

Reflexões crenciológicas sobre o estatuto epistemológico das denominadas ciências jurídico-penais/criminais

Fernando Eduardo Batista Conde Monteiro

Universidade do Minho

Conde Monteiro, Fernando E.B. (2025). Reflexões crenciológicas sobre o estatuto epistemológico das denominadas ciências jurídico-penais/criminais. Revista Electrónica de Criminología 10-06. 1-10. <https://doi.org/10.30827/rec.10.34168>

RESUMO: Trata-se de uma reflexão epistemológica relativa ao direito penal à luz da crenciologia (filosofia por mim criada a partir de 2019). Através dela analiso criticamente os fundamentos epistemológicos que estiveram na origem do moderno direito penal. Concluo pela ausência de uma efetiva ciência neste. Demonstro igualmente que a criminologia e a ciência jurídico-penal estão unidas pelo mesmo tipo de vetores epistemológicos e assim coincidem em essência.

PALAVRAS-CHAVE: Epistemologia, Complexidade linear e não linear, Direito penal, Criminologia

CRENCIOLOGICAL REFLECTIONS ON THE EPISTEMOLOGICAL STATUS OF THE SO-CALLED CRIMINAL/LEGAL SCIENCES

ABSTRACT: This is an epistemological reflection on criminal law in the light of Crenciology (a philosophy I created in 2019). Through it, I critically analyze the epistemological foundations that were at the origin of modern criminal law. I conclude that it lacks an effective science. I also demonstrate that criminology and legal-penal science are united by the same type of epistemological vectors and thus coincide in essence.

KEYWORDS: Epistemology, Linear and non-linear complexity, Criminal law, Criminology

REFLEXIONES CRENCIOLÓGICAS SOBRE EL ESTATUS EPISTEMOLÓGICO DE LAS LLAMADAS CIENCIAS PENALES/JURÍDICAS

RESUMEN: Se trata de una reflexión epistemológica sobre el Derecho penal a la luz de la Crenciología (filosofía que he creado en 2019). A través de ella, analizo críticamente los fundamentos epistemológicos que estuvieron en el origen del Derecho penal moderno. Concluyo que carece de una ciencia efectiva. También demuestro que la criminología y la ciencia jurídico-penal están unidas por el mismo tipo de vectores epistemológicos y, por tanto, coinciden en su esencia.

PALABRAS CLAVE: Epistemología, Complejidad lineal y no lineal, Derecho penal, Criminología

FECHA RECEPCIÓN REC: 28/02/24

FECHA PUBLICACIÓN REC: 10/06/25

AUTOR/A CORRESPONDENCIA: Fernando Conde Monteiro, cmonteiro@direito.uminho.pt

SUMÁRIO: 1. *A autodenominada ciência jurídico-penal. Aspectos históricos*, 1.2. *A evolução posterior até ao estado atual. Visão sucinta*, 2. *A dimensão ética do direito penal. Introdução*, 2.1. *A especificidade jurídico-penal no plano da delimitação do seu objeto: a herança demoliberal*, 2.2. *A complexidade não linear como elemento onnipresente na tentativa de determinação dos tipos legais de crime. O problema fundamental da eticidade humana*, 2.2.1. *O problema no âmbito jurídico-penal. Enunciação de alguns fundamentais problemas*, 3. *O problema da intencionalidade de dar eficácia ao direito penal*, 3.1. *A fundamentação ou pretensão fundamentação epistemológica das penas. As teorias preventivas negativas*, 3.2. *As teorias preventivas positivas*, 3.3. *A prevenção especial positiva*, 3.4. *As finalidades ético-retributivas*, 3.5. *As medidas de segurança*, 3.6. *Modelos de diversão ou desjudicialização. Generalidades*, 3.6.1. *O plea bargaining*, 3.6.2. *Processos intermédios de negociação penal*, 4. *O princípio da legalidade*, 5. *Conclusão. Características dominantes sob a perspetiva crenciológica*, 6. *A criminologia e a ciência jurídico-penal: não mais a separação ou a epistemologia enquanto ponte de união indeclinável entre as duas. Os problemas epistemológicos de base*, 6.1. *O problema do objeto*, 6.2. *A questão da contenção do crime*, 7. *Conclusão final*

1. A autodenominada ciência jurídico-penal. Aspectos históricos

É dado como certo entre a comunidade jurídico-penal que aquilo que se poderá considerar como o nascimento da ciência jurídico-penal remonta aos quadros histórico-culturais do iluminismo de cariz democrático. Por um lado, deve-se desde logo referir as tentativas de expurgar o direito penal do fenómeno religioso, substituindo-o por o laicismo e nomeadamente pelo individualismo liberal a assumir o papel central de delimitar o conteúdo do ilícito penal (algo de resto que não foi de imediato feito). Por outro, deve-se igualmente referir a tentativa de funcionalizar o direito em causa através do recurso à ideia empirista de prevenir o crime pelo seu aspeto intimidativo, superior em termos de custo-benefício ao prazer inerente à sua prática pelo delinquente (Feuerbach).

A evolução destes intentos levou a uma progressiva complexidade da fundamentação epistemológica (ou pseudo-epistemológica) a cristalizar-se nas (pseudo) legitimadoras ideias do mínimo ético jurídico-penal e da necessidade e proporcionalidade das consequências jurídico-penais (Constituição da República Portuguesa de 1822, artigos 10.º e 11.º).

Tudo isto recebeu guarida nas constituições oitocentistas a par do estabelecimento dos princípios da legalidade, jurisdicionalidade, humanidade, etc. (Monteiro, 2015b).

Encontramo-nos assim perante construções muito abstratas, cheias de boas intenções e naturalmente refletindo os lugares-comuns, os preconceitos e estereótipos vigentes (condicionalidade histórico-cultural), (Cusson, 2002).

Efetivamente, os programas encetados revelaram-se desde cedo imbuídos de óbvias fragilidades. O ideal liberal de definir um direito penal descarnado de tudo o que se revelasse contrário a este nunca passou de um mero intento. Ao lado da proteção de interesses individuais coexistiu também a defesa de interesses coletivos, da própria religião inicialmente, etc. (Código Penal Português de 1852, artigos 130.º, §§ 3.º, 4.º, 135.º e 256.º). A tutela em causa não obedeceu unicamente à efetiva lesão de bens, mas igualmente à sua tutela antecipada (v.g. a tentativa, crimes de mera atividade...), (idem, artigos 256.º, 260.º, 264.º).

1.2. A evolução posterior até ao estado atual. Visão sucinta

Independentemente da transição do Estado liberal para o social e mais do que isso, foi efetivamente a crescente complexidade das sociedades modernas e pós-modernas que atiraram o direito penal para características em larga medida pouco já condicentes com a herança liberal (se ela efetivamente teve lugar, pelo menos na sua plenitude) e abstraindo das experiências totalitárias que inevitavelmente toldaram a fenomenologia jurídico-penal (nacional-socialismo e socialismo).

Efetivamente o direito penal contemporâneo é composto por um conjunto múltiplo e divergente de características aditadas ao longo dos tempos e sem sequer qualquer lógica sistemático-funcional ou axiológica (infra).

2. A dimensão ética do direito penal. Introdução

O direito penal como todo o direito regula ou visa regular relações sociais. Estas regulações implicam naturalmente proibições e em certos casos imposições de condutas. Por outro lado, são relacionamentos muito complexos. Desde logo, esta complexidade deriva dos entes que neles participam (complexidade linear não resolvida, porque empiricamente não demonstrada, aqui em última análise). Encontramos assim pessoas humanas a relacionarem-se entre si. Também constatamos a existência de entes coletivos de diferente natureza a interrelacionarem-se e com os entes humanos. De resto, relações com entes não de todo humanos também têm lugar (animais, natureza e mais recentemente a inteligência artificial). Também esta complexidade resulta das particularidades psicobiológicas e sociológicas dos mesmos entes. Ainda das próprias matérias objeto destes tipos de relacionamentos (Monteiro, 2012). De tudo isto verifica-se desde logo a incapacidade epistemológica, *a priori*, ou pelo menos em definitivo, de poder dar soluções cabais, no plano empírico, às questões em causa (complexidade linear não resolvida, supra), para além das dificuldades em larga medida aparentemente impossíveis de serem

superadas de delimitar os conteúdos axiológico-normativos (infra 2.2.1).

2.1. A especificidade jurídico-penal no plano da delimitação do seu objeto: a herança demoliberal

O ponto de partida na determinação do conteúdo do direito penal do liberalismo assentou no mínimo ético deste (supra 1). Tal derivou do relacionamento do indivíduo para com o Estado. Se na base desta filosofia, estava/está o ser humano, pleno de individualidade, isto é, cheio de possibilidades de conteúdos comportamentais apenas limitados por um princípio de não interferência abusivo no outro com quem interage (princípio da igualdade no plano horizontal); por outro lado, a intervenção estatal deve ser entendida como imprescindível, mas ao mesmo tempo o menos limitadora possível (mistura de uma pretensão de eficácia limitada axiologicamente), em face de um ser incapaz de sem ela subsistir (lembramos Hobbes). Deste modo, consegue-se perceber perfeitamente a delineação (ou tentativa) de um conteúdo largamente coincidente com a tutela direta e indireta de direitos fundamentais de cariz individual. Algo de resto nunca concretizado em qualquer código penal (supra 1).

2.2. A complexidade não linear como elemento omnipresente na tentativa de determinação dos tipos legais de crime. O problema fundamental da eticidade humana

Viver é antes de tudo conviver. O nascimento é resultado antes de mais do convívio (união do masculino com o feminino). O código genético é ele próprio em larga medida o produto de uma infinidade de relacionamentos historicamente existentes. A personalidade de cada um de nós é construída ao longo de uma série de relações a partir da experiência primeva da família e só em definitivo cessa com a nossa morte. Ainda que nos isolemos do mundo, reduzindo ao mínimo possível os relacionamentos com terceiros, não poderemos nunca renunciar ao nosso passado com os outros. Somos por isso também aqueles com quem nos tivermos dado em termos de toda a espécie possível de vínculos aqui tidos lugar. Espécie esta, de resto, que no plano empírico se revela de uma complexidade em última análise não resolvida (infra 3 e ss.). Daqui que desde logo não seja de estranhar a aparente e nunca até agora resolvida questão da determinação epistemologicamente fundada dos conteúdos normativos deste tipo de relações. Tal, para além da sua própria complexidade empírica subjacente (supra), revela-se permanentemente ou tem-se revelado como uma questão aberta desde logo por via da inexistência de, *a priori*, qualquer critério exterior de validação das possíveis proposições a terem lugar ou tidas de facto (Monteiro, 2022).

De tudo isto resultou, tem resultado uma caoticidade na determinação dos conteúdos em causa. Esta caoticidade tem-se expressado nas múltiplas diversidades destes mesmos conteúdos em termos diacrónicos e sincrónicos. Desde influências mágicas/místicas e religiosas até aspetos ideológicos, idiossincráticos, culturais, etc., tudo efetivamente tem mais ou menos estado presente neste domínio (como no albergue espanhol poderemos encontrar o que quisermos ainda que sem ter a noção do que efetivamente se quer). Mais, a fluidez, a confusão, a ignorância, têm aqui estado, permanentemente. Particularmente nas sociedades atuais, imbuídas de uma complexidade imensa e carecendo de múltiplas normas de cariz ético, as necessidades sentidas têm determinado uma imensa mole de normas difíceis de codificar e, portanto, caindo inevitavelmente no plano da caoticidade referida (Monteiro, 2015a).

2.2.1. O problema no âmbito jurídico-penal. Enunciação de alguns fundamentais problemas

Os conteúdos normativos de natureza jurídico-penal têm variado com o tempo e também no espaço (diacrónica e sincronicamente). A escolha dos comportamentos (positivos/negativos) nunca é algo de determinado *a priori*. Esta indeterminação resulta desde logo ou pode resultar de aspetos empíricos (v.g., saúde para efeitos de caracterização do crime de ofensas corporais, Código Penal Português, artigo 143.º, n.º 1) ou de questões éticas (v.g., “regime que concretamente se revelar mais favorável não agente”, Código Penal Português, artigo 2.º, n.º 4) e, portanto, a linguagem isto mesmo reflete. Por outro lado, também pode resultar dos critérios interpretativos e do sujeito ou sujeitos que os interpretam (Dias & Andrade, 1984). Também ainda o seu resultado concreto pode ser influenciado pelos processos nunca em definitivo determinados cientificamente da prova produzida (Monteiro, 2009). Mais do que tudo e como igualmente acontece no plano puramente ético, faltam-nos aqui, aparente e definitivamente, critérios de validação externos de quaisquer normas a determinar. E tal sucede numa dupla perspetiva. *Apriori* na determinação inicial da norma, no seu conteúdo material. Depois na sua delimitação negativa (Monteiro, 2015a).

De tudo isto resulta também aqui o mesmo fenómeno de caoticidade anteriormente referido. De notar, que esta caoticidade é *ab initio*, mas continua no plano da concretização dos textos em causa (caoticidade de segundo nível).

3. O problema da intencionalidade de dar eficácia ao direito penal

O direito penal como todo o direito apresenta-se como uma fenomenologia que visa dar eficácia aos seus comandos normativos. Originalmente essa eficácia foi puramente pensada no plano das penas. Mais, a natureza destas foi perspectivada em concordância axiológica com os conteúdos normativos dos tipos legais de crime (princípio da proporcionalidade). Isto significou/significa ainda uma espécie ou várias (em alternativa) de penas, apresentadas em escalas (entre um mínimo e um máximo), em concordância ou pretendendo essa concordância com a espécie de bem axiológico a proteger e ainda também em conformidade com a modalidade de comportamento (dolo/negligência desde logo) que esteve/está na lesão ou colocação em perigo do bem ou bens em causa (Monteiro, 2015a).

Subjacente a tudo isto encontramos dois aspetos cruciais a considerar. Por um lado, a convicção (sempre) da intrínseca necessidade das penas para a tutela dos conteúdos normativos estabelecidos juridico-penalmente (princípio da necessidade das penas/direito penal). Por outro, as limitações éticas ao conteúdo das penas, das suas espécies e duração (v.g, proibição das penas ditas cruéis ou infamantes, da pena de morte).

3.1. A fundamentação ou pretensão fundamentação epistemológica das penas. As teorias preventivas negativas

O direito penal moderno surge fundamentado *ab initio* na pretensão de perspetivar o efeito intimidativo das penas como fenómeno dissuasor da prática de crimes, porque mais graves do que os benefícios derivados da prática do crime (supra 1). Por via da condenação concreta de um criminoso, tal, para além do efeito sobre o próprio condenado (prevenção especial negativa), produziria um efeito generalizador sobre todos os potenciais delinquentes (demais membros do Estado aplicador da pena), inibindo-os da prática de crimes (prevenção geral negativa).

Uma conceção deste teor, tão velha quanto a humanidade (Freud, 2012), nunca efetivamente foi objeto de qualquer relevante prova empírica. Mais, coexistiu com a falência patentemente demonstrada da operacionalidade do direito penal. De resto, é no mínimo curioso que os juristas iluministas atacassem consistentemente o velho direito penal pela sua inoperacionalidade e por isso estabelecessem penas mais brandas e não obstante mantivessem este velho paradigma.

Na sua base em termos epistemológicos, encontramos simplesmente aquilo a que podemos designar por uma evidência ou melhor uma pseudoevidência, a saber, a ideia de que o castigo tem sem mais um efeito pedagógico de aprendizagem ou desaprendizagem de

comportamentos, particularmente para terceiros ao reverem-se no castigo do condenado.

Os estudos científicos neste domínio (teorias da aprendizagem/behaviorismo) demonstraram as fraquezas deste tipo de mecanismo, por via antes de mais das nunca ultrapassadas falências empíricas aqui detetadas: convicção da não punibilidade da conduta desde logo no momento da sua efetivação pelo delinquent (Eysenck, s.d.), distanciamento da sua aplicação relativamente à sua concreta execução (Skinner, 2000).

3.2. As teorias preventivas positivas

Filiando-se no funcionalismo sistémico, as teorias de caráter preventivo geral positivo colocam o ênfase, quer na ideia de pacificação social em face do alarme criado pelo crime, quer na necessidade de adscrição das normas/valores aos cidadãos colocadas em crise pela conduta criminosa, quer ainda pela afirmação da proeminência do sistema jurídico-penal em face do crime manifestado (Dias, 2019), senão mesmo como expressão de um ético-retributismo disfarçado (Monteiro, 2015 b).

Tal expressa naturalmente uma grande indefinição na determinação do seu conteúdo. Depois não são teorias empiricamente fundadas.

O inatismo destas teses revela-se em princípio na ideia de pacificação social/jurídica através do direito penal. Por um lado e antes de mais, tal já constitui seguramente uma justificação antiquíssima. Efetivamente em sistemas primevos, em que as ofensas consideradas graves buliam com as organizações sociais, o chamamento do sistema penal podia ao lado da composição criminal ser a solução que evitasse o alastramento de uma conflitualidade bélica que uma vez iniciada nunca se saberia como acabaria (Correia, 1971). Também ocasionalmente (v.g., a associação de criminosos que continuamente realiza crimes sobre os cidadãos), formas de criminalidade específicas podem especialmente colocar em crise a paz social. Por outro lado, o sentimento de insegurança dos cidadãos pode ou não estar relacionado com disfuncionalidades dos sistemas jurídico-penais. Uma criminalidade endémica proveniente de grandes urbes pode gerar permanentemente uma perceção psicológica de insegurança, como também esta última se pode revelar injustificada em face do funcionamento do sistema penal. Usualmente têm lugar todos os dias um sem-número de infrações penais, a maioria das quais sem qualquer resposta do sistema ou morrendo na sua fase inicial, este último caso integrando o fenómeno conhecido na criminologia como *mortandade processual* (Dias & Andrade, 1984). Tal não provoca grandes ou mesmo nenhuns alarmes sociais. De resto, crimes financeiros, corrupção, falsificações, crimes fiscais, etc., conhecidos como *crimes sem vítima lato sensu* (idem), não geram grandes alarmes sociais ao invés dos *crimes de*

sangue, que potenciados pela comunicação social poderão eventualmente nos Estados modernos provocar algum alarme social. Mas mesmo aqui poderemos encontrarmo-nos por este mesmo fenómeno de alarme social, apesar da efetiva intervenção jurídico-penal (v.g., crimes de terrorismo ou de homicídios com várias vítimas, em que a intervenção das instâncias formais de controlo nada pode significar relativamente a futuras ações semelhantes). Em conclusão, não dispomos de critérios seguros para determinar o que seja e como se expresse o chamado alarme social e se relacione com a pacificação social. Finalmente, não sabemos medir, em termos empíricos, quer o alarme social, quer, principalmente, a resposta jurídico-penal a este: tipo de penas, quantificação das mesmas, etc. (inanismo empírico).

Este inanismo também se revela desde logo na adscrição ao direito penal de um papel pedagógico que dificilmente pode ser suportado. Efetivamente, é a partir da infância que se forma a consciência ética dos indivíduos, no seio familiar, na escola, amigos, etc. Esta consciência solidifica-se nestes primeiros tempos e permanece assim em geral ao longo da vida das pessoas. Efetivamente mal se pode conceber que valores primários do direito penal como a vida, integridade física/saúde, propriedade, liberdade, etc. flutuem em função do maior ou menor funcionamento do sistema jurídico-penal. De resto, os próprios delinquentes são os primeiros a queixarem-se, quando no papel de vítimas, desde logo em face dos mesmos delitos que eles outrora praticaram. O que efetivamente se passa na maior parte dos casos de prática de delitos penais são a ocorrência dos designados processos de neutralização, em que os delinquentes se autojustificam através da invocação de um sem-número de razões a fundamentarem a sua prática, por exemplo, “todos fazem o mesmo”, “fizemos por fidelidade a alguém superior”, etc. (Dias & Andrade, 1984). Mas isto decorre simplesmente da realização dos delitos, pouco ou nada tem que ver com as efetivas reações jurídico-penais. A própria continuidade da prática de infrações em regra não expressa a renúncia aos valores/normas violados, mas deve-se a múltiplos fatores de diferente índole: adições, modos de vida, incapacidade de encetar novos estilos de vida, etc. Também e por último, ignoramos a forma de medição empírica deste tipo de fenómeno a existir efetivamente (inanismo empírico).

A reafirmação da validade funcional do sistema jurídico-penal, através da aplicação das suas consequências jurídico-penais, uma proposição que mais se enquadra no funcionalismo sistémico, debate-se igualmente com sérios problemas epistemológicos. Apresentado desde logo o sistema penal uma inquestionável vertente ética definidora do seu conteúdo normativo, fica por demonstrar, como já deixámos dito acima, que os valores ou normas entrem sem mais em crise com a sua concreta violação.

Relativamente à sua pretensão de eficácia empírica, fica igualmente por determinar que haja lugar à sua descrença pelos cidadãos por pura e simplesmente não funcionar a maior parte das vezes (supra). Isto pode naturalmente levar e leva de facto ao aumento da prática de crimes em determinados casos (v.g., jogo ilícito). Mas é um fenómeno antes de mais circunscrito aos infratores reais ou potenciais, eventualmente aos cidadãos em geral, se percebido por estes e em face patentemente da inoperacionalidade do funcionamento do sistema. Mais difícil se torna o estabelecimento de critérios operativos que determinem o ponto a partir do qual se poderá estar em face do colapso global. Para além de fenómenos óbvios de rutura em geral (v.g., guerra civil), no mais não temos critérios neste âmbito. Também na determinação de consequências jurídico-penais (espécie e medida) guiadas neste plano (indeterminismo epistemológico).

Sobre o ético-retributismo, disfarçado de prevenção geral positiva, em que se estabelece a partir das valorações ético-jurídico-penais correlações intrínsecas com as necessidades de prevenção geral positiva, deixamos a crítica para este tipo de teoria (infra 3.4).

3.3. A prevenção especial positiva

Sob o mote da socialização/ressocialização a ideia de com o funcionamento do sistema jurídico-penal regenerar o delinquente não é, como comumente surge, um produto que tenha nascido somente do positivismo italiano. Efetivamente todo o direito penal desde os seus tempos primevos teve como seu fundamental intento transformar o delinquente em algo de diferente e excluindo naturalmente e antes de mais a pena de morte. A associação entre pena e intimidação individual visava na pessoa do delinquente que este de futuro não cometesse mais crimes (Skinner, 2000). Se o crime era/é considerado como expressão da antisociabilidade do agente (Dias & Andrade, 1984), então, a finalidade do direito penal deve ser a de reintegrar o agente na coletividade/Estado, procurando que este não cometa mais crimes no futuro. A intimidação proveniente da pena é assim um meio entre outros de realizar este desiderato e, portanto, de reintegrar o agente no coletivo, inibindo-o no futuro de cometer mais crimes (ubiquidade do processo intimidatório, a um lado, integrante da prevenção especial negativa, a outro, da positiva).

Por outro lado, também o próprio ético-retributismo pode ser encarado neste mesmo plano. Particularmente no âmbito do direito disciplinar canónico ficou assente até hoje a ideia de um pena-espelho da culpa: relação de simetria, cuja finalidade seria, através do arrependimento, provocar a necessária *metanoia* no agente e assim em termos teológicos se reconciliar com o Pai, *regresso do filho pródigo* (infra 3.4) No puro plano

social, a *metanoia* seria agora dirigida à sociedade (ressocialização). O crime, exprimindo o distanciamento ético-social, seria através da expiação da pena, anulado (lembramos Hegel) e o agente, pelo arrependimento, reintegrado no âmbito do sistema de valores ético-sociais, regressando ao seio da sociedade (Dias, 2019).

A partir daqui o que efetivamente trouxe de novo o positivismo italiano? Fundamentalmente o empirismo que assim se substituiria ao punitivismo, ou seja, o que agora era decisivo seria tão somente tratar, se possível, ou em último termo isolar o delinquente da sociedade (*ideologia de tratamento*). Introduziu-se assim pela primeira vez no âmbito criminal as medidas de segurança. De qualquer maneira se a ideia inicial seria a de colocar fim ao direito penal, a evolução não foi nesse sentido. Ao invés, o sistema jurídico-penal manteve-se, mesmo com esta designação anacrónica (Roxin/Greco, 2020), incorporando agora as medidas de segurança ao lado das penas e de outras consequências jurídico-penais já existentes. De resto, as penas não ficaram imunes a isto. Elas evoluíram também no sentido de incorporaram características das medidas de segurança (Monteiro, 2015b). Por outro lado, se olharmos para a pena de prisão, constatamos desde logo que ela modernamente já incorporava a ideia de trabalho como elemento reintegrador do agente na sociedade (pense-se desde logo nos sistemas de Filadélfia e Auburn). Ainda neste plano, desde logo a pena de multa começou a desempenhar um papel fundamental na criminalidade menor e assim abrindo as portas ao surgimento de um conjunto de penas específicas a esta forma de atuação criminal (v.g., suspensão da execução da pena de prisão, admoestação). A evolução futura até aos nossos dias veio acentuar decisivamente estes aspetos. Por um lado, a pena de prisão diversificou-se em diferentes tipos de prisões no plano da sua execução (prisões de alta segurança, prisões abertas, semiabertas...). Depois, o seu concreto regime flexibilizou-se no plano da sua específica execução pela introdução da liberdade condicional, precedida de saídas precárias, e ainda pela introdução de conteúdos de múltipla natureza (programas de trabalho, de ocupação de tempos livres, de ensino, e tratamento de dependências, etc.). Tudo isto implicou uma clara introdução nas penas da ideia de ressocialização em termos empíricos (herança das medidas de segurança), a ponto de contemporaneamente se perderem em larga media os limites entre estas duas consequências jurídico-penais, como já anteriormente referimos (Monteiro, 2015b). De resto, apesar de todas estas transformações, ficamos ainda com problemas importantes em diferentes aspetos. Desde logo, a própria ideia de ressocialização revela-se de difícil entendimento. A partir do facto de o ser humano nascer associar e assim apresentar à partida traços perenes de um ser criminoso (Glover, 1960), poder-se-á, não obstante falar em ressocialização?

Depois, como ainda pensar esta mesma ideia relativamente a sociedades elas próprias também criminógenas (Dias & Andrade, 1984)? A contraposição entre sistema de valores/normas ético-sociais e comportamentos de facto faz aqui sentido? De resto, em face da multiplicidade de condutas criminais sem resposta pelas instâncias formais de controlo, da criminalidade expressa dos Estados (v.g, corrupção de titulares de órgãos de Estado, violência policial) e da sua contribuição implícita para o crime (v.g, desigualdades sociais, falta de políticas sociais), o que é ressocializar alguém que tenha cometido um simples crime? Uma forma de resposta é sair deste círculo de questões embaraçosas e reduzir ou tentar reduzir o fenómeno à ideia mais simples de evitar a reincidência do condenado. Algo, que, por outro lado, coloca questões imediatas de definição dos critérios a aqui usar. Identidade de crimes e que critérios utilizar? Tempo de decurso entre eles, motivações, etc.?

Dando de barato tudo isto, ficamos ainda com a questão de fundo ou o anátema de Martinson (*what's works? Nothing works*). Efetivamente com elevadas taxas em todo o mundo de reincidência, tem sentido falar em ressocialização ainda? Estará esta morta de vez? De notar, que o problema aqui colocado é acima de tudo relativamente à pena de prisão. Nascida modernamente em contraciclo com o pensamento iluminista, a partir da experiência religiosa (Filadélfia/Auburn) e configurando-se fortemente dessocializadora, desde então, a sua evolução não foi suficiente para apagar este seu estigma. Para isto concorreu antes de mais e no plano teórico a confusão de funcionalidades ou pseudofinalidades a ela inerentes: uma miscelânea de aspetos de carácter preventivo/ético-retributivo a conviverem com a ressocialização (Monteiro, 2015b). Depois, a falta patente de investimentos sérios neste âmbito, com ausência de programas de carácter ressocializador ou deficientemente executados, falta de funcionários e guardas, sobrelotação, subculturas criminais a operarem no seu seio, corrupção na sua administração, etc.

Em síntese, a ideia de ressocialização, para além de todos os problemas epistemológicos que levanta e a integram no plano de uma complexidade linear não resolvida e não linear, revela-se no entanto como algo operativo ao nível do sistema das consequências jurídico-penais determinando contemporaneamente a existência de penas substitutivas e alternativas na criminalidade menor, a par de outros mecanismos não jurisdicionais, na determinação das características atuais das prisões e ainda nos processo de determinação do conteúdo (espécie e medida das penas). Não é por isso um corpo estranho ao direito penal e, portanto, está longe de ser o unicórnio que muitos ainda afirmam e apesar de todas as sua ambiguidades e contradições (Monteiro, 2023).

3.4. As finalidades ético-retributivas

O ponto de partida para a aplicação de quaisquer penas é neste âmbito a suprema liberdade do indivíduo. Portanto a punibilidade deve assentar basicamente no ato livre direcionado direta ou indiretamente para o ilícito criminal. O se e a medida da pena assentam assim fundamentalmente na responsabilidade do sujeito atuante (eventualmente agindo pela omissão). Este não é mais objeto de punição por via de razões a ele alheias (necessidade de prevenção da imitação/sossego/adscrição de normas/funcionalidade do sistema). A pena assentará assim na plena dignidade humana (Kant). Quaisquer outras modalidades que disto se pretendam apartar, por exemplo, reduzindo a questão da culpa a um simples processo de estabelecer critérios de proporcionalidade (Monteiro, 2015b), não passam de pseudoteorias da culpa, inconciliáveis em último termo com os processos de determinação da pena, assentes sempre em questões de liberdade (Monteiro, 2023).

O problema básico deste tipo de posicionamento é o de simplesmente assentar em algo não demonstrado empiricamente (liberdade). Mais, os dados empíricos que temos neste plano apontam cada vez mais para o sentido oposto: existência de um determinismo no funcionamento desde logo dos processos decisórios (Bonilla, 2019). Encontramo-nos assim perante uma crença não apenas não fundada empiricamente, mas em larga medida em contradição com a experiência empírica (complexidade linear não resolvida). Noutros termos, o ato de punir em causa é tão heterónomo como os outros atos que estes autores criticam (*farisaísmo jurídico-penal*). Caímos deste modo na simples gratuidade, no aleatorismo. Em última análise o seu sustento assenta num atemporal e universal sentimento de vingança (Mendes et al., 2018). Como as penas são um mal (eventualmente poderão até colocar fim à vida do condenado), que irão corresponder a outro mal (crime), encontramos assim perante um ciclo sem fim de violência sobre violência (lembremos o interacionismo). Noutros termos, a violência inerente às instâncias formais de controlo e suportada formalmente por leis penais, distinguir-se-á da violência do crime apenas por o proceder, não mais do que isso (vingança). Daqui que os Estados através das suas instituições penais não sejam mais do que meras associações de crime (sindicatos do crime), ainda que tal esteja estribado em discursos farisaicos que mais não passam do que simples técnicas de neutralização em tudo iguais às utilizadas pelos delinquentes.

3.5. As medidas de segurança

Assentes desde sempre na perigosidade do agente e assim visando o tratamento ou inocuização deste, ainda o seu isolamento, foram, como anteriormente referimos,

a grande herança do positivismo italiano. A sua influência não se circunscreveu ao fenómeno da inimputabilidade por anomalia psíquica (supra 3.3.), mas alargou-se às próprias penas (supra idem), provocando alterações fundamentais na arquitetura funcional dos sistemas jurídico-penais e da própria configuração das consequências jurídico-penais. Mais recentemente assistimos ao seu alargamento. Caso das medidas de segurança não detentivas (Código Penal Português, artigos 100.º - 103.º).

A sua aceitabilidade *tout court* nunca teve lugar. Mais. Os abusos dela derivados (*ideologia de tratamento*) deram-lhe um cunho altamente pejorativo, ainda hoje vigente. Tem-se deste modo censurado o seu carácter altamente indeterminado em termos de efetivo funcionamento. A ideia central de uma perigosidade criminal geral é difícil de determinar. De facto, todos os seres humanos são naturalmente perigosos em termos jurídico-penais, porque antes de mais nascem criminosos (supra 3.3). Toda a parte emocional/temperamental considerada menos boa (agressividade, vingança, raiva, ódio, ansiedade, etc.) pode descambar em crimes (v.g., injúrias, difamação, ofensas corporais, etc.). De resto, também condições sociais podem ser sinónimo de perigosidade por parte de indivíduos delas participando, perfis de risco (v.g., habitantes de “bairros da lata”, populações com desemprego crónico e baixas qualificações vivendo em etnias com culturas objeto de exclusão pela maioria). Um maior aprofundamento da natureza humana relevará/revela naturalmente e nestes dois planos (individual/social) riscos óbvios de cometimento de crimes. Uma desde logo intervenção das instâncias formais de controlo (aqui médicos/especialistas) poderia revelar-se catastrófica. Ninguém poderia sentir-se seguro num *Leviatã* omnipresente e onnipotente em que a pessoa daria lugar ao doente (permanente) e assim deixado inteiramente nas mãos do Estado, que sem limites e guiado pela pseudo ideia de tratamento tudo poderia fazer em nome da doença sem fim de que todos padeceriam... Limitações aqui seriam por tudo isto inevitáveis. Restaria saber quais e qual o seu fundamento epistemológico. Numa área tão ampla e cheia de dúvidas (complexidade linear não resolvida antes de mais), os riscos de excessos seriam óbvios. Que tipo de perigosidade deveria ter lugar, que bens escolher e que grau de intervenção conceber, a partir de factos prévios e com que margens de risco definidas? Depois que medidas de segurança deveriam ter lugar? Obedeceriam a tipos previamente definidos e segundo que critérios? Ficariam à pura descrição dos técnicos/especialistas e quais seriam estes? Num plano de complexidade linear não resolvida, o arbítrio seria inevitável e com ele a intromissão (ilegítima) na esfera de ação dos cidadãos. De tudo isto resultariam inevitavelmente efeitos díspares (caoticidade) a colocarem em causa todo o modelo. A sua

sobrevivência seria deste modo numa sociedade aberta e democrática colocada seriamente em causa. De resto, por via de todas estas razões, este modelo nunca se impôs *tout court* (ideologia de tratamento).

3.6. Modelos de diversão ou desjudicização. Generalidades

De notar antes de mais que a ideia de negociação nunca em definitivo esteve ausente do direito penal. Desde os seus tempos primevos, pense-se desde logo na composição (supra 3.2) até à sua modernidade (v.g., crimes particulares *lato sensu*) ela esteve de algum modo presente. Ainda de forma dominante em inúmeras coletividades até aos nossos dias. Deste modo, o seu aparecimento contemporaneamente em sistemas em princípio a ela opostos não constitui em definitivo uma novidade.

3.6.1. O *plea bargaining*

Alicerçado desde muito cedo no sistema americano como um fenómeno dominante, tem esta perspectiva, consistente antes de mais na negociação da pena entre o ministério público e o arguido/defensor, com uma intervenção homologatória do juiz, migrado para os sistemas continentais em cada vez maior número. Tendo na sua base a celeridade antes de mais, não admira por isso que tenha sido requisitada em crescendo por sistemas penais em princípio a ela adversos (caso, por exemplo, da Alemanha). São, por outro lado, conhecidas as suas fragilidades epistemológicas. Desde o puro e simplesmente uso da mentira, como tática processual para forçar o consenso até à violação de princípios constitucionais tão sacrossantos como a presunção de inocência do arguido ou o princípio da verdade material (não faltando casos de incriminações de inocentes), tudo tem sido justificado em nome da rapidez da justiça (Dias& Andrade, 1984; Monteiro 2015a).

3.6.2. Processos intermédios de negociação penal

Designamos por processos intermédios de negociação aquelas formas de colocar fim a um processo penal (arquivamento do mesmo), em que a negociação não é simplesmente entre ministério público e arguido/defensor, praticamente com a homologação do juiz sem mais (*plea bargaining*, supra), mas pressupõe outros requisitos, eventualmente atinentes às partes (v.g., intervenção de outros sujeitos processuais) e/ou aos aspetos substantivo-processuais (v.g., requisitos materiais relativos ao tipo de crimes). Entre nós, a *suspensão provisória do processo*, diretamente inspirada no direito alemão, pode disso ser exemplo acabado (Código Processual Penal Português, artigos 281.º e 282.º).

A ideia de celeridade é um seu elemento-chave, a par também do seu caráter não dessocializador em comparação com a aplicação de penas máxime da pena

de prisão. Não avançando até extremos, quer do ponto de vista da relação com o ministério público, quer da perspectiva do arguido/vítima, fica entre os dois polos, por via da necessidade de requisitos atinentes aos sujeitos, aos tipos de crimes em causa, às consequências jurídico-penais (Código Processual Penal Português, artigo 281.º).

Encontrando-se entre os dois referidos polos, recebe por via disso as críticas daqui decorrentes. As necessidades de prevenção e a culpa, estando presentes em tudo isto, se vão naturalmente sentir; por outro lado, os processos negociais, com as suas próprias limitações (aleatoriedade, desequilíbrios gerados) inevitavelmente têm também aqui lugar (Monteiro, 2023).

3.6.3. Negociação entre arguido e vítima

Desde tempos idos que, como anteriormente referimos (supra 3.2), houve lugar a negociações do conflito penal. Por outro lado, este processo teve largas vezes a mediação de alguém (v.g., juiz, mediador, chefe da aldeia).

A celeridade é aqui óbvia também. Por outro lado, o informalismo e com ele a aleatoriedade são-lhe notas dominantes. Justificado por razões de não desocialização, tem ganhado terreno contemporaneamente. Sua aplicação *tout court* tem sido pouco defendida em contraponto a posições de maior moderação (aplicação a crimes menos graves). Violações do princípio da igualdade, favorecimento dos menos pobres, manipulações das partes são algumas das críticas em causa, derivadas da sua óbvia plasticidade (Monteiro, 2015a).

4. O princípio da legalidade

O arbítrio na configuração e aplicação do direito penal sempre constituiu uma característica deste ao longo da sua existência milenarmente alicerçada. Antes de mais a pouca atenção dada à sua elaboração (algo comum a todo o direito), de resto, até o costume constituiu fonte das suas normas (e pense-se modernamente nos Tribunais de Tóquio e Nuremberga), a par da sua aplicação, também pouco cuidada, implicaram que aquilo que juridicamente se configurava como o setor mais grave da ordem jurídica fosse duplamente gravoso, nas sanções e condutas incriminadas, também na sua aplicação arbitrariamente decidida (Correia, 1971).

Este estado de coisas viria a ser alterado com o iluminismo democrático. Também aqui o antropomorfismo foi naturalmente o eixo radiante. Se a punibilidade com os seus pressupostos foi considerada como um mal necessário e por isso inevitável, embora reduzida ao mínimo indispensável para assegurar espaços de paz social, que possibilitassem o normal funcionamento do agir individual (liberalismo), de qualquer maneira, esta deveria ser claramente definida para que os cidadãos pudessem antecipadamente saber o que lhes era proibido (ou em certos casos exigido

positivamente) e assim estivessem a salvo da arbitrariedade, nomeadamente dos juízes, estes mesmos já independentes do poder político (sentido protetivo deste princípio).

Daqui decorreram o princípio da determinabilidade dos pressupostos e das consequências, com a proibição da analogia contra o agente (Código Penal Português, artigo 2.º, n.º 3), naturalmente a serem definidos antes da sua concreta ocorrência (princípio da anterioridade da lei penal), apenas se permitindo a sua aplicação retroativa a favor do agente - princípio da aplicação da lei mais favorável a este (Constituição da República Portuguesa, artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4).

O principal problema em termos epistemológicos aqui verificado foi o atinente, desde logo, à ignorância à época do caráter fortemente polissêmico da linguagem humana, também da amiudadas vezes impossibilidade de determinação de vocábulos utilizados, por via da *nature der Sachen* (natureza das coisas), igualmente do caráter contextual dos signos usados e da sua eventual determinabilidade a partir daqui, ainda pela sua mutabilidade histórico-cultural e finalmente pela ausência de regras fechadas sobre a interpretação da linguagem vertida.

O resultado de tudo isto foi e é a caoticidade inerente ao fenómeno aplicativo do direito penal a ser agravada pelas questões altamente complexas da aferição da prova (Monteiro, 2009).

5. Conclusão. Características dominantes sob a perspetiva crenciológica

Do exposto pode-se concluir que, a partir daquilo que se pode designar como um modelo ocidental de direito penal, concretizado em meados do séc. XVIII e durante todo o séc. XIX e que se expandiu universalmente, ainda que com exceções de vária índole, este apresenta grosso modo e em termos epistemológicos as seguintes características fundamentais. Em primeiro lugar, apresentou-se/apresenta-se como um direito penal fundamentalmente punitivo, vendo nesta qualidade algo de necessário, o que não está demonstrado (complexidade linear não resolvida). Depois, introduziu/introduz limitações éticas não demonstráveis axiologicamente (complexidade não linear). Afirma, por outro lado, um conteúdo normativo reduzido à minicidade, o que também não é demonstrado (complexidade não linear). Finalmente edifica um princípio da legalidade, que também não tem lugar efetivamente no seu propósito de tornar certas as normas jurídico-penais.

6. A criminologia e a ciência jurídico-penal: não mais a separação ou a epistemologia enquanto ponte de união indeclinável entre as duas. Os problemas epistemológicos de base

Do que tratam as duas disciplinas em causa? Essencialmente de duas grandes questões, a saber, do problema da legitimidade do objeto do crime e da igual legitimidade da sua contenção. Não há aqui nenhuma diferença entre criminologia e ciência jurídico-penal. Por outro lado, nestes dois problemas esgota-se toda a problemática da criminologia e da ciência jurídico-penal.

6.1. O problema do objeto

O que deve ser considerado crime? Esta é antes de mais uma questão essencialmente ético-social, ou seja, diz essencialmente respeito ao inter-relacionamento social (supra 2.2). Releva por isso da complexidade não linear e desta forma aparentemente é irresolúvel. As asserções aqui a terem lugar serão naturalmente influenciadas por contextos histórico-culturais, aspetos idiossincráticos, mesmo eventualmente irracionais... Tratando-se de uma questão aberta pela sua própria natureza, nunca provavelmente poderá ser decidida, como dissemos acima. De resto, permanece assim, quer na criminologia, quer na ciência jurídico-penal (Dias & Andrade, 1984). Por outro lado e por via disto, os meios de a perspetivar são ilimitados e tanto podem ser utilizados por criminólogos, como penalistas.

6.2. A questão da contenção do crime

Antes de mais deve-se referir que a questão do objeto pode repercutir-se decisivamente no problema da sua contenção. Se se achar, por exemplo, que o crime nem sequer existe ou é uma fenomenologia de natureza intrinsecamente religiosa a ser tratada nestes estritos moldes, tal irá naturalmente influenciar o problema da sua limitação ou mesmo eliminação.

Por outro lado, o seu tratamento em termos de solução empírica pode também convolar-nos para campos diferentes dos usuais (sistema jurídico-penal) e assim conduzir-nos ao abolicionismo. Fora isto, poderemos seguir caminhos mais convencionais: tratamento somente, diálogo entre sujeitos ligados ao crime, punibilidade, um misto de várias perspetivas e metodologias.

Dir-se-á de qualquer maneira que muito dificilmente poderemos chegar a qualquer solução final, pelo menos no contexto histórico-cultural em que nos movemos. Tal deve-se desse logo ao fenómeno de aqui existir uma óbvia complexidade de natureza empírica não resolvida ainda, acompanhada da fenomenologia da complexidade não linear, derivada das limitações éticas em causa.

7. Conclusão final

Criminologia e ciência jurídico-penal são uma só ciência, a saber, ocupam-se da definição do seu objeto (o crime), visando simultaneamente os meios mais eficazes e menos lesivos do ponto de vista axiológico (eventualmente menos dispendiosos em termos nomeadamente económicos) para eliminar o crime, se possível. Tudo o mais, é acessório e releva da tradição, dos estereótipos, dos lugares-comuns, senão mesmo do lixo académico que também existe e sempre existiu... (Monteiro, 2017)

Referências

- Bonilla, J.Z. (2019) Em Busca do Eu, Cofina Media SA, 2019.
- Correia, E. (1971). Direito Criminal, I, com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, Coimbra.
- Cusson, M. (2007). Criminologia, 2.^a ed., Casa das Letras.
- Dias, F. (2019). Direito Penal I, Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, 3.^a ed., Gestlegal, Coimbra.
- Eysenck, H.J. (s. data). Factos e Mitos da Psicologia, Lisboa, Ulisseia.
- Dias, F. & Andrade, C. (1984) Criminologia, Coimbra Editora, Coimbra.
- Freud, S. (2012). Obras Completas Volume 11, Totem e Tabu, Contribuição à História do Movimento Psicanalítico e Outros Textos (1912-1914), Trad. Paulo César de Sousa, Companhia das Letras.
- Glover, E. The Roots of the Crime, Imago Publishing, Londres, 1960.
- Mendes N., Steinbeis N., Bueno-Guerra N., Call J. & Singer T. (2018). Preschool children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others. *Nature Human Behaviour*, 2, 45-51.
- Monteiro, C. (2012). Algumas Reflexões Sobre o Direito Penal a Partir da Psicanálise. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, 15, 69-88.
- Monteiro, C. (2015a). Direito Penal I, ELSA, Braga.
- Monteiro, C. (2015b). Consequências Jurídico-penais do Crime, ELSA, Braga.
- Monteiro, C. (2017). A ideia lisztiana da ciência conjunta do direito penal: uma visão desconstrutivista da mesma. Estudos de Homenagem AO Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, I, Direito Penal, Orgs. José de Faria e Costa et al, STVDIA IVRIDICA 108, AD HONOREM 8, BFD, Universidade de Coimbra, 861-74.
- Monteiro, C. (2022). A Ciência Jurídico-Penal/Criminologia Sob A Perspetiva Da Crienciologia". *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Vol. I, A. Sofia Pinto Oliveira/Patrícia Jerónimo (ed.), UMinho Editora, 377-87.
- Monteiro, C. (2023). O Direito Penal Português perspetivado nalguns dos seus principais vetores principais à luz da Crenociologia. 650.º Aniversário da Aliança Luso-Britânica: balanço do passado e perspetivas do futuro, Coord., Alexandra M. Rodrigues Araújo et al., Gestlegal, 559-592.
- Roxin & Greco, (2020). *Strafrecht Allgemeiner teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage, C.H. Beck
- Skinner, B. F. (2000), *Ciência e Comportamento Humano*, Martins Fontes, 198-211.

