convicções anarquistas, Foucault*

298), ANTÓNIO HESPANHA dá-nos conta de que, antes do século XVIII, a prisão era raramente usada como pena.

¹¹¹ Escreve FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*, a págs. 211: [A prisão] “*tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total*”.

¹¹² “*Uma observação minuciosa do detalhe, e ao mesmo tempo um enfoque político dessas pequenas coisas, para controle e utilização dos homens, sobem através da era clássica, levando consigo todo um conjunto de técnicas, todo um corpo de processos e de saber, de descrições, de receitas e dados. E desses esmiuçamentos, sem dúvida, nasceu o homem do humanismo moderno.*” - MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pág. 130.

¹¹³ *Vd.* as notas 100 e 148.

¹¹⁴ Como na nota anterior.

¹¹⁵ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Pela Mão de Alice*, pág. 111.

*leva longe demais o argumento da proliferação das formas de poder, e a tal ponto que ele se torna reversível e autodestrutivo. É que se o poder está em toda a parte, não está em parte nenhuma*¹¹⁶.

Estamos, pois, com BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS no que respeita à sua tese sobre os modos de produção de poder social¹¹⁷. O autor distingue nas sociedades capitalistas quatro espaços estruturais, cada um com a sua unidade de prática social, a sua forma institucional, o seu mecanismo de poder, a sua forma de direito e o seu modo de racionalidade. Esses quatro espaços estruturais são: o espaço doméstico, o espaço da produção, o espaço da cidadania e o espaço mundial¹¹⁸. Não vamos aqui expor detalhadamente a construção do autor, diremos apenas que aos quatro espaços assinalados correspondem, respectivamente, os seguintes mecanismos de poder: patriarcado, exploração, dominação e troca desigual. E acrescentamos que, a nosso ver, todos eles, e não apenas aquele que o autor expressamente apelida de dominação (e que corresponde ao quadro do Estado, no que concerne à forma institucional, sendo o seu modo de racionalidade a maximização da lealdade), se reconduzem a uma ideia de dominação, de domínio (preferimos). Sendo certo, por outro lado, que *“esta concepção permite mostrar que a natureza política do poder não é um atributo exclusivo de uma determinada forma de poder. É antes o efeito global da combinação entre as diferentes formas de poder”*¹¹⁹.

E acrescentamos também que, em qualquer um dos referidos espaços estruturais relativos aos modos de produção de poder social (e político), tem cabimento, a nosso ver, não só a prerrogativa e o exercício da clemência (pelo patriarca, pelo patrão¹²⁰, pelo soberano¹²¹,

¹¹⁶ Como na nota anterior.

¹¹⁷ Que pode ver-se, por exemplo, em *Pela Mão de Alice*, no seu capítulo V, a que deu o título de “O Estado e os Modos de Produção de Poder Social” (págs. 103-118); aí expõe o autor as suas ideias sobre a questão, que havia já trabalhado em outras obras, designadamente em “On Modes of Production of Social Power and Law”, de 1985.

¹¹⁸ *“Não são obviamente os únicos espaços-tempo que vigoram ou circulam na sociedade, mas todos os demais representam, no essencial, combinações diversas entre os quatro conjuntos de relações sociais paradigmáticas.”* - esclarece o autor, a págs. 112 de *Pela Mão de Alice*.

¹¹⁹ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Pela Mão de Alice*, pág. 113.

¹²⁰ *Vd. supra*, a nota 89.

nacional e internacional, ou, usando as expressões de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, territorial e mundial), como também o discurso que sobre ela (tomando, particularmente, como referência a figura da amnistia) temos vindo a propor e a que ainda dedicaremos algumas considerações mais. Afinal, se os mecanismos punitivos não são um exclusivo do poder estadual, também a clemência e o discurso sobre ela não hão-de sê-lo.

Posto isto, retomemos as considerações que vínhamos fazendo acerca da ameaça e da crença. Desta feita, para dizermos que, para além da ameaça, não podemos deixar de ver nas penas também a procura, de um certo jeito, do efeito de crença, quer no momento da sua consagração, quer no momento da sua aplicação, quer, por fim, no momento da sua execução. Por exemplo, todo o discurso de cunho “humanista”¹²² acerca de penas, seja acerca dos seus limites, dos seus fundamentos, das suas formas, seja acerca da consagração de garantias do arguido em processo penal (destinado à aplicação de penas, precisamente), seja, por fim, acerca do modo e do lugar de execução dessas mesmas penas, visa, em última análise, também um efeito de crença no poder que as estatui, aplica e executa, ou seja, visa - para usar um batido jargão político - apresentar um “poder de rosto humano”, susceptível de ser melhor aceite pelos indivíduos.

Ora, também na amnistia (e na clemência, de um modo geral, mas sobretudo na amnistia, dada a sua já referida radicalidade, proveniente, sobretudo, das referidas generalidade e discricionariedade que lhe estão associadas) vemos a procura dos citados efeitos de ameaça e de crença. Ideia esta que podemos exprimir com estas palavras de ANTÓNIO

•

¹²¹ Diga-se que, neste trabalho, se usa o termo soberano com um sentido próximo de órgão de soberania, no sentido de quem exerce o poder. Ou, nas expressivas palavras de HERBERT HART (*O Conceito de Direito*, pág. 59): “*Na verdade, ao discutirmos a adequação da ideia de uma ordem baseada em ameaças como descrição das diferentes variedades de leis, partimos do princípio, provisoriamente, de que efectivamente existe, em qualquer sociedade em que há direito, um soberano, caracterizado de forma afirmativa e negativa pela referência ao hábito de obediência: uma pessoa ou um corpo de pessoas, a cujas ordens a grande maioria dos membros da sociedade habitualmente obedece e que habitualmente não obedece a qualquer outra pessoa ou a quaisquer pessoas.*”

¹²² *Vd.* a nota 94, para melhor se compreenderem as aspas. E, à luz daquela nota, leia-se, por exemplo, a seguinte passagem de THOMAS HOBBES (*Leviathan*, Parte II, Capítulo 30, pág. 389): “*... the end of punishing is not revenge, and discharge of choler; but correction, either of the offender, or of the others by his example...*” Sobre a punição, de um modo geral, veja-se, na Parte II da obra citada de THOMAS HOBBES, o Capítulo 28 (“*Of Punishments, and Rewards*”).

HESPAÑA (a propósito do sistema penal do Antigo Regime)¹²³: “*Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta “inconsequência” de ameaçar sem cumprir. De se fazer temer, ameaçando: de se fazer amar, não cumprindo.*”¹²⁴ Ideia que – como já dissémos – estendemos a outros tempos que não o Antigo Regime, que julgamos válida para outras ordens que não a do Antigo Regime, que julgamos válida para outros espaços estruturais e formas institucionais de produção de poder, não apenas para o Estado – como também já dissémos¹²⁵. Vejamos, com mais detalhe, os dois aspectos, começando por aquele que mencionámos em primeiro lugar.

Vemos na amnistia (e na clemência, de um modo geral), dissémos já, um instrumento de afirmação do poder. Vemos na amnistia, dizemos agora, um poderoso instrumento de afirmação no poder. Efectivamente, vemos na amnistia um instrumento de colocação do indivíduo à mercê do poder, que escolhe se e quando amnistia, criando ele mesmo, nesse momento, as regras do seu acto de amnistiar. Do ponto de vista do citado efeito ameaça que o poder intenta, vemos como mais ameaçador o poder que faz e desfaz, demiurgicamente, que condena e amnistia, que encarcera e liberta, do que o poder que unicamente faz, condena e encarcera¹²⁶.

¹²³ “Da *“iustitia”* à *“disciplina...”*”, pág. 311.

¹²⁴ Ideia semelhante encontramos em DOUGLAS HAY, na obra citada, que afirma (pág. 26): “*We can distinguish three aspects of the law as ideology: majesty, justice and mercy.*” Refira-se ainda que o autor associa a ideia de *majesty* ao ritual da lei e da sua aplicação, ao espectáculo e à imponência que a rodeiam, na sua feitura e na sua aplicação. Também essa *majesty*, dizemos, não deixa de se ordenar à afirmação do poder. Sobre *mercy* na Inglaterra do século XVIII, e sobre o seu especial enquadramento nas relações sociais de então e na estratégia de poder de então, ordenado para a manutenção da autoridade e da propriedade, *vd.* D. HAY, obra citada, nomeadamente págs. 40 e ss..

¹²⁵ De um certo modo, o nosso discurso é (quase) estruturalista, podendo resumir-se a ideia que lhe está subjacente, quanto à inserção da clemência na estratégia política, com esta frase (um pouco lapalissiana) de JEAN GENET: “*Penso que o poder, qualquer que seja, é o poder.*” – em entrevista a Bertrand Poirot-Delpech, em Janeiro de 1982, publicado no *Le Monde* em 20.4.1986, entre nós, publicada em *O Sorriso do Anjo* (tradução de Alberto Nunes de Sampaio), Lisboa, Hiena Editora, Setembro, 1992 (a citação referida está a págs. 86).

¹²⁶ A respeito desta ideia que aqui sustentamos, chamamos à colação, também em busca de arrimo, estas palavras de MICHEL FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*, pág. 49: “*Apesar de o carrasco ser, em certo sentido, o gládio do rei, partilhava da infâmia do adversário. O poder soberano que o obrigava a matar, e que agia através dele, não estava presente nele: não se identificava com a sua fúria. E justamente nunca aparecia com tanta ostentação do que ao sustar eventualmente com uma carta de indulto o gesto do executor ... O soberano está presente à execução, não só como o poder que vingava a lei, mas como o poder que é capaz de suspender tanto a lei quanto a vingança. Só ele como senhor deve decidir se lava*

E ainda mais ameaçador é o poder que desfaz, amnistia e liberta se, quando e como entender. Por isso, dissémos que, no mais largo campo da clemência, a amnistia é a mais radical das medidas, por ser praticamente total a possibilidade de escolha do poder relativamente à sua oportunidade, ao seu tempo e ao seu modo¹²⁷. Radicalidade essa que também vem dos seus efeitos, maiores do que, segundo a tese tradicional sobre ela, nos casos do perdão genérico e do indulto¹²⁸.

“O crime, para além da sua vítima imediata, ataca o soberano”, afirma MICHEL FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*¹²⁹ – e ataca, naturalmente, acrescentamos, a ordem que é mantida e mantém esse soberano¹³⁰. A reacção do soberano ao crime há-de ser no sentido da reposição da

as mãos ou as ofensas que lhe foram feitas; embora tenha conferido aos tribunais o cuidado de exercer o seu poder de justiça, ele não o alienou; conserva-o integralmente para suspender a pena ou fazê-la valer.”

¹²⁷ Atente-se na vaguidade das disposições legais sobre a amnistia, entre nós, quer dos artigos 127º e 128º do Código Penal, quer do artigo 164º, g) da Constituição da República. Aliás, a propósito da ideia que temos vindo a sustentar como explicação para a amnistia (e a clemência) no sistema penal, é interessante atentar no “paralelismo de competências” de que fala FIGUEIREDO DIAS (citado em SOUSA E BRITO, “*Sobre a Amnistia*”, pág. 38), referindo-se ao facto de o órgão competente para fixar as normas amniantes dever ser o órgão competente para estabelecer as normas punitivas. De qualquer modo, nem todos os discursos sobre a amnistia assim sustentam; pense-se, por exemplo, em JOHN LOCKE, cujo pensamento já referimos – tão sucintamente – em II. *supra* (vd. também a nota 60). Interessante a este respeito é também a discussão à volta da Lei nº 74/79, de 23 de Novembro, pela qual a Assembleia da República amnistiou infracções relativas aos acontecimentos de 11 de Março e 25 de Novembro de 1975, discussão essa no sentido de saber se a competência para tanto deveria ser da Assembleia da República ou do Conselho da Revolução, por abranger matéria que diria respeito a infracções militares – sobre o ponto, pode ver-se TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1º Vol., pág. 174, nota 166, e as indicações bibliográficas aí dadas. Veja-se também, em relação a esta matéria, a Resolução nº 19/81 do Conselho da Revolução (Diário da República, I Série, 11.2.81), que declarou a inconstitucionalidade (orgânica) da norma da alínea a) do artigo 2º do Decreto-Lei nº 758/76, de 22 de Outubro, norma essa respeitante precisamente à amnistia de infracções cometidas na preparação e execução dos actos de 11 de Março e 25 de Novembro de 1975.

¹²⁸ Sobre esta questão, *vd supra*, I, *maxime* a nota 10, onde se trata a questão com algum detalhe.

¹²⁹ Pág. 45. E prossegue: “...*ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe.*” Aliás, o autor, na pág. seguinte da mesma obra, afirma, a propósito do suplício, que ele “*não restabelecia a justiça; reativava o poder.*” SOUSA E BRITO, por seu lado, em “*Para Fundamentação do Direito Criminal*”, afirma (pág. 148): “*Assim, todo o crime, como desobediência que sempre é, atenta contra a eficácia da ordem jurídica.*” Ideia, aliás, que bem quadra com o pensamento de FOUCAULT: “*O prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele.*” - pág. 85 de *Vigiar e Punir*.

¹³⁰ Ao citarmos aqui e fazermos nossas estas palavras de FOUCAULT, e ao dizermos que o crime ataca a ordem que está a montante e a jusante do soberano, não estamos a querer dizer que, o mais das vezes, se trata de um acto intencionalmente contra, de um acto teleologicamente revolucionário, digamos assim, ou seja, um acto cujo escopo seja a alteração da referida ordem (sobre esta matéria, pode ver-se AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*). Trata-se, o mais das vezes, a nosso ver, de um acto – digamos assim – ontologicamente revolucionário e, nessa medida, de ataque e desafio. Embora o criminoso não actue, amiúde, motivado por qualquer propósito de revolta ou por qualquer intenção de alteração da ordem. Razão pela qual, entre outras, temos algumas reservas relativamente a algumas ideias da

ordem abalada pelo crime. Essa reposição há-de ser tanto melhor, ou mais eficaz, quanto maior for a força desse soberano, por um lado, e a crença e a aceitação relativamente a si por parte dos indivíduos sujeitos ao seu poder. Ora, essa crença e essa aceitação serão directamente proporcionais àquela força, mas também à capacidade de misericórdia do soberano¹³¹. Por seu lado, essa força será directamente proporcional à capacidade criativa e, simultaneamente, destrutiva do soberano, que, à maneira da onipotência divina¹³², não se submete ao curso da sua própria obra, podendo desviá-lo e até mesmo anulá-lo.

Voltando a citar MICHEL FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*¹³³, (o qual por sua vez, cita KANTOROWITZ), podemos dizer que o acto de punir acarreta para o soberano que pune um “mais poder” e para o indivíduo que é punido um “menos poder” (uma “mais valia” e uma “menos valia”, se quisermos usar uma terminologia marxista, adaptada ao caso). Do mesmo passo, podemos dizer que o acto de perdoar (o acto de libertar da punição e,

chamada “criminologia radical” e relativamente às ideias que expusémos e procurámos ilustrar *supra*, na nota 88, não tanto no que tange às preocupações económicas (aqui em sentido marxista) da lei e do sistema punitivo, mas mais no que respeita aos propósitos (económico-revolucionários) que presidem, o mais das vezes, ao acto criminoso. Não podemos, pois, deixar de concordar (como, aliás, se depreende do que temos vindo a escrever) com DOUGLAS HAY, quando escreve (obra citada, pág. 25): “... *the criminal law is as much concerned with authority as it is with property.*” E: “*The criminal law was critically important in maintaining bonds of obedience and deference, in legitimizing the status quo, in constantly recreating the structure of authority which arose from property and in turn protected its interests.*” Parece-nos, pois, de aceitar e aplicar, *mutatis mutandis* a outros tempos que não apenas a Inglaterra do século XVIII, a tese de D. HAY, exposta na obra citada, que pode, a nosso ver, resumir-se com esta sua frase (pág. 56): “*The hypothesis presented here is that the criminal law, more than any other social institution, made it possible to govern eighteenth-century England without a police and without a large army. The ideology of the law was crucial in sustaining the hegemony of the english ruling class.*”

¹³¹ Muito interessante é a análise que ANTÓNIO HESPANHA faz, no citado “*Da “iustitia” à “disciplina”...*”, sobre a eficácia (relativamente os propósitos do sistema penal) de outras formas de benevolência para além da clemência tal como tradicionalmente configurada; *v.g.*, a interpretação mais favorável da lei ou a benevolência dos juizes (*vd.* págs. 311 e ss.); também, por exemplo, os alvarás de fiança e as cartas de seguro (*vd.* págs. 315 e ss.).

¹³² O Deus cristão das Sagradas Escrituras, para tomar apenas um exemplo (o que nos está culturalmente mais próximo), é o Deus que cria e que destrói (o que criara); é também, e concomitantemente, o Deus que castiga e o Deus que perdoa, e, sobretudo o Deus a quem se deve obediência; aí reside toda a (sua) força. No seu *Sermão dos Bons-Anos*, pregado em 1642, o PADRE ANTÓNIO VIEIRA fazia questão de frisar, a concluir: “... *Deus sobre tudo; porque se sobre tudo amarmos a Deus, cumprindo perfeitamente a sua vontade, sem dúvida se inclinará o Senhor a ouvir e satisfazer os afectos da nossa, perpetuando a sucessão de nossas felicidades na perseverança de sua graça: Quam mihi et vobis, etc.*” – em *Sermões Escolhidos*, pág. 133. Por seu lado, THOMAS HOBBS, no *Leviathan* (Parte III, Capítulo 38, pág. 495) refere o seguinte: “*But sins may be pardoned to the repentant, either gratis, or upon such penalty, as God is pleased to accept.*” Aliás, toda a parte III daquela obra (“*Of a Christian Common-Wealth*”) tem interesse para as questões, entre outras, dos poderes de Deus, da salvação e da redenção.

portanto- sublinhe-se -, um acto do poder, e não contra o poder) acarreta para o soberano que perdoa um “mais poder” (o poder, não só de punir, mas também de afastar a punição, ademais, se, quando e como o soberano entender) e para o indivíduo que é perdoado um “menos poder” (o “menos poder” de estar sujeito, não só à certeza da punição, mas também à incerteza do perdão).

Atrás, ao enunciarmos a ideia central deste nosso discurso, falámos em ameaça e crença. Curámos já da primeira. Vejamos agora a segunda, um pouco mais.

THOMAS HOBBS, em *Elementos do Direito Natural e Político*, ainda na parte desta obra que dedica à natureza humana¹³⁴, escreve¹³⁵: “*A magnanimidade não é mais do que a glória...; mas é a glória bem fundamentada sobre uma experiência certa dum poder suficiente para atingir abertamente o seu fim.*” E, um pouco mais adiante¹³⁶, ao referir-se à pusilanimidade (por oposição à magnanimidade, de uma certa forma), afirma que “*mostrar inimizade para com os inferiores e entrar em luta com eles é também sinal de pusilanimidade, porque procede de falta de capacidade de pôr fim à guerra.*”

Ou seja, a nossa hipótese, o nosso discurso, além do que já foi dito, assenta na ideia de que o poder se mantém e reforça também através da crença em si mesmo (e nas suas eficácia, capacidade de manutenção e força) que conseguir suscitar nos que lhe estão submetidos. Ora, essa crença consegue-se, de um passo, tal como a ameaça, através das manifestações de força por parte desse mesmo poder (de que a clemência é um exemplo paradigmático, como se viu, dado o seu carácter quase demiúrgico e a discricionarietà e oportunidade que lhe estão subjacentes) e, de outro passo, através da gratidão (por parte dos agraciados) e do reconhecimento da magnanimidade do poder (por parte dos demais) – sendo certo que para este último aspecto muito contribuirá, quanto à clemência, o modo como a

•

¹³³ Págs. 30-31.

¹³⁴ A outra parte (a segunda) é dedicada à “natureza política”, digamos assim.

¹³⁵ Pág. 69.

¹³⁶ Como na nota anterior.

clemência for usada pelo soberano¹³⁷ – gratidão e reconhecimento da magnanimidade pelas quais o soberano se fará amar¹³⁸.

Falámos já de um “poder de rosto humano”, querendo significar que o poder precisa, à maneira de Jano, de duas faces, mas complementares e orientadas para o mesmo fim, de um lado a *severitas*, do outro a *clementia*, faces essas que, doseadas na medida certa, não só não se anulam reciprocamente, como permitem alcançar um mesmo fim. A crença no poder será tanto maior, quanto maior for, para além do poder de punir, não só o poder de perdoar¹³⁹ (com as implicações que já apontámos), mas também o saber perdoar, sendo certo que esse saber deve ser lido no sentido de englobar quer a capacidade de perdoar, quer a capacidade de saber escolher quem deve ser perdoado, como e quando^{140 141}.

Para este nosso discurso sobre a amnistia (e, afinal, sobre a clemência, mais genericamente) no sistema penal, encontrámos – já depois de termos colhido inspiração em outros lugares - significativo arrimo em trabalhos de ANTÓNIO HESPANHA. Razão pela qual, a concluir, não podemos deixar de citar (ainda que longa) a seguinte passagem de “*Da “iustitia” à “disciplina”...*”¹⁴², passagem essa que, a nosso ver, tão bem (e melhor do que conseguiríamos com as nossas palavras) resume o discurso que procurámos aqui sustentar acerca do nosso tema, passagem essa relativa ao Antigo Regime português, mas que, como temos vindo a afirmar, generalizamos, estrutural e transversalmente: “*Pelos expedientes de*

¹³⁷ Sobre o ponto, *vd. infra*, IV, sobre a vertente “positiva” da prevenção geral.

¹³⁸ Expressivamente, escreve ANTÓNIO HESPANHA (“*Da “iustitia” à “disciplina”...*”, pág. 314): “*Quanto à clemência como qualidade essencial do rei, ela estava relacionada com um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real – aquele que representava o príncipe como pastor e pai dos súbditos, que mais se devia fazer amar do que temer. Embora constituísse, também, um tópico corrente que a clemência nunca poderia atingir a licença, deixando impunidos os crimes (justamente porque um dos deveres do pastor é, também, perseguir os lobos), estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais frequentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar ...*”

¹³⁹ Dando mais uma achega ao que se vem dizendo sobre este ponto, sempre se dirá que ao poder de perdoar está, além do mais, sempre associada uma ideia de superioridade de quem perdoa e de inferioridade de quem é perdoado (“mais poder”, “menos poder”, já dissémos); o mesmo se passa, aliás, com a tolerância – razão pela qual não gostamos da palavra.

¹⁴⁰ Avisadamente, ANTÓNIO HESPANHA, em “*Da “iustitia” à “disciplina”...*” frisa (pág. 311) que, “*para que este duplo efeito se produza, é preciso que a ameaça se mantenha e que a sua não concretização resulte da apreciação concreta e particular de cada caso ...*”.

¹⁴¹ Diz-nos D. HAY (pág. 47 da obra citada): “*Therefore the royal prerogative of mercy could be presented as something altogether more mysterious, more sacred and more absolute in its determinations.*”

¹⁴² Págs. 316-317.

*graça realizava-se o outro aspecto de inculcação ideológica da ordem real. Se, ao ameaçar punir (mas punindo, efectivamente, muito pouco), o rei se afirmava como justiceiro, dando realização a um tópico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder, ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem – desta vez como pastor e como pai –, essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava com castigos impiedosos, prodigalizava, chegado o momento, as medidas de graça. Por esta dialéctica do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça. Se investia no temor, não investia menos no amor. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável. Assim, o perdão e as outras medidas de graça, longe de contrariarem os esforços de construção positiva (pela ameaça) da ordem régia, corroboram esses esforços, num plano complementar, pois esta ordem é o instrumento e a ocasião pelos quais se afirma ideológica e simbolicamente, em dois dos seus traços decisivos – *summum ius, summa clementia* – o poder real. Da parte dos seus súbditos, este modelo de legitimação do poder cria um certo habitus de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor. Teme-se a ira regis; mas, até à consumação do castigo, não se desespera da misericórdia. Antes e depois da prática do crime, nunca se quebram os laços (de um tipo ou de outro) com o poder. Até ao fim, ele nunca deixa de estar no horizonte de quem prevarica; que, se antes não se deixou impressionar pelas suas ameaças, se lhe submete, agora, na esperança do perdão. Trata-se, afinal, de um modelo de exercício do poder coercitivo que evita, até à consumação final da punição, a “desesperança” dos súbditos em relação ao poder; e que, por isso mesmo, tem uma capacidade quase ilimitada de prolongar (ou reiterar) a obediência e o consenso, fazendo economia dos meios violentos de realizar uma disciplina não consentida. ...a disciplina penal real visava, sobretudo, uma função política – a da defesa da supremacia simbólica do rei, enquanto titular supremo do poder punitivo e do correspondente poder de agraciar.’¹⁴³*

[IV. Cumpre, neste trabalho, deixar uma última palavra no sentido de dizer que ao que temos vindo ensaiando como hipótese de explicação relativamente à amnistia (e à clemência, afinal, mais genericamente) no sistema penal pode objectar-se, entre outras

¹⁴³ Sobre o hábito de obediência (e a continuidade do Direito), veja-se também HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, págs. 60 e ss..

coisas, com o seguinte: não pode aceitar-se que a causa final da clemência, no sistema penal, seja, ao fim e ao cabo, a mesma das penas, pois aquela nega, frustra, anula os fins imediatos destas, razão pela qual as impede de, através dos seus fins imediatos, realizar os seus assinalados fins mediatos. Não pode, pois, seguindo esta linha de raciocínio, dizer-se que penas e clemência concorrem para um mesmo fim, quando a segunda choca contra os fins através dos quais as primeiras procuram alcançar aquele mesmo fim.

Ora, não vamos, naturalmente, tratar aqui, com detalhe e profundidade, a questão dos fins das penas¹⁴⁴, questão que nos ocupa, pelo menos, desde o século V a.c., remontando aos Gregos; questão que, ao fim e ao cabo, se reconduz à questão de saber qual o fim que se deve ou deveria atribuir a um certo sistema penal, ou, de um outro modo, saber como é que um certo sistema de Direito Penal deve ou deveria ser construído, a fim de atingir determinadas finalidades que o Estado se deveria propor, quando estabelece tal sistema¹⁴⁵

¹⁴⁴ Acerca da qual se pode ver, entre outros, BELEZA DOS SANTOS, “*Fins das Penas*”, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1º Vol., págs. 307 e ss., e JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Para Fundamentação do Direito Criminal*”, *maxime* págs. 197 e ss.. Sobre a questão dos fins das penas (mais concretamente, sobre a questão de “*se da punibilidade*”, como lhe chama), pode ver-se também FIGUEIREDO DIAS, em “*Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*”, págs. 24 e ss., sustentando que o “*sentido da pena deve arrancar de uma concepção geral—preventiva integrada, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, que deve ser executada num sentido predominante de socialização do delinquenté*” (pág. 24). Ideia que o ilustre Professor reiterou recentemente, em entrevista a *O Diabo* (24.6.97): “*Todas as pessoas que crêem acreditarão que existe uma fronteira a separar o mal do bem, mas para isso há só duas instâncias competentes: Deus, para quem acredita, e a consciência, para os outros. O direito penal não tem nada a ver com isso, tem a ver exclusivamente com a prevenção. Um estado democrático não pode arrogar-se no direito de dizer às pessoas o que é que é bem e o que é que é mal. Um estado de direito só pode arrogar-se no direito de dizer “eu limito-te a liberdade enquanto seja necessário e indispensável para fazer funcionar a sociedade tanto quanto possível de uma forma organizada”. A função do direito penal esgota-se nisto: a Deus o que é de Deus, a César o que é de César.*” *Vd. também a nota 148, infra.*

¹⁴⁵ A questão é, afinal e a final, mais a de saber qual a finalidade do Direito Penal (melhor, do sistema penal) do que a de saber quais as finalidades das penas. E a questão é também, afinal e muito, a de procurar uma legitimação para o Direito Penal e para a limitação dos direitos individuais que ela acarreta. É uma questão que, como todas as questões que se prendem com a legitimação, releva, em certa medida, da má consciência, neste caso, da má consciência do sistema penal, ou, melhor, do poder penal. Sugestivas são as seguintes passagens de BELEZA DOS SANTOS, em “*Fins das Penas*” (págs. 24-26): *Olhando estes factos, qualquer pessoa com algum espírito crítico perguntará naturalmente: com que legitimidade se inflige esse mal? Valerá mais impô-lo ou sofrer o mal do crime? ... A primeira de todas as perguntas põe o problema da legitimidade, isto é, da razão de ser do direito de punir e depende estreitamente do fim último a atribuir às penas. ... Numa palavra, as penas têm por fim último assegurar e defender a ordem jurídica, isto é, a ordem social, tal como o direito a estabelece e mantém em certo momento e em certo povo.*”

¹⁴⁶. Vamos aqui, tão-só, aflorar a questão dos fins das penas¹⁴⁷, no que se revelar necessário para responder à objecção formulada no parágrafo anterior.

E, quanto a tal objecção, diremos, em primeiro lugar, que ela se funda em um equívoco. Na verdade, não se pode falar em oposição entre a clemência e os fins imediatos das penas, pois entre uma e outras não há, verdadeiramente, uma concorrência, mas uma alternatividade. Ou seja, o poder ora recorre a uma, ora a outras, em ordem a prosseguir os seus assinalados fins. Porque são concomitantes na sua existência, mas alternativas na sua aplicação (pois, é de La Palisse, não se pode punir e agraciar ao mesmo tempo), não se chocam. O poder, ao fazer uma coisa ou outra (punir ou perdoar) e, sobretudo, ao poder fazer uma coisa ou outra, afirma-se na sua plenitude. Já, aliás, segundo uma conhecida máxima do Digesto, a realização da justiça (da estratégia sócio-política, dizemos nós aqui) exige uma estratégia plural, em que, ao lado do medo das penas, se vejam os prémios e as exortações: *“non solum metu poenarum, verum etiam premiorum quoque exhortatione”* – ideia que procurámos sustentar no nosso discurso.

Em segundo lugar, e mesmo considerando, em tese, a possibilidade de contradição entre os fins imediatos das penas e a clemência, decorrente de uma concorrência entre ambas (tese que não é de aceitar, como se viu no parágrafo anterior), sempre dizemos que aquela aparente contradição toma a nuvem por Juno, sendo muito menor do que, à primeira vista, pode parecer.

¹⁴⁶ Já LEVY MARIA JORDÃO, no seu *Commentário ao Código Penal Português* (Vol. I, Prefácio, pág. VII), referindo-se ao tempo dos lusitanos, afirmava: “... pois não estavam ainda desenvolvidas as verdadeiras noções sobre a formação, natureza e fim do Estado, e o direito de punir deriva-se todo dessa natureza e desse fim.”

¹⁴⁷ Não vamos, designadamente, escolher um ou outro (*vid.*, no entanto, a nota 79, *supra*), nem sequer tentar conjugá-los. Sobre este último ponto, veja-se a brilhante tentativa de CLAUS ROXIN, em *“Sentido e Limites da Pena Estatal”*. Para ROXIN, nenhuma das tradicionais três teorias respeitantes aos fins das penas, por si só e nas suas formulações puras, serve como explicação para a questão dos fins das penas. ROXIN intenta uma construção em que assinala vários níveis de funcionamento daquelas tradicionais três teorias. Assim, muito esquematicamente: ao nível da ameaça penal, por via da previsão e da estatuição da norma, temos a prevenção geral; ao nível da condenação, temos a retribuição, preferindo ROXIN falar em culpa e acentuar o papel central do princípio da culpa no Direito Penal hodierno; neste segundo nível, não deixa também de estar presente a prevenção geral, nomeadamente na sua vertente “positiva”; por fim, ao nível do cumprimento da pena, temos a prevenção especial.

Uma primeira ideia que queremos aqui acentuar é que todo o nosso discurso, quer o que ensaiámos quanto à amnistia (e quanto à clemência, genericamente) no sistema penal, quer agora quanto à questão da compatibilização entre a clemência e os fins imediatos das penas, é um discurso que aspira à generalização (e que tem essa generalização, simultaneamente, por virtude e defeito), sendo, por isso, certo que casos particulares haverá – mormente quanto a esta questão da clemência *versus* fins imediatos das penas – em que a nossa explicação não logrará convencer; contudo, acentua-se que a explicação que aqui ensaiamos arranca da ideia de que tudo depende do modo como, em cada caso, o poder souber escolher entre a punição e a clemência, ou seja, tudo depende do modo como o poder dosear os instrumentos do temor e os instrumentos do amor.

Dir-se-á, por exemplo e porventura, que a aplicação da clemência põe em causa a prevenção especial, quer na sua vertente segregadora, quer na sua vertente ressocializadora¹⁴⁸. Reafirmamos que tudo dependerá do modo como, em cada caso, a clemência for usada. Contudo, pensamos que, se esse uso, *in casu*, seguir três linhas de orientação, ou, por outras palavras, se tivermos presente três ideias, cumpre reconhecer que

¹⁴⁸ A ideia ressocializadora é filha, sobretudo, da escola positiva italiana (LOMBROSO, FERRI, GAROFOLO) e, mais tarde, da “*défense sociale*”. A propósito do carácter totalitário da ideia de ressocialização – especialmente se levada às suas últimas consequências, visando, não só o proceder, mas também o ser –, não pode deixar de invocar-se a já citada e poderosa obra de GEORGE ORWELL *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*. Em plena sessão de tortura de Winston - e como poderíamos também invocar esta obra de ORWELL a propósito da confissão como meio de prova! -, O’Brien diz-lhe (pág. 254): “*Não! Não apenas para te extorquir uma confissão, nem para te castigar. Queres que te diga porque motivo te trouxemos para aqui? Para te curar! Para fazer de ti uma pessoa sã de espírito! Conseguirás entender, Winston, que nenhuma das pessoas que trazemos para aqui sai das nossas mãos sem estar curada? Nós não estamos interessados nesses estúpidos crimes que cometeste. O Partido não se interessa pelos actos declarados: o que nos importa é o pensamento. Não nos limitamos a destruir os inimigos; nós modificamo-los.*” E, mais adiante (pág. 256): “*O mandamento do antigo despotismo cingia-se a “Tu não farás”; o mandamento dos totalitarismos, a “Tu farás”. O nosso mandamento é “Tu és.”*” Ou ainda (pág. 267): “*O poder consiste em infligir dor e humilhação. O poder consiste em desagregar a mente humana para a reconstituir sob uma forma nova, sob a forma que entendemos dar-lhe.*” Veja-se em FIGUEIREDO DIAS, citado “*Os Novos Rumos da Política Criminal...*”, nomeadamente a págs. 29 a 31, uma tentativa – um pouco paternalista, de um passo, e ingénua, do outro, ousaríamos dizer – de “suavizar” a ideia ressocializadora, dizendo-se que “*se trata, verdadeiramente, ... de oferecer ao delinvente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem prática de crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal...*”. Compreendemos, contudo (ou melhor, julgamos compreender), esta (e outras) tentativas de salvar a ideia ressocializadora, cujo abandono nos deixaria entre a tentação do regresso à ideia retributiva e a tentação do endurecimento das penas, acompanhados apenas por uma ideia de prevenção geral, de prevenção geral de pura intimidação, onde o indivíduo condenado mais não seria do que (ilegitimamente – veja-se CLAUS ROXIN, citado “*Sentido e Limites da Pena Estatal*”) o instrumento dessa prevenção geral.

não haverá praticamente choque entre a clemência (em tese, repita-se) e esse mesmo fim de prevenção especial: em primeiro lugar, a clemência sob a forma de indulto pressupõe uma apreciação caso a caso, ponderando-se a situação do condenado, razão pela qual se pode avaliar o grau de eficácia da segregação e da ressocialização do mesmo e, porventura, a necessidade da continuação do cumprimento da pena¹⁴⁹; em segundo lugar, a clemência que actua relativamente a classes de crimes, agentes ou penas¹⁵⁰ é, em regra, aplicada às infracções menos graves¹⁵¹, onde as necessidades de prevenção especial pouco (ou nada, ousamos dizer) se farão sentir; aliás – e esta é a terceira ideia a que aludimos –, pode também chamar-se à colação a tese de PAVARINI¹⁵² acerca da “bifurcação dos condenados”, que os distingue entre os verdadeiramente perigosos e os que o não são, sendo certo, bem vistas as coisas, acrescentamos, que relativamente aos segundos pouco (ou nada) se fará sentir a necessidade de prevenção especial, sendo relativamente a eles que, o mais das vezes, actua a clemência. A isto acresce, a nosso ver, que, ao falarmos de ressocialização (a chamada vertente “positiva” da prevenção especial), devemos ter presente, não só as suas potencialidades totalitárias, a que já aludimos, como também o seu carácter utópico¹⁵³.

No que respeita à prevenção geral - fim imediato das penas que encontramos a dominar o pensamento sobre esta matéria, por exemplo, na Antiguidade, no Renascimento, em BECCARIA, em FEUERBACH, entre outros, sendo uma ideia muito ligada à ideia de contrato social -, deve notar-se que, das várias formulações acerca da prevenção geral, pode retirar-se, em jeito de síntese, a ideia de que temos uma vertente “negativa” e uma vertente “positiva” da prevenção geral, respeitando a primeira à ameaça e a segunda à satisfação das expectativas da comunidade de tranquilidade e segurança, através do funcionamento do sistema penal.

¹⁴⁹ Frise-se que o indulto ocorre, muitas vezes, depois de cumprida parte da pena.

¹⁵⁰ *Vd. supra*, I, *maxime* as notas 9 e 10.

¹⁵¹ Vejam-se, por exemplo, as leis de amnistia “gerais” que citámos em I. *supra*. Naturalmente, temos que reconhecer as limitações desta nossa ideia, pois não a testámos estatisticamente, pelo que cumpre acentuar o seu carácter “impressionista”.

Dir-se-á aqui, porventura, que a clemência põe em causa o fim da prevenção geral, criando expectativas de impunidade. Em primeiro lugar, perfilhando a ideia acima exposta de que, ao contrário do que tradicionalmente se tem entendido, a amnistia (quanto às outras figuras da clemência, é ponto pacífico) não “apaga” o crime, limitando-se a ter consequências ao nível da aplicação da pena, deve dizer-se que a prevenção geral decorrente da existência da norma incriminadora é satisfeita, mesmo havendo intervenção da clemência, pois a ameaça decorrente daquela existência não é, assim, verdadeiramente, posta em causa. Contudo, pouco alcance terá tal prevenção geral, sem a aplicação efectiva da pena, nos casos concretos. Daí poder sustentar-se a referida ideia de que a clemência frustra a prevenção geral, gerando expectativas de impunidade, quer nos potenciais criminosos (todos nós, ao fim e ao cabo), negando assim a vertente “negativa” da prevenção geral, quer insatisfazendo as necessidades de segurança e tranquilidade dos observadores do “espectáculo” punitivo (que o somos todos, também), negando assim a prevenção geral na sua vertente “positiva”.

Ora, tal ideia é, a nosso ver, apressada, pois uma figura que é, por definição, incerta, quanto ao tempo, ao modo e ao objecto, em tudo dependente da vontade de quem a decreta, não pode ser susceptível de criar, seguramente, expectativas de impunidade. Contudo, frisa-se (e ressalva-se) que tudo dependerá da *sagesse* do poder quanto à sua aplicação, pois, naturalmente, se se transformar a figura de incerta em certa, o que dissémos deixará de valer – mas aí também duvidaremos se ainda estamos na presença da clemência. De outro passo, cumpre ter em conta o que se disse a propósito da prevenção especial relativamente à “bifurcação dos condenados”.

Por fim, reconhecemos – mas sem nunca perder de vista a ideia que formulámos a abrir esta quarta parte do nosso trabalho, de que não há verdadeiramente concorrência entre penas e clemência, por ambas se ordenarem, através de um uso alternativo, para o mesmo

• _____
¹⁵² Citado em TERESA PIZARRO BELEZA, “O Mito da Recuperação do Delinvente no Discurso Punitivo do Código Penal de 1982”, págs. 21-22.

¹⁵³ Vejam-se as notas 100 e 148.

fim¹⁵⁴, e que a eficácia de umas e outras para alcançar o seu fim mediato dependerá sempre do modo como forem usadas e doseadas – reconhecemos, dizíamos, que, no que respeita aos fins imediatos das penas, aquele cuja compatibilização com a clemência se afigura mais difícil, dado o seu carácter não funcional, é a retribuição – a não ser, naturalmente, que acentuemos uma perspectiva geral-preventiva da retribuição¹⁵⁵ -, *maxime* se consideramos as suas construções mais absolutizantes, como as de KANT e HEGEL.

A retribuição assenta – podemos dizer, a traço grosso – na ideia de castigo, na ideia de ao mal fazer corresponder o mal¹⁵⁶. E, se remonta à Antiguidade, encontra em KANT e HEGEL as suas mais refinadas elaborações, que relevam da mundividência dos seus autores e, muito particularmente, do seu apego à ordem e da sua simétrica aversão à revolução.

Para KANT¹⁵⁷, o Estado e o Direito têm uma autoridade pura e inviolável, têm um carácter sagrado, razão pela qual é indiscutível o seu acatamento; neste quadro, o Direito Penal – e, nele, a punição – apresenta-se como um imperativo categórico¹⁵⁸ de justiça, ou seja, como algo que se impõe à vontade dos homens com carácter absoluto e indiscutível.

Ora, posto isto, fácil seria concluir que, à face do pensamento de KANT (e, afinal, à face de todo o pensamento sobre a retribuição), grande seria a contradição entre a clemência e aquele fim das penas, pois a clemência contrariaria o imperativo categórico de justiça, que

¹⁵⁴ Ideia que, cumpre reconhecer, torna o exercício que aqui empreendemos, nesta quarta parte do nosso trabalho, um pouco “luxuoso” e, quiçá, estéril.

¹⁵⁵ Da qual, por exemplo, MICHEL FOUCAULT nos fala, em *Vigiar e Punir* (*vd.* nomeadamente págs. 53 e ss.), realçando a importância do carácter público do suplício – e também a reacção ambígua da população relativamente ao mesmo. *Vd.* também SOUSA E BRITO, citado “*Para Fundamentação ...*”, págs. 214 e ss..

¹⁵⁶ Já ÉSQUILO, na *Oresteia*, (“*Coéforas*”, 1º episódio, verso 400), colocou o Corifeu a afirmar: “*Mas é lei que as gotas de sangue derramadas sobre o solo exijam outro sangue, pois o assassínio clama pela Erínia, que, vingando as primeiras vítimas, faz a desgraça suceder à desgraça.*” - Lisboa, Edições 70, s.d., tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, a partir do texto de Page (Oxford Classical Texts, reimpressão, 1985).

¹⁵⁷ Acerca do pensamento de KANT sobre esta matéria (que expendeu em *Metafísica dos Costumes*, sobretudo), veja-se BELEZA DOS SANTOS, “*Fins das Penas*”, *maxime* págs. 26-27 e 36 e ss., e SOUSA E BRITO, citado “*Para Fundamentação ...*”, págs. 202-204.

¹⁵⁸ O imperativo categórico é uma ideia central no pensamento de KANT, que a formula em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, nos seguintes termos: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” – Segunda Secção, pág. 59.

aponta para a necessidade absoluta da punição (de mais a mais, tendo sido KANT um crítico da clemência¹⁵⁹). Contudo, e chamando o discurso que fizemos em III. (mesmo correndo o risco de nos repetirmos), sempre dizemos, em diálogo com KANT (se tal nos é permitido), que devemos frisar que ao mesmo poder que pune cabe amnistiar, ou seja, em últimas análise e instância, na perspectiva e no gosto de KANT, ao déspota iluminado. Então – talvez subvertendo já os propósitos do filósofo e exorbitando do seu pensamento –, podemos dizer que é a esse poder que cabe interpretar (e funcionalizar) o imperativo categórico de justiça, ou seja, melhor dizendo, averiguar quando é que se afigura realmente necessário punir; é prerrogativa do (mesmo) poder retribuir e dispensar da retribuição, não sendo esta dispensa uma contradição com aquela retribuição, pois ambas provêm do soberano, do guarda da ordem. Aliás, de outro passo, sempre podemos dizer que nada na clemência a torna revolucionária (coisa que KANT tanto verberava e temia), tudo nela impele à ordem, como vimos, à estabilidade de uma ordem social e do seu poder, poder esse que, com ela, se mostra forte, quer inspirando temor, quer inspirando amor (adesão e reconhecimento, menos poeticamente). O que queremos dizer – e o que pode ser, neste trabalho, relativamente aos que vêm na clemência uma fonte de desordem, um epigrama – é que, sendo a clemência um acto de poder, não pode ser (por isso) um acto contra o poder.

E o mesmo, *mutatis mutandis*, se pode escrever no que concerne ao pensamento de HEGEL¹⁶⁰, que vê o poder como manifestação da Ideia, entidade mítica que comanda ou se manifesta no devir, sendo o Espírito objectivo, quintessência da manifestação daquela Ideia nas coisas terrenas, o Estado prussiano, absoluto, do princípio do século XIX. Na formulação de HEGEL, a retribuição é vista, em harmonia com a sua mundividência, em uma perspectiva dialéctica: o Direito, absoluto e indiscutível, surge como tese, sendo negado pelo crime, assim visto como antítese, por sua vez, superada pela pena, negação da negação e, portanto, já uma superação e um restabelecimento da ordem (e do Direito)

¹⁵⁹ *Vd. supra*, II., *maxime* a nota 56.

posta em causa pela antítese. E HEGEL vai ainda um pouco mais longe, vendo a pena como um direito do criminoso, porquanto ele praticou o crime como acto livre, fruto de uma escolha feita por si; ao escolher negar o Direito, exigiu que lhe fosse aplicada a pena, como consequência necessária e superação dessa negação¹⁶¹.

Uma vez mais (e também exorbitando do pensamento do filósofo), aqui, a propósito de HEGEL, como a propósito de KANT, podemos dizer que quem decide o que é ou não negação do Direito e, *ipso facto*, o que é merecedor ou não de pena, em ordem à superação daquela negação, é o mesmo poder. Se o fim mediato do sistema penal é, ao fim e ao cabo, a manutenção da ordem (de uma certa ordem) social¹⁶², pressupondo esta um (ou vários) poder(es), podemos dizer que toda a retribuição, como toda a dispensa da retribuição, provenientes da mesma fonte – aquele mesmo poder –, se reconduzem à afirmação do poder e, por isso e com isso, à manutenção da ordem que o sustenta e que ele procura sustentar. E assim fechamos esta quarta parte do nosso trabalho, com a ideia com que a abrimos – e com a qual fizemos este nosso discurso.]

V. CONCLUSÕES

¹⁶⁰ Acerca do pensamento de HEGEL sobre esta matéria (que expendeu em *Princípios de Filosofia do Direito*, sobretudo), veja-se BELEZA DOS SANTOS, “*Fins das Penas*”, *maxime* págs. 40 e ss., e SOUSA E BRITO, citado “*Para Fundamentação ...*”, págs. 204-207.

¹⁶¹ Esta formulação é próxima de uma corrente do contratualismo que afirmava que o delinquente, sabendo que, adoptando certa conduta, sofreria uma certa pena, uma vez que adoptou aquela conduta, aceitou, implicitamente, a obrigação de cumprir aquela pena. Sobre isto, pode ver-se BELEZA DOS SANTOS, “*Fins das Penas*”, págs. 32 e ss..

¹⁶² “*Numa palavra, as penas têm por fim último assegurar e defender a ordem jurídica, isto é, a ordem social, tal como o direito a estabelece e mantém em certo momento e em certo povo.*” – BELEZA DOS SANTOS, “*Fins das Penas*”, pág. 27.

1ª O nosso discurso é sobre a amnistia no sistema penal, tendo como conceito de sistema aquele que aponta para a ordenação e para a unidade, que o concebe como ordem axiológica e teleológica, e tendo como conceito de amnistia aquele que a dá como um instituto de carácter geral, que afasta as consequências jurídicas do crime no que toca à sanção, dirigido a grupos de factos ou de agentes; o nosso discurso, contudo, é, de um modo genérico, válido para as demais figuras da clemência (ou da graça), designadamente o perdão genérico e o indulto.

2ª Este nosso trabalho é sobre a amnistia no sistema penal, não em um sistema penal histórica, geográfica e ideologicamente (*stricto sensu*) situado, mas no sistema penal em geral, temporal, geográfica e ideologicamente (*stricto sensu*) transversal, digamos assim, pelo menos no que respeita ao chamado “mundo ocidental” (aquele que julgamos melhor conhecer), ou seja, o nosso discurso procurará ocupar-se do sistema, não de um sistema.

3ª Não pode deixar de impressionar, em uma abordagem histórica sumária, que, em vários tempos e lugares, sob diferentes concepções políticas, filosóficas e jurídicas, a amnistia (a clemência, melhor dizendo e de modo mais abrangente) seja uma figura que sempre se encontra; uma figura que sobrevive às vicissitudes do devir histórico.

4ª Por outro lado, não pode deixar de impressionar a aura de paradoxo que, amiúde, acompanha a figura da amnistia (e da clemência, de um modo geral), quer se ponha a ênfase na sua história ou na história da(s) teoria(s) sobre ela, no seu enquadramento jurídico ou na sua compatibilidade com os fins das penas ou com princípios constitucionais, no seu enquadramento político ou nas suas consequências sociais; a verdade é que à figura da amnistia, mais até do que à figura do perdão genérico ou do indulto, embora estes não saiam totalmente ilesos, tendem a aparecer associados, em vários

tempos e lugares, uma voz que pergunta pela sua legitimidade e um sussurro (mais ou menos audível) que aponta para o seu carácter paradoxal e até, por vezes, aberrante.

5ª Por isso, a maior parte dos discursos que, historicamente, surgem sobre esta figura (quer especificamente sobre ela, quer genericamente sobre a clemência), mais do que explicá-la, procuram legitimá-la, ou seja, procuram elencar as situações em que a mesma pode ser legitimamente utilizada, sendo certo que nesses discursos podemos encontrar duas ideias dominantes, duas ideias de legitimação da amnistia (da clemência, genericamente, o mais das vezes).

6ª Por um lado, a clemência justifica-se - conjunturalmente, digamos assim - em função de determinados fins particulares, fins localizados e circunstanciais, num dado momento, num dado lugar e atentas certas circunstâncias - temos a clemência, por exemplo, para festejar uma nova autoridade, um novo governante, para resolver um problema jurídico, um problema político ou jurídico-político, para festejar um acontecimento, para resolver problemas de sobrelotação das prisões; temos ainda a clemência decretada relativamente aos vencidos na guerra, relativamente a grupos de pessoas cujos feitos passados a justificam; temos também a clemência decretada na esperança de que a mesma contribua para a regeneração dos agraciados; etc..

7ª Uma segunda linha dominante - historicamente dominante - no que respeita à explicação e, sobretudo, à justificação, à legitimação da clemência aponta para uma teoria de justa causa, diz-nos que a clemência tem como finalidade corrigir injustiças decorrentes da aplicação da lei, ou seja, a clemência, manifestação do poder de graça do soberano, visa acautelar casos em que, por vários motivos, a aplicação da lei redundaria em injustiça, não se justificando, afinal, a sua aplicação.

8ª A partir do século XVIII e principalmente no quadro do Estado constitucional, a teoria da justa causa e, conseqüentemente, a figura da clemência enfrentam inúmeras críticas, porque mal se compreende, para os seus críticos, como pode a lei do Estado constitucional, fundado (e crente) na legalidade, na igualdade e na separação de poderes (e crente na sua racionalidade), ser geradora de casos que necessitem da intervenção da clemência; mal se compreende também como compatibilizar a clemência com a prevenção, *maxime* com a prevenção geral.

9ª Hoje, contudo, as justificações e explicações da amnistia (e, de modo mais geral, da clemência), quando as há, ainda se reconduzem às mesmas duas ideias dominantes expostas nas conclusões 6ª e 7ª, ou seja, a ideia que aponta para um conjunto de fins particulares, fins localizados e circunstanciais, que, num dado momento, num dado lugar e atentas certas circunstâncias, justificariam a clemência, e a ideia que aponta para a teoria da justa causa, para a clemência como mecanismo de “autocorreção da Justiça”.

10ª Aliás, as dificuldades enfrentadas pela figura da clemência no quadro do Estado de Direito assentam, a nosso ver, pelo menos, em quatro equívocos: em primeiro lugar, o equívoco de que o Estado de Direito realiza o princípio da igualdade; em segundo lugar, a pretensa “racionalidade” da punição *versus* a pretensa “irracionalidade” da clemência, desde logo, porque são ambos mecanismos de selecção; em terceiro lugar, a teoria da justa causa é uma teoria que (mais preocupada com a legitimação) permite uma explicação muito limitada da clemência, pelo que não se deve considerar a figura da clemência (e, nela, a amnistia) em crise no quadro do Estado de Direito, por estar em crise a teoria da justa causa; por último, a clemência não é um problema do Estado de Direito, ou, melhor, não é um problema só do Estado de Direito, a clemência é um problema de qualquer forma de

Estado (e de qualquer forma institucional de produção de poder), em qualquer tempo e lugar.

11^a Temos para nós – como ideia fundamental deste discurso - que a amnistia (a clemência, de um modo geral) é um mecanismo de manutenção e reforço do poder, poder que, de modo a manter a ordem que sustenta e que o sustenta, intenta uma estratégia de domínio relativamente aos indivíduos; o poder penal participa dessa mesma estratégia e, dentro dele, a amnistia (a clemência, de um modo geral), ao lado das penas, funciona como meio de afirmação desse poder e, *ipso facto*, como meio de realização dessa estratégia; a amnistia (a clemência, de um modo geral), tal como as penas, é um instrumento de disciplina social.

12^a Os fins mediatos das penas são os fins do Estado (ou os fins de outras formas institucionais de produção de poder), os quais, numa palavra, se podem reconduzir, a nosso ver, à manutenção de uma determinada ordem, ordem essa que sustenta esse Estado e que é por ele sustentada, ou mantida, se quisermos - e, ao dizermos isto, não fazemos distinção entre as várias ordens possíveis - histórica ou imaginativamente possíveis -, pois, para nós, a qualquer ordem se pode adequar este discurso; por outras palavras, vemos sempre, a montante e a jusante do Estado (e das demais formas institucionais de produção de poder), uma ordem, ordem que, para ser mantida, precisa de instrumentos, de mecanismos orientados para essa manutenção.

13^a E mantém-se, fundamentalmente, através da ameaça, por um lado, e da crença, por outro; ou seja, todos os mecanismos a que o poder recorre para manter a sua ordem visam, de alguma forma, um daqueles dois efeitos - a ameaça e a crença; sendo o Direito um dos sobreditos mecanismos do poder para a manutenção da sua ordem, não podia deixar de encontrar-se também no Direito, e no Direito Penal em particular, a procura daqueles citados dois efeitos.

14^a Na verdade, as penas, visam, sobretudo, o efeito da ameaça; o efeito da subordinação, da disciplina, numa palavra, do domínio; e visam esse efeito, quer no momento da sua consagração, da fixação das suas previsões e estatuição, se quisermos, quer no momento da sua aplicação, quer no momento da sua execução; hoje, sobretudo, talvez no momento da sua execução - facto para o qual o pensamento dos chamados “institucionalistas radicais” e, em particular, de MICHEL FOUCAULT nos alertou.

15^a Aliás, os métodos punitivos não são simples consequências de regras de direito, mas técnicas que se inserem num mais vasto campo dos processos de poder, processos esses que se ordenam para a manutenção de determinada(s) ordem(ns) social(is) - ou estruturas; trata-se, afinal e em suma, de ver os métodos punitivos na perspectiva da estratégia política, como um capítulo da anatomia política, mais do que uma consequência de teorias jurídicas.

16^a Não devemos restringir o pensamento sobre o poder - o poder social, o poder político, *et pour cause* - ao poder do Estado, ao contrário do que pretendeu a teoria liberal, nem queremos restringir a validade do nosso discurso sobre a amnistia no sistema penal ao quadro do poder do Estado - embora comecemos por o desenvolver aí; estamos, pois, com BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS no que respeita à sua tese sobre os modos de produção de poder social, que distingue nas sociedades capitalistas quatro espaços estruturais, cada um com a sua unidade de prática social, a sua forma institucional, o seu mecanismo de poder, a sua forma de direito e o seu modo de racionalidade; consideramos que, em qualquer um dos referidos espaços estruturais relativos aos modos de produção de poder social (e político), tem cabimento, não só a prerrogativa e o exercício da clemência, como também o discurso que sobre ela aqui propomos; se os mecanismos punitivos não são um exclusivo do poder estadual, também a clemência e o discurso sobre ela não hão-de sê-lo.

17^a Prosseguindo - ainda sobre os fins das penas -, para além da ameaça, dizemos que não podemos deixar de ver nas penas também a procura, de um certo jeito, do efeito de crença, quer no momento da sua consagração, quer no momento da sua aplicação, quer, por fim, no momento da sua execução; todo o discurso de cunho “humanista” acerca de penas, por exemplo, visa, em última análise, também um efeito de crença no poder que as estatui, aplica e executa, ou seja, visa - para usar um batido jargão político - apresentar um “poder de rosto humano”, susceptível de ser melhor aceite pelos indivíduos; ou seja, a nossa hipótese, o nosso discurso, assenta também na ideia de que o poder se mantém e reforça através da crença em si mesmo (e nas suas eficácia, capacidade de manutenção e força) que conseguir suscitar nos que lhe estão submetidos, sendo certo que essa crença se consegue, de um passo, tal como a ameaça, através das manifestações de força por parte desse mesmo poder, e, de outro passo, através da gratidão e do reconhecimento da magnanimidade por parte dos que lhe estão submetidos.

18^a Ora, também na amnistia (e na clemência, de um modo geral, mas sobretudo na amnistia, dada a sua já referida radicalidade, proveniente, sobretudo, das referidas generalidade e discricionariedade que lhe estão associadas) vemos a procura dos citados efeitos de ameaça e de crença, ideia esta que podemos exprimir com estas palavras de ANTÓNIO HESPANHA (a propósito do sistema penal do Antigo Regime): *“Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta “inconsequência” de ameaçar sem cumprir. De se fazer temer, ameaçando: de se fazer amar, não cumprindo.”*

19^a Vemos na amnistia um instrumento de colocação do indivíduo à mercê do poder, que escolhe se e quando amnistia, criando ele mesmo, nesse momento, as regras do seu acto de amnistiar, sendo certo que, do ponto de vista do citado efeito ameaça que o poder intenta,

vemos como mais ameaçador o poder que faz e desfaz, demiurgicamente, que condena e amnistia, que encarcera e liberta, do que o poder que unicamente faz, condena e encarcera; e ainda mais ameaçador é o poder que desfaz, amnistia e liberta se, quando e como entender; por isso, dizemos que, no mais largo campo da clemência, a amnistia é a mais radical das medidas, por ser praticamente total a possibilidade de escolha do poder relativamente à sua oportunidade, ao seu tempo e ao seu modo - radicalidade essa que também vem dos seus efeitos, maiores do que, segundo a tese tradicional sobre ela, nos casos do perdão genérico e do indulto.

20^a O acto de punir acarreta para o soberano que pune um “mais poder” e para o indivíduo que é punido um “menos poder; do mesmo passo, podemos dizer que o acto de perdoar (o acto de libertar da punição e, portanto- sublinhe-se -, um acto do poder, e não contra o poder) acarreta para o soberano que perdoado um “mais poder” (o poder, não só de punir, mas também de afastar a punição, ademais, se, quando e como o soberano entender) e para o indivíduo que é perdoado um “menos poder” (o “menos poder” de estar sujeito, não só à certeza da punição, mas também à incerteza do perdão).

21^a A clemência (e, nela, a amnistia) visa também um efeito de crença no poder, quer através da referida gratidão, quer através do referido reconhecimento da magnanimidade do poder por parte dos que lhe estão submetidos - sendo certo que para este último aspecto muito contribuirá o modo como a clemência for usada pelo soberano -, gratidão e reconhecimento da magnanimidade aqueles pelos quais o soberano se fará amar.

22^a Em conclusão, o poder precisa, à maneira de Jano, de duas faces, mas complementares e orientadas para o mesmo fim, de um lado a *severitas*, do outro a *clementia*, faces essas que, doseadas na medida certa, não só não se anulam reciprocamente, como permitem alcançar um mesmo fim; e a crença no poder será tanto maior, quanto maior for – para além do

poder de punir -, não só o poder de perdoar (com as implicações que já apontámos), mas também o saber perdoar, sendo certo que esse saber deve ser lido no sentido de englobar quer a capacidade de perdoar, quer a capacidade de saber escolher quem deve ser perdoado, como e quando.

23^a Não se pode falar em oposição entre a clemência e os fins imediatos das penas, pois entre uma e outras não há, verdadeiramente, concorrência, mas alternatividade; o poder ora recorre a uma, ora a outras, em ordem a prosseguir os seus assinalados fins; porque são concomitantes na sua existência, mas alternativas na sua aplicação, não se chocam; o poder, ao fazer uma coisa ou outra (punir ou perdoar) e, sobretudo, ao poder fazer uma coisa ou outra, afirma-se na sua plenitude; por outro lado, e mesmo considerando, em tese, a possibilidade de contradição entre os fins imediatos das penas e a clemência, decorrente de uma concorrência entre elas, sempre dizemos que aquela aparente contradição toma a nuvem por Juno, sendo muito menor do que, à primeira vista, pode parecer.

VI. BIBLIOGRAFIA

. ABBAGNANO, Nicola, *História da Filosofia*, Volumes IV e VII, respectivamente, 3^a e 4^a edições, Lisboa, Editorial Presença, respectivamente, s.d. e 1994 (traduções, respectivamente, de José Garcia Abreu e de António Ramos Rosa e António Borges Coelho, de *Storia della Filosofia*, sem indicação de edição, lugar e data).

. AQUINO, S. Tomás de, *Tratado da Lei* (“*De Legibus, in Quatuor Articulos Divisa*”, in *Summa Theologica*), Porto, Rés-Editora,Lda., s.d. (tradução de Fernando Couto).

. ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral (Uma Perspectiva Luso-Brasileira)*, 7ª edição (revista), Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

. BARATTA, Alessandro, “*Dogmática Penal e Criminologia (O Passado e o Futuro do Modelo Integral da Ciência do Direito Penal)*”, *Revista Jurídica*, nº 2, Outubro-Dezembro 1983, págs. 11-43 (tradução de Teresa Pizarro Beleza, da versão alemã, de 1980, de “*Strafrechtsdogmatik und Kriminologie...*”).

- “*Criminologia Crítica y Política Penal Alternativa*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 81-95.

. BECCARIA, Cesare, *Dos Crimes e das Penas* (Excertos), *Revista do Ministério Público*, Ano 14º, Abril-Junho 1993, nº 54, págs. 191- 196, e Julho-Setembro 1993, nº 55, págs.189-193 (tradução de Eduardo Maia Costa, de *Dei Delitti e delle Pene*, de 1764).

. BELEZA, Teresa Pizarro, “*O Mito da Recuperação do Delinquente no Discurso Punitivo do Código Penal de 1982*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 4º, Volume 16, págs. 9-42.

- *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª edição, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1984.

- “*A Moderna Criminologia e a Aplicação do Direito Penal*”, *Revista Jurídica*, nº 8, Outubro-Dezembro 1986, Nova Série, págs. 39-61.

. BLANCHOT, Maurice, *Foucault Como o Imagino*, Lisboa, Relógio de Água Editores, s.d. (tradução de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, de *Michel Foucault tel que je l'imagino*, Éditions Fata Morgana, s.d.).

. BRITO, José de Sousa e, “*Para Fundamentação do Direito Criminal*” (excertos das obras do autor *Direito Criminal*, de 1963, e *Teoria do Direito*, de 1976/77), in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo I, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 127-233.

“*A Lei Penal na Constituição*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, Edição da A.A.F.D.L., 1983/1984, págs. 3-62.

- “*Sobre a Amnistia*”, *Revista Jurídica*, Nova Série, nº 6, Abril-Junho 1986, págs. 15-47.

. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (tradução de Menezes Cordeiro, da 2ª edição alemã, de 1983, de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*).

. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 3ª edição (revista), Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

. CORDEIRO, António Menezes, *Introdução à Edição Portuguesa de Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris (vd. CANARIS) – pode ver-se também na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Dezembro 1988, págs. 697-772, com o título “*Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*”.

. CORREIA, Eduardo (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, II, reimpressão (sem indicação da edição), Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

- . CORREIA, Eduardo / CARVALHO, Taipa de, *Direito Criminal*, III (2), Coimbra, 1980.
- . DIAS, Augusto Silva, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra, Livraria Almedina, s.d..
- . DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974.
- “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Janeiro-Abril 1983, págs. 5-40.
- *Direito Penal Português – Parte Geral, II (As Consequências Jurídicas do Crime)*, Lisboa, Aequitas e Editorial Notícias, 1993.
- . DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, reimpressão (da edição de 1984), Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- . ECO, Umberto, *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*, 6ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 1995 (tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, de *Como Si Fa Una Tesi Di Laurea*, Milão, Casa Editrice Valentino Bompiani & C., 1977).
- . ENGELS, Friedrich, *A Situação da Classe Trabalhadora em Inglaterra, Portugal / Brasil*, Editorial Presença / Livraria Martins Fontes, s.d. (tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira, sem indicação do original; 1ª edição da obra de 1845).

. ERIBON, Didier, *Michel Foucault*, Lisboa, Livros do Brasil, 1990 (tradução de J.L. Gomes, de *Michel Foucault*, Flammarion, 1989).

. ESTEVES, Maria da Assunção Andrade, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1989.

. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português – Parte Geral*, II, Lisboa / S. Paulo, Editorial Verbo, 1982.

. FITZPATRICK, Peter, “*A Criação do Sujeito de Direito nas Genealogias de Michel Foucault*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 8º, Abril-Junho 1987, nº 30, págs. 7-24 (tradução de Teresa Pizarro Beleza).

. FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir (Nascimento da Prisão)*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1977 (tradução de Ligia M. Pondé Vassalo, do original francês *Surveiller et Punir*, Éditions Gallimard, 1975).

- *O que é um autor?*, Lisboa, Vega, 1992 (tradução de António Fernando Cascais e Edmundo Cordeiro, de “*Qu’est-ce qu’un auteur?*”, *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 63e année, nº 3, juillet-septembre 1969, págs. 73-95, “*La Vie des Hommes Infâmes?*”, *Les Cahiers du Chemin*, nº 29, 15 janvier 1977, págs. 12-29, e “*L’écriture de Soi*”, *Corps Écrit*, nº 5 - “*L’auto-portrait*”, février 1983, págs. 3-23).

- *História da Sexualidade - I (A Vontade de Saber)*, Lisboa, Relógio d'Água Editores, 1994 (tradução de Pedro Tamen, de *Histoire de la Sexualité (1. La Volonté de Savoir)*, Éditions Gallimard, 1976).

- *História da Loucura na Idade Clássica*, 4ª edição, S. Paulo, Editora Perspectiva, 1995 (tradução de José Teixeira Coelho Netto, de *Histoire de la Folie à l'Âge Classique*, Éditions Gallimard, 1972).

- (Organização, com OUTROS, e apresentação de Michel FOUCAULT), *Eu, Pierre Rivière, que Degolei a minha Mãe, a minha Irmã e o meu Irmão ... (Um caso de Parricídio no Século XIX)*, Lisboa, Terramar, Junho 1997 (tradução de Maria Filomena Duarte, de *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma Mère, ma Soeur et mon Frère ... (Un Cas de Parricide au XIXème Siècle)*, Éditions Gallimard, 1973).

. GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português (Anotado e Comentado)*, 10ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

. HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. (tradução de Armindo Ribeiro Mendes, da edição inglesa de 1961, de *The Concept of Law*, Oxford University Press).

. HAY, Douglas, "Property, Authority and the Criminal Law", in Douglas Hay e Outros, *Albion's Fatal Tree (Crime and Society in Eighteenth-Century England)*, Harmondsworth, Penguin Books, 1977 (1ª edição de 1975).

. HESPANHA, António Manuel, “*Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma*”, in *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, 1ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, Setembro de 1993, págs. 5-58.

- “*Da “iustitia” à “disciplina” (Textos, poder e política penal no Antigo Regime)*”, in *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, págs. 287-379.

- “*Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução*”, in *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, págs. 381-468.

. HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Harmondsworth, Penguin Books, 1985 (publicado pela primeira vez em 1651, depois de já ter circulado anteriormente com diferenças relativamente à versão de 1651 e com outros títulos).

- *Elementos do Direito Natural e Político*, Porto, Rés-Editora, Lda., s.d. (tradução de Fernando Couto, de *The Elements of Law, Natural and Politic*, sem indicação de edição).

. JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Vol. I, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1853.

. LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, reimpressão (da edição – *student edition* – de 1988), Cambridge / New York, Cambridge University Press, 1996 (publicado pela 1ª vez em 1690).

. KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa, Edições 70, (tradução de Paulo Quintela, do original alemão *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, a partir da reprodução da segunda edição, de Riga, de 1786; primeira edição de 1785).

. MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 9ª reimpressão (da edição de 1982), Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

. MARTÍNEZ, Soares, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

- *Textos de Filosofia do Direito*, II Volumes, Coimbra, Livraria Almedina, 1993 (Vol. I) e 1995 (Vol. II).

. MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas (De 1822 ao Texto Actual da Constituição)*, 2ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1984.

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 4ª edição (revista e actualizada), e Tomo III, reimpressão (da 2ª edição – revista), Coimbra, Coimbra Editora, 1990 (Tomo I) e 1988 (Tomo III).

. MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. 1º, 2ª edição (revista e acrescentada), Coimbra, Coimbra Editora, 1955.

. MORE, Thomas, *A Utopia*, 10ª edição, Lisboa, Guimarães Editores, 1996 (tradução de José Marinho, original latino *De Optimo Reipublicae Statu Deque Nova Insula Utopia*, publicado em Basileia, 1516).

. ORWELL, George, *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*, 2ª edição, Lisboa, Edições Antígona, 1997 (tradução de Ana Luísa Faria, da edição inglesa de *Nineteen Eighty-Four* da Penguin Books, de 1980; 1ª edição inglesa em 1949).

. PEREIRA, Maria Helena da Rocha, *Estudos de História da Cultura Clássica*, II Volume / Cultura Romana, 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d..

. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, 3ª edição, Mem Martins, Publicações Europa-América, s.d. (tradução de Leonaldo Manuel Pereira Brum; original *Le Contrat Social*, dado à estampa pela primeira vez em 1762).

. ROXIN, Claus, “*Sentido e Limites da Pena Estatal*”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Lisboa, Vega, 1993, págs. 15-47 (publicado pela 1ª vez em 1966; tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz).

. SANTOS, Boaventura de Sousa, *Um Discurso Sobre as Ciências*, 8ª edição, Porto, Edições Afrontamento, Março 1996 (1ª edição de Julho de 1987).

- *Pela Mão de Alice (O Social e o Político na Pós-Modernidade)*, 5ª edição, Porto, Edições Afrontamento, Março 1996.

. SANTOS, José Beleza dos, “*Fins das Penas*”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. XIV (1937/38), págs. 21-75.

-“*Delinquentes Habituais, Vadios e Equiparados no Direito Português*”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 70º Ano-1937/38, nºs 2608/2609, págs. 337-355, nº 2611, págs. 385-387, nº 2612, págs. 401-403, 71º Ano-1938/39, nº 2613, págs. 3-4, nº 2614, págs. 17-18, nº 2615, págs. 33-35, nº 2616, págs. 49-51, nº 2618, págs. 81-82, nº 2619, págs. 97-98, nº 2624, págs. 176-179, nº 2625, págs. 193-194, nº 2626, págs. 209-211, nº 2627, págs. 225-228, nº 2628, págs. 240-243, nº 2629, págs. 256-259, nº 2630, págs. 272-275, nº 2631, págs. 288-291, nº 2632, págs. 304-307, nº 2633, págs. 320-323, nº 2634, págs. 337-339, nº 2635, págs. 352-355, nº 2636, págs. 368-372, nº 2637, págs. 384-389, 72º Ano-1939/40, nº 2645, págs. 102-105, nº 2651, págs. 196-198, nº 2657, págs. 289-291, nº 2658, págs. 305-307, nº 2659, págs. 321-323, nº 2661, págs. 355-358, 73º Ano-1940/41, nº 2678, págs. 209-212, nº 2679, págs. 225-228, nº 2680, págs. 241-244, nº 2686, págs. 337-340, nº 2688, págs. 369-371.

. SILVA, Germano Marques da, “*Amnistia*”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 1, Lisboa / S. Paulo, Verbo, s.d., págs. 284-285.

. VIEIRA, Padre António, *Sermões Escolhidos*, 3ª edição, s.l., Editora Ulisseia, s.d..

Lisboa / Santarém / Figueira da Foz, Abril–Setembro de 1997