



Universidades Lusíada

Aguiar, Filipa Maria de Almeida Marques Pais de,
1982-

O Direito e a moral : análise crítica da visão de MacCormick : proposta de nova ordem moral

<http://hdl.handle.net/11067/3712>

Metadata

Issue Date	2017
Abstract	<p>A dinâmica entre os conceitos de Direito e Moral, proposto por MacCormick em "Institutions of Law – an essay in Legal Theory" (Oxford, 2007, p. 207-221), admite uma análise crítica da relação dicotómica de reciprocidade e interdependência que subjaz a esta relação, sendo possível, in fine, vislumbrar um padrão de comportamento entre as duas variáveis, quer no decurso da história mundial quer na atualidade....</p> <p>The dynamic relationship between Law and Morality concepts, proposed by MacCormick in "Institutions of Law - an essay in Legal Theory" (Oxford, 2007, pp. 207-221), leads us into a critical analysis of the reciprocal and interdependent dichotomous relationship between these two concepts. In fine, it is possible to draw a pattern behaviour between Law and Morality, both throughout world history and nowadays....</p>
Keywords	Direito e ética, MacCormick, Neil, 1941-2009 - Crítica e interpretação, Direito - Aspectos morais e éticos
Type	article
Peer Reviewed	No
Collections	[ILID-CEJEA] Artigos

This page was automatically generated in 2020-10-24T00:31:31Z with information provided by the Repository

O Direito e a Moral: Análise crítica da visão de MacCormick. Proposta de Nova Ordem Moral.

Law and Moral: Critical Analysis of MacCormick's point of view. Proposal of a new moral order.

Filipa Maria de Almeida Marques Pais D'Aguiar¹

RESUMO

Objetivo -A dinâmica entre os conceitos de Direito e Moral, proposto por MacCormick em *Institutions of Law – an essay in Legal Theory* (Oxford, 2007, p. 207-221), admite uma análise crítica da relação dicotômica de reciprocidade e interdependência que subjaz a esta relação, sendo possível, *in fine*, vislumbrar um padrão de comportamento entre as duas variáveis, quer no decurso da história mundial quer na atualidade.

Metodologia- Na presente reflexão crítica foram adotadas a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva e os métodos de procedimento histórico, monográfico e estruturalista que se reconduzem a três momentos essenciais: análise dos crimes e ofensas (1§); moralismo legal (2§) e crimes corporativos (3§), de forma a acompanhar as propostas de MacCormick para cada uma destas questões. Recorremos, ainda, a fluxogramas e gráficos para melhor ilustrar a nossa exposição bem como à aplicação da Teoria da Utilidade Esperada à análise económica do instituto do caso julgado, o que nos conduziu à formulação de hipóteses de carácter geral e abstrato.

Conclusões –Por fim, apresentamos o que nos parece constituir um padrão de comportamento verificado entre Direito e Moral e que retiramos da análise crítica de momentos históricos distintos na sua génese, mas convergentes no resultado. Partindo do padrão proposto, que apelidamos de Nova Ordem Moral, procuramos compreender o comportamento de fenómenos atuais que colocam em dicotomia os conceitos de Direito e Moral. Concluimos pela necessidade urgente de implementação da paz e civilidade que se constituem como pedra angular e fim último da dicotomia Direito-Moral.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Penal – Moral – Paz – Civilidade

¹ Investigadora do CEJEA – Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais da Universidade Lusíada de Lisboa. Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do Projeto UID/DIR/04053/2016. Contactos - filipapaes@gmail.com (preferencial) ou 11103515@lis.ulsiada.pt. ILID – Instituto Lusíada de Investigação e Desenvolvimento, Rua da Junqueira 188-198, 1349-004 Lisboa,

ABSTRACT

Objectives - The dynamic relationship between Law and Morality concepts, proposed by MacCormick in *Institutions of Law - an essay in Legal Theory* (Oxford, 2007, pp. 207-221), leads us into a critical analysis of the reciprocal and interdependent dichotomous relationship between these two concepts. *In fine*, it is possible to draw a pattern behaviour between Law and Morality, both throughout world history and nowadays.

Methodology – This critical analysis’ adopted methodologies are the hypothetical-deductive approach method and the historical, monographic and structuralist procedure methods. These methods are applied into three essential moments: crimes and offenses (§ 1); legal moralism (§ 2) and corporate crimes (§ 3). These three critical analysis moments closely follow the MacCormick’s proposals. To better illustrate the contents, we present flow charts, graphics as well as the Expected Utility Theory applied into the economic analysis of *res judicata*, which led us into the formulation of general and abstract hypotheses.

Conclusions – The critical analysis of diverse historical moments, that, however, converge in their results, enabled us to identify a pattern behaviour between Law and Morality. Based on the identified pattern, which we call New Moral Order, we seek to understand current phenomena behaviour that put Law and Morality into a dichotomic relationship. We conclude by stressing the urgent need to implement peace and civility that constitute both the cornerstone and the final goal of Law and Morality dichotomy.

KEYWORDS:

Criminal Law – Morality – Peace - Civility

INTRODUÇÃO²

Partindo do conceito de *direito universal de punir* de Locke, MacCormick³ contempla a evolução histórica do Direito Penal desde a Lei de Talião até à atualidade. Considera que o direito de punir a conduta de um agente transferiu-se da esfera individual do ofendido ou do seu clã para um “[...] *corpo especializado de direito penal, auxiliado pelas forças policiais e demais instâncias judiciais* [...]”⁴, que contribui para a manutenção e consolidação da paz social e da civilidade. A observância do princípio do Estado de Direito e o respeito pelos

² O presente artigo foi elaborado no âmbito do trabalho final do seminário doutoral “*Questões Actuais da Ciência Jurídica*”, do curso de Doutorado em Direito da Universidade Lusíada de Lisboa (Portugal), 2016, sob coordenação e docência do Sr. Prof. Doutor J.J. Gomes Canotilho. O resumo do presente trabalho foi apresentado no *II Congresso Internacional de Direito Público: justiça e efectivação dos direitos humanos*, organizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC (Centro de Direitos Humanos), sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com a Faculdade de Direito do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP, no Simpósio n.º 3, Coimbra (Portugal), no dia 11 de outubro de 2017.

³ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 207.

⁴ *Idem, Ibidem*. p. 207.

Direitos Humanos exige restrições na atuação judicial e policial que facilitam a paz social e a confiança entre os agentes da sociedade civil. Por outro lado, a sociedade civil desenvolve mecanismos de autocontrole interno e externo do comportamento dos seus agentes, reforçando ou rejeitando determinadas condutas consideradas indesejáveis ou condenáveis em cada sociedade. Ambos os mecanismos de controle, quer judicial e policial quer social e psicológico, permitem a prevalência da confiança e paz social, interrompida de quando em vez por padrões comportamentais desviantes do pretendido pela sociedade, em determinado momento.

A vida em sociedade e os seus mecanismos de controle, no qual o Direito Penal se inclui, são condição do próprio ser humano. Para Aristóteles, o “[...] *ser humano capaz de viver fora da sociedade ou é uma besta ou um deus.*”⁵. De facto, o ser humano é um organismo vivo, dotado de um cérebro e de uma mente complexa. A vida social nasce, pois, do contacto entre mentes complexas dos diversos organismos que formam, entre si, coletividades humanas onde desempenham diferentes papéis e onde adquirem determinados rituais e doutrinas próprias da coletividade em que se inserem.⁶ Contudo, é possível enumerar alguns padrões de comportamento universais, comuns a todas as sociedades humanas desde o Plistocénico, ex.: mexericos e jogos, punição e retaliação, intercâmbio e divisão de trabalho.⁷ Afastando, desde já, o determinismo emanado do conceito de darwinismo social, é importante salientar que os padrões de comportamento social sofrem transformações e mutações sucessivas, infundáveis e imprevisíveis.⁸ Apesar da imprevisibilidade, os padrões de comportamento social reconduzem-se a três géneros de comportamento: o *evocado*, resultado direto da evolução genética do ser humano e que o compele à sobrevivência; o *adquirido*, adotado por via da interação social; e o *imposto*, que se reconduz às regras que devemos observar como é o caso das normas jurídicas⁹. O comportamento imposto pressupõe o adquirido, mas goza de autonomia sendo possível aceitar um comportamento adquirido e rejeitar o comportamento imposto. Quando tal sucede, estamos perante um comportamento desviante que a sociedade rejeita e condena, fazendo uso de mecanismos de reforço negativo como as normas de Direito Penal.

⁵ RUNCIMAN, W.G. *O Animal Social*. Trad. Isabel Mafra. 1.ª ed. Lisboa: Temas e Debates, 2001. ISBN 972-759-174-4, p. 11, nota 1.

⁶ *Idem, Ibidem*. p. 11-15.

⁷ RUNCIMAN, W.G. *O Animal Social*. Trad. Isabel Mafra. 1.ª ed. Lisboa: Temas e Debates, 2001. ISBN 972-759-174-4, p. 16 nota 2.

⁸ *Idem, Ibidem*. p. 16-17.

⁹ RUNCIMAN, W.G. *O Animal Social*. Trad. Isabel Mafra. 1.ª ed. Lisboa: Temas e Debates, 2001. ISBN 972-759-174-4p. 18-21.

Para Hespanha¹⁰, o direito constitui “[...] *sistema de regulação social admitido, em cada sociedade concreta, por uma série de entidades a quem essa mesma sociedade admite como autorizada a dizer o que é direito.*”¹¹ Esta definição de direito não exclui “[...] *outras formas de organizar o direito ou de o relacionar com outras ordens normativas, como a tradição, a feitiçaria, a religião, os bons costumes.*”¹² Esta perspectiva do Direito permite, ainda, evidenciar “[...] *o carácter “local” do direito [...]*”¹³, na sua dimensão cultural e geograficamente localizada, mais ou menos influenciado por ideias provenientes do senso comum e que não são partilhadas universalmente, afastando eventuais posições hegemónicas de uns sistemas de Direito face a outros.

Deste modo, e para melhor compreender a dicotomia entre Direito Penal e Moral, parece-nos necessário olhar o Direito na sua perspectiva sociológica, enquanto fenómeno social. A função social do Direito reconduz-se, entre outras, à “[...] *integração ou controlo social, à racionalização da sociedade através do Estado, proteção do direito dos mais fortes, defesa dos mais fracos e promoção do progresso social.*”¹⁴ Contudo, o jurista deverá sempre localizar o Direito no âmbito da comunidade geográfica, social e cultural em que se insere para melhor compreender o que subjaz à ordem normativa e identificar o substrato moral do Direito Penal¹⁵.

A manutenção da civilidade da sociedade civil advém não apenas das normas e instituições de Direito Penal, mas também de outros elementos como a educação para a cidadania e os valores transmitidos pelas comunidades religiosas e instituições da sociedade civil, de onde emanam os padrões morais vigentes nessa mesma sociedade¹⁶.

A educação impõe às crianças, desde cedo, modos de ver, sentir e agir aos quais ela não teria chegado espontaneamente¹⁷. A coerção para que se comporte de determinada forma e não outra vai originar hábitos e tendências internas conformes ao comportamento aceite na sociedade em que se insere, mas que, *a priori*, não se encontravam internalizados na criança.

¹⁰HESAPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3248-1, p. 135-138.

¹¹*Idem, Ibidem*. p. 135.

¹²HESAPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3248-1, p. 135.

¹³*Idem, Ibidem*. p. 136.

¹⁴HESAPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3248-1, p. 136.

¹⁵MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 215.

¹⁶*Idem, Ibidem*. p. 208.

¹⁷DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Coleção Tópicos, 1-17. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-16. Disponível em: WWW:<URL: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/03/emile-durkheim-as-regras-do-metodo-sociologico.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016. p. 3.

A transmissão de um hábito sucessivo através da educação e da linguagem oral e escrita está na origem das regras jurídicas, morais, religiosas, aforismos e ditos populares.¹⁸

Quando um agente de determinada sociedade assume um comportamento desviante às normas vigentes, é-lhe aplicado uma força coerciva, um reforço negativo, com o objetivo duplo de punir o comportamento indesejado e enformar o comportamento futuro de acordo com as normas sociais consideradas como válidas e ou aceitáveis. Assim, a interação social de um indivíduo em determinada sociedade permite-lhe adquirir e internalizar modos de agir, pensar e sentir vigentes nessa mesma sociedade, num primeiro momento externos ao indivíduo e impostos coercivamente, conformando a sua atuação aos padrões comportamentais socialmente aceites.¹⁹

Uma regra jurídica constitui-se como um modo de agir ou de fazer imposto socialmente através do Direito e gozando de poder coercivo das instituições judiciais. Contudo, também uma norma moral goza de força coerciva, ainda que não revista a forma de regra jurídica desde que a violação do preceito moral seja reprovada e sancionada unanimemente pela opinião pública.²⁰

Deste modo, a “[...] *conduta individual deverá obedecer a um conjunto de regras que defendem e garantem a ordem social, preservando a sobrevivência do grupo, [...] obedecendo a um padrão*”.²¹ As regras e normas exteriores ao indivíduo porque independentes da sua vontade, demonstram-lhe como deverá comportar-se de modo a ser reconhecido como membro desse mesmo grupo. “*Cada indivíduo é, assim, persuadido a pautar o seu comportamento pelas normas sociais vigentes que concretizam e refletem os valores aceites pelo grupo.*”²²

As normas emanadas dos valores éticos, morais, religiosos, económicos, políticos, técnicos permitem identificar as condutas admitidas e rejeitadas por determinada sociedade, condicionando o comportamento humano através do processo de interiorização dos modelos sociais vigentes.²³ O processo de interiorização tem início desde o nascimento e impede ou dificulta o desenvolvimento de comportamentos desviantes por via as sanções internas (ex.:

¹⁸*Idem, Ibidem.* p. 4.

¹⁹DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Coleção Tópicos, 1-17. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-16. Disponível em: WWW:<URL: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/03/emile-durkheim-as-regras-do-metodo-sociologico.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016. p. 3-5.

²⁰*Idem, Ibidem.* p. 5-16.

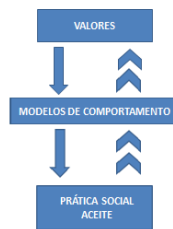
²¹OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 95.

²²*Idem, Ibidem.* p. 97.

²³OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 99.

sanções do âmbito psicológico) e externas (ex.: rejeição pelos pares, sanções jurídicas) ao indivíduo.²⁴ Em suma, os valores aceites pela coletividade reconduzem-se a normas que constituem padrões de comportamento para cada um dos seus membros, exteriorizando verdadeiros “[...] *figurinos de comportamento* [...]”.²⁵

Gráfico 1 - Processo de Interiorização²⁶



O indivíduo não pertence apenas a uma, mas a várias coletividades (ex.: família, amigos, escola, empresa, igreja, grupo desportivo...), onde estabelece relações interpessoais e intersubjetivas que se constituem como a base de toda a vida social e permitem uma socialização que parte do processo de interiorização estabelecido *a priori*.

Gráfico 2 - Processo Socialização²⁷



Para Durkheim, o facto social, caracterizado pela sua exterioridade em relação ao indivíduo, consiste em “[...] *toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda a maneira de fazer que é geral na*

²⁴*Idem, Ibidem.* p. 99.

²⁵OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano.* Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 99.

²⁶*Idem, Ibidem.* p. 99. (adaptação nossa).

²⁷OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano.* Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 70 (adaptação nossa).

extensão de uma determinada sociedade e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.”²⁸

No entender de MacCormick²⁹, as coletividades (como será o caso das comunidades religiosas, a par das instituições da sociedade civil), desempenham um papel determinante na adequação dos comportamentos humanos às normas morais e jurídicas vigentes na medida em que desenvolvem mecanismos sancionatórios internos à psicologia do indivíduo, podendo contribuir para a civilidade e paz social.

Contudo, como adiante veremos, a conformação e interiorização de determinados valores associados ao fanatismo religioso, histórica, cronológica e geograficamente localizados, pode conduzir o indivíduo a comportamentos desviantes que se consubstanciam na prática de atos de violência contra todos aqueles que não partilham os ideais exclusivos do grupo a que pertence, como por ex.: inquisição, guerras santas(...). De facto, como explica Michael J. Perry³⁰ “[...] a religião tem desempenhado um papel importante em diversos genocídios desde a Grande Guerra”.³¹ E, seguindo de perto Bartov³² e Mack³³, concordamos quando afirmam que, desde o início da humanidade,

[...] a violência e religião encontram-se associadas de forma variada e muitas vezes contraditória. Ainda assim, a religião é conhecida por limitar a violência social e política e confere apoio espiritual e material aos fiéis. Contudo, devemos ter em conta que a fé religiosa pode gerar comportamentos contraditórios incentivando e/ou limitando atos de agressão. Tanto o criminoso como a vítima podem procurar, junto das instituições religiosas e através da fé pessoal, a razão da atrocidade cometida, a justificação para resistir à violência ou os meios para lidar com o legado da destruição, integrando-o num contexto histórico e teológico mais amplo.³⁴

1§ CRIMES E OFENSAS

²⁸DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Coleção Tópicos, 1-17. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-16. Disponível em: WWW:<URL: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/03/emile-durkheim-as-regras-do-metodo-sociologico.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016. p. 5.

²⁹MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 208-209.

³⁰PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. *HumanRights As Law. BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008.

³¹*Idem, Ibidem*. p. 371, nota 7.

³²PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. *HumanRights As Law. BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008. p. 371, nota 7, (tradução nossa).

³³*Idem, Ibidem*. 371, nota 7, (tradução nossa).

³⁴PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. *HumanRights As Law. BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008.p. 371, nota 7, (tradução nossa).

No entender de MacCormick³⁵, o direito alicerça-se na diferença basilar entre bem e mal. A tipificação de crimes é, então, uma distinção das ofensas puníveis pelo direito às quais são aplicadas sanções. De facto, nem todas as ofensas são punidas criminalmente, como será o caso dos castigos aplicado pelos pais aos filhos. Porém, o objetivo último, quer das sanções jurídicas quer das sanções morais, é muito semelhante visto que ambas visam a punição do agente de modo a adequar o seu comportamento aos padrões jurídica e socialmente aceites, reforçando ou desencorajando um determinado comportamento futuro.

No processo de socialização, além dos elementos exteriores ao indivíduo, não podem ser ignorados aspetos intrínsecos à personalidade individual de cada agente, o que coloca a perspetiva sociológica e psicológica numa relação dinâmica e indispensável. De facto, as características pessoais de um indivíduo nem sempre podem explicar a “[...] *frequência de algumas formas de comportamento culturalmente padronizados [...]*”³⁶, sendo também impossível “[...] *explicar a natureza de uma personalidade individual exclusivamente como produto de uma cultura e de uma sociedade.*”³⁷. A conduta humana resulta, assim, do somatório da personalidade individual articulada com o processo de socialização a que o agente foi exposto.

O elevado grau de intimidade na relação entre a personalidade individual e o processo de socialização fica ilustrado nas psicopatologias. No caso do deficit comportamental, os indivíduos são socialmente inadequados por não terem sido reforçados para desenvolver as habilidades sociais durante a socialização, apresentando, em adultos, um conjunto de respostas inadequadas para responder às diversas situações sociais.³⁸ O reforço do comportamento é importante não apenas na aprendizagem das respostas adequadas mas também na manutenção do comportamento, sendo que a ausência de reforço positivo pode conduzir à depressão.³⁹ Já no caso da respostamal-adaptativa, o problema centra-se na aprendizagem de uma resposta considerada inaceitável pela sociedade ou pelo grupo em que o indivíduo se insere por se tratar de um comportamento hostil ou de uma circunstância

³⁵MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 209.

³⁶Ely Chino y *apud* OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 22.

³⁷Ely Chino y *apud* OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Ibidem*. p. 22.

³⁸PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. *Personalidade: Teoria e Pesquisa*. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 8.ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. ISBN 978-85-363-0141-9. p. 290-291.

³⁹*Idem, Ibidem*. p. 290-291.

inaceitável por ser despropositada e inadequada.⁴⁰ Em qualquer um dos casos, o comportamento inaceitável será alvo de uma sanção, jurídica e/ou social, que traduz a rejeição daquele comportamento pela sociedade.

A ordem e o controlo social são exercidos por meio da criminalização de determinadas condutas, mas também por outros mecanismos que exercem constrangimentos sociais sobre os indivíduos de forma a impedi-los de adotar condutas contrárias às da comunidade ou do grupo em que se inserem. Tal significa que o controlo social é exercido por meio de sanções sociais na forma “[...] *de recompensas ou punições, isto é, de sanções positivas e negativas que estimulam os seus membros a comportar-se de acordo com o que o grupo deles espera.*”⁴¹

Os principais tipos de controlo social reconduzem-se ao controlo físico, legal ou institucional, organizativo ou grupal e psicológico.⁴² Os constrangimentos sociais traduzem-se, essencialmente em sanções positivas ou recompensas e sanções negativas ou castigos que podem tomar a forma económica (compensação / constrangimento financeiro), moral (satisfação pelo dever cumprido / remorsos), física (carícia / bofetada) e social (elogio / crítica).⁴³ De salientar que estes constrangimentos verificam-se sempre e ainda que o indivíduo não tenha perceção da sua existência na medida em que interiorizou os modos de agir, pensar e sentir do grupo em que se insere. Sempre que o constrangimento social é inoperante e insuficiente para a organização da vida social, a comunidade ou grupo utiliza outras formas de constrangimento, nomeadamente, o constrangimento físico, ex.: coação física ou condenação à morte.⁴⁴

A aplicação de sanções não impede a verificação de comportamentos desviantes que, no âmbito do direito penal, determinam a aplicação de uma pena. No entender de Serrano Maíllo⁴⁵, a verificação de comportamentos desviantes pode compreender-se, essencialmente, através de duas teorias: a teoria da aprendizagem social e a teoria do autocontrolo.

⁴⁰PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. *Personalidade: Teoria e Pesquisa*. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 8.ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. ISBN 978-85-363-0141-9. p. 290-291.

⁴¹OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 107.

⁴²*Idem, Ibidem*. p. 106-107

⁴³OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 106-107.

⁴⁴*Idem, Ibidem*. p. 106-107.

⁴⁵MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Criminologia*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2009. Seminário curricular do curso de mestrado em Direito, Ciências jurídico-criminais, 2.º semestre, 2008/2009.

A teoria da aprendizagem social, de Ronald Ackers⁴⁶, utiliza quatro conceitos para explicar a maior ou menor propensão ou probabilidade de um indivíduo delinquir: a associação diferencial, as definições, o reforço diferencial e a imitação⁴⁷.

A associação diferencial parte do pressuposto que se ninguém ensinar o indivíduo a delinquir então ele não irá delinquir. Assim, a associação diferencial é a influência a que indivíduo está exposto e só aprenderá a delinquir quando aprender a atividade de cometer delitos, ou seja, quando aprender a *atitude* ou *ato* de delinquir⁴⁸. No entender de Serrano Maíllo⁴⁹, aprender a delinquir não se distingue em nada de qualquer outro comportamento humano porque exige os mesmos processos de aprendizagem e de associação diferencial, variando apenas o grupo em que se insere e as pessoas com que se relaciona. As definições reconduzem-se à definição do que é um comportamento positivo ou negativo, de acordo com o processo de associação diferencial a que o indivíduo foi exposto. O reforço diferencial relaciona-se com o resultado de uma conduta, ou seja, se o indivíduo comete um delito sem que lhe seja aplicada uma sanção, então a propensão para voltar a delinquir é maior. Por fim, a imitação traduz o ascendente que um indivíduo pode exercer sobre outro devido à admiração e influência que exerce, procurando imitá-lo.

A teoria da aprendizagem social de Ackers⁵⁰ parte do pressuposto que a natureza humana é boa, flexível e maleável, adaptando-se a tudo visto que o homem é uma animal social. Para este autor, qualquer pessoa pode transformar-se num delinquente ou ser reabilitada, dependendo do processo de associação diferencial a que for submetida. As provas de admissão numa associação criminosa, por um lado, e a delação premiada, por outro, são exemplos de processos de associação diferencial diversos, onde é compensada a colaboração com a associação criminosa, no primeiro caso, e com a justiça⁵¹, no segundo.

A teoria do autocontrolo de Hirschi Gottfredon⁵² e procura respostas para a questão: “*Porque não delinquimos?*”⁵³. De facto, são conhecidos casos de determinados jovens que

⁴⁶Ackers *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 202-212.

⁴⁷MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Criminologia*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2009. Seminário curricular do curso de mestrado em Direito, Ciências jurídico-criminais, 2.º semestre, 2008/2009.

⁴⁸*Idem, Ibidem*. (sessão de 29 de março de 2009).

⁴⁹MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Criminologia*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2009. Seminário curricular do curso de mestrado em Direito, Ciências jurídico-criminais, 2.º semestre, 2008/2009.

⁵⁰Ackers *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 202-212.

⁵¹GUSTAVO, Rui; GUERREIRO, Pedro Santos. Entrevista Carlos Alexandre. *A Revista do Expresso*, Portugal, Edição 2290, p. 28-35, 17 set. 2016.

⁵²Gottfredon *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 232-244.

apesar de habitarem em zonas criminógenas, não delinquem devido aos controles internos e externos elevados a que estão sujeitos quer por parte da família, da escola ou na crença nas normas. A família desempenha um papel decisivo quer na socialização quer na vigilância da criança. Assim, HirschiGottfredon⁵⁴ identifica os principais mecanismos de prevenção na família: 1) o autocontrole pode ser ensinado por meio de uma educação correta; 2) a restrição de determinadas atividades, vigiando-os fisicamente e procurando saber onde se encontram; 3) pelo reforço do carinho, do respeito e interdependência dos membros da família; 4) vigiando a casa e protegendo os elementos da família de potenciais agressores; 5) cuidar dos elementos da família e garantir o seu bom comportamento.⁵⁵

A teoria do autocontrole introduz, assim, a noção de que a propensão para delinquir advém do baixo autocontrole e da oportunidade, identificando as principais características do delito e dos delinquentes, que se reconduzem ao seguinte: 1) os delitos são atos que requerem muito pouco esforço e podem ser cometidas por qualquer pessoa (mesmo no caso dos crimes chamados de delitos de “[...] colarinho branco [...]”⁵⁶, os autores consideram “[...] não ser tão sofisticados como às vezes se insinua [...]”⁵⁷); 2) são raros os delitos que são planeados (a delinquência organizada é a exceção devido à natureza dos criminosos: “[...] os sujeitos com baixo autocontrole tenderão a ter dificuldades para organizar e manter um grupo de qualquer natureza, e tenderão a enganar-se e a desconfiar uns dos outros[...]”⁵⁸. 3) os delitos produzem ganhos inferiores aos resultados pretendidos pelo criminoso; 4) os criminosos tendem a “[...] ser sujeitos impulsivos, amantes do risco e da busca de emoções, orientados a gratificações imediatas e dificilmente capazes de sacrificar vantagens imediatas em favor de benefícios a longo prazo [...]”⁵⁹; 5) os criminosos são versáteis na medida em que tendem a cometer uma ampla variedade de delitos, sendo a distinção irrelevante; 6) os delinquentes não cometem apenas delitos e adotam outros comportamentos desviantes como o consumo de álcool e drogas.

⁵³*Idem, Ibidem.* p. 232-244.

⁵⁴Gottfredon *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 233.

⁵⁵*Idem, Ibidem.* p. 233.

⁵⁶Gottfredon *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 243-244. Uma das grandes críticas à teoria do autocontrole relaciona-se com os *delitos de colarinho branco* visto que os delinquentes deste tipo de crime nem sempre possuem um baixo autocontrole, além de serem crimes de difícil medição.

⁵⁷*Idem, Ibidem.* p. 236.

⁵⁸Gottfredon *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 236.

⁵⁹Gottfredon *apud* MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Ibidem*, p. 236-237.

Para HirschiGottfredon⁶⁰, o baixo autocontrole está na origem do comportamento criminoso e é resultado direto de uma educação ineficaz da criança na família e da ausência de disciplina. Para os autores, uma educação correta da criança caracteriza-se pelo acompanhamento do seu comportamento (ex.: quando os pais não se preocupam com a criança), o reconhecimento do comportamento desviado (ex.: não fazer os trabalhos) e o castigo pelo comportamento desviado (ex.: desaprovação). A educação errática e incoerente está intimamente relacionada com o delito na medida em que pune com firmeza comportamentos leves deixando sem castigo condutas graves. O autocontrole fixa-se até aos 8 ou 10 anos de idade e mantém-se relativamente constante a partir desse momento, sendo difícil diminuí-lo uma vez que a criança adquira um autocontrole elevado⁶¹. Todavia, a curva da idade vem provar que a idade diminui o número de delitos independentemente do autocontrole⁶².

Por fim, a noção de oportunidade é integrada na teoria do autocontrole visto que um indivíduo com baixo autocontrole que se encontra perante uma oportunidade para delinquir terá uma maior propensão para adotar um comportamento desviante. Pelo contrário, um indivíduo com um elevado autocontrole resistirá à tentação de delinquir por considerar as consequências futuras prováveis ou possíveis dos seus atos.

MacCormick⁶³ salienta que o Estado procura deter o monopólio do exercício da força física, ou seja, da aplicação das sanções que implicam o uso de uma força física coerciva para prevenir condutas contrárias à paz social, salvaguardando a ordem pública. Atualmente, no âmbito da U.E., a força física coerciva abrange apenas a prisão, ficando afastadas práticas como a pena de morte e a tortura. Por obediência à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e por respeito ao princípio do Estado de Direito, as sanções poderão ser impostas apenas por um juiz independente, por força de um julgamento justo, por uma sentença transitada em julgado e com base num tipo de crime previsto e punido no âmbito da lei penal em momento anterior à prática da conduta pelo agente. Os constrangimentos causados pela aplicação de uma pena demonstram a gravidade da conduta praticada pelo agente. Contudo, se os julgamentos consistirem em meras representações teatrais transbordantes de acusações e sentenças arbitrárias, então fica

⁶⁰*Idem, Ibidem.* p. 238-244.

⁶¹MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 238-244.

⁶²*Idem, Ibidem.* p. 240.

⁶³MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 209-215.

irremediavelmente comprometido o sentimento de segurança jurídica e paz social. Assim, a previsibilidade da aplicação de uma pena através de um processo justo é um garante da civilidade na medida em que são punidos e rejeitados comportamentos desviantes e desconformes ao esperado pelos elementos de uma determinada comunidade, desincentivando a repetição futura desses mesmos comportamentos por esses ou outros elementos.

A este propósito chamamos à colação a análise económica do caso julgado penal, anteriormente desenvolvida em sede de dissertação de mestrado,⁶⁴ na medida em que nos parece útil para melhor compreender o presente contexto de análise. Por ora, não nos iremos deter na análise das exceções admitidas pelo caso julgado penal. Trata-se, outrossim, de avaliar as implicações da conceção do direito enquanto “[...] valor esperado [...]”⁶⁵, mormente no caso do Direito Penal, seguindo de perto Alegre Donário⁶⁶.

A conduta selecionada pelos indivíduos, a cada momento, pode ser desviante ou conforme ao Direito e às normas socialmente aceites. Na génese desta escolha encontram-se ponderações como, por exemplo, a expectativa de reabertura do caso julgado, a forma e o tempo de aplicação do direito, o modo como essa aplicação é efetuada bem como o tempo que medeia a resolução dos conflitos jurisdicionais.

No entender de Santos Pastor⁶⁷, quanto maior for o preço a pagar por delinquir (*i.e.* a pena), menor será o número de delitos que o indivíduo desejará cometer. Contudo, ressalva o autor que, o preço que representa a pena é apenas um valor esperado que resulta da relação entre duas variáveis: 1) a moldura da pena; 2) a probabilidade que essa moldura penal efetivamente se aplique. Tomando o exemplo do autor, o preço de um comportamento delinvente pode até ser uma moldura penal de 20 anos de prisão, contudo, se a probabilidade de aplicação efetiva dessa mesma moldura é apenas de 50%, ou seja, 10 anos, então, o preço a pagar por delinquir será menor o que fará aumentar a propensão ao risco de delinquir.

Defende Santos Pastor⁶⁸ que existem essencialmente duas formas de aumentar o castigo: uma, aumentando as penas; outras, aumentando a certeza (probabilidade) de que as penas se apliquem, quando se comete um delito. O autor refere ainda a importância de

⁶⁴PAIS, Filipa Maria de Almeida. *Ne bis in idem e o Ordenamento Jurídico-Criminal Chinês e Português, na Actualidade*. Total fls. 348. Dissertação. Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-criminais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 19 nov. 2012, p. 61-65.

⁶⁵DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Análise Económica da Regulação Social: Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação*. 1.ª Ed. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4, p. 213 ss.

⁶⁶ DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Ibidem*, p. 213 ss. Itálicos do autor.

⁶⁷SANTOS PASTOR, Prieto. *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico de Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. ISBN 84-309-1790-X, p. 170 – 173.

⁶⁸*Idem, Ibidem*. p. 170 – 173.

diminuir o custo de oportunidade que, muitas vezes, representa o abandono dos comportamentos criminosos visto que geram elevados rendimentos. Sugere o autor, como solução, o aumento da possibilidade de obtenção de rendimentos por meios legítimos, especialmente no caso dos jovens com baixos rendimentos através da alteração da legislação sobre salários mínimos e medidas análogas. Ressalva ainda o autor que, no curto prazo, a forma mais eficaz de aumentar os custos esperados dos comportamentos delinquentes passará pelo aumento da certeza e severidade da punição.

Tendo em conta a pena como um valor esperado, procedemos agora a uma breve análise económica do mercado do instituto *dareabertura do caso julgado* aplicando-lhe a Teoria da Utilidade Esperada modo a demonstrar a relação existente entre a probabilidade de reabertura do caso julgado em sede de decisões judiciais e a maior ou menor propensão ao risco de adoção de comportamentos delinquentes. A Teoria da Utilidade Esperada demonstra que o “[...]indivíduo em situações de incerteza (*prospectos*) efetua as suas escolhas comparando a utilidade esperada dos resultados que têm associado um risco, ou seja, as somas obtidas pela adição da utilidade dos resultados multiplicados pelas probabilidades respectivas.”⁶⁹. Simplificando a fórmula da Utilidade Esperada, temos:

$$(Ue) = (U1+U2+...) \times P$$

Ue = Benefício esperado de alteração da sentença de condenação por reabertura do caso julgado;

U1= Benefício pessoal que o indivíduo obtém por delinquir com a conduta 1;

U2= Benefício que o indivíduo obtém por delinquir com a conduta 2;

P= Probabilidade de reabertura do caso julgado.

Assim, quanto maior for a probabilidade de reabertura do caso julgado (P), maior vai ser a esperança do indivíduo em que não lhe seja aplicada uma sentença definitiva (Ue), o que conduzirá a uma maior propensão ao risco de delinquir, adotando um maior número de comportamentos delinquentes (U1, U2, ...).

Concordamos com MacCormick⁷⁰ quando afirma que talvez possa ser acusado de se afastar da perspectiva positivista do Direito Penal, compreendido como um conjunto de normas que definem o que constitui e não constitui um comportamento criminoso, em cada ordenamento jurídico. Contudo, uma visão puramente positivista do Direito fica enfraquecida

⁶⁹DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Análise Económica da Regulação Social: Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação*. 1.ª Ed. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4, p. 320-321.

⁷⁰MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 210-211.

se considerarmos que os crimes tipificados nos códigos penais dos diversos países são definidos de modo diferente em cada país, cada um com as suas especificidades. Tomamos como exemplo, os atos homossexuais privados entre adultos com consentimento, historicamente previstos como crime no código penal de alguns países⁷¹. Apesar da progressiva eliminação da tipificação destes atos como crime, é ainda possível concordar ou discordar com esta medida, no plano das considerações de ordem moral. O que já não será possível, por padecer de incoerência, é considerar que estes atos são inocentes e, ainda assim, defender a sua criminalização.⁷² Todavia pode verificar-se situações de um eventual desequilíbrio entre a alteração das normas jurídicas e dos preceitos morais por estes últimos não acompanharem, pelo menos ao mesmo ritmo, as alterações legislativas. Exemplo disto será a legislação sobre eugenia liberal que suscita ainda diversas questões no plano moral. Parece-nos, pois, que as normas morais, apesar de mais maleáveis, são menos propensas à mudança e mais rígidas do que muitas das normas jurídicas⁷³.

No entender de Habermas⁷⁴, também a programação genética, em embriões humanos, de “[...] qualidades e disposições desejáveis [...]”⁷⁵ poderá “[...] suscitar realmente dúvidas no plano moral se constranger uma pessoa em questão a um determinado projeto de vida ou, pelo menos, a limitar na sua liberdade específica de escolher o seu modo existencial próprio.”⁷⁶ De facto, uma “[...] determinação genética efetuada de acordo com as preferências dos pais [...]” inviabiliza a possibilidade de reavaliação crítica da génese dos processos de socialização condicionadores da sua liberdade.⁷⁷ Assim, o ser humano geneticamente programado ou aperfeiçoado vê limitada a sua “[...] liberdade ética, na medida em que (as alterações genéticas) amarram a pessoa em questão a desígnios - rejeitados, mas irreversíveis - de terceiros (os progenitores), vedando-lhe assim a possibilidade de se ver

⁷¹ WILDE, Oscar. *The importance of being earnest*. Edição literária de Russel Jackson. 7.ª reimp. London: A & C Black, 1999. ISBN 0-7136-3040-X, p. xvii. O 1885 Criminal Law Amendment Act em vigor no Reino Unido, na segunda metade do século XIX, tornou ilegais as práticas homossexuais públicas e privadas ainda que com consentimento. Caso conhecido foi o do escritor Oscar Wilde condenado em 25 de maio de 1895 a uma pena de prisão de dois anos e trabalhos forçados.

⁷² MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 211.

⁷³ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Coleção Tópicos, 1-17. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-16. Disponível em: WWW:<URL: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/03/emile-durkheim-as-regras-do-metodo-sociologico.pdf> >. Acesso em: 20 set. 2016. p. 5.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 104-110.

⁷⁵ *Idem, Ibidem*. p. 105.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 105.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*. p. 106.

espontaneamente a si mesma como única autora da sua própria vida.”⁷⁸ Exceção feita aos casos em que uma programação genética visa o propósito de prevenir patologias graves, de onde resulta claro que o ser humano programado a aceitaria sem objeções.

Além das limitações à liberdade individual do ser humano geneticamente programado, também a relação interpessoal com os progenitores-programadores levanta sérias questões no plano jurídico e moral visto que esta relação seria seriamente afetada no sentido em que a “[...] *decisão irreversível que uma pessoa toma acerca da desejada constituição genética de outra [...], [...] põe em causa o pressuposto natural da autocompreensão moral de pessoas que agem e julgam em autonomia [...]*”⁷⁹. Assim, haveria uma subversão da “[...] *compreensão universalista da Moral e do Direito [...]*”⁸⁰, na medida em que esta mesma suposição alicerça-se “[...] *na suposição de que não existe nenhum obstáculo de princípio a uma ordem igualitária de relações interpessoais.*”⁸¹ A decisão de uma pessoa sobre a programação genética de outra pessoa coloca o progenitor-programador numa posição de domínio em relação ao ser-programado, quer em termos jurídicos quer em termos morais. No plano moral, o ser-programado vê inevitável, irremediável e irreversivelmente condicionada a sua biologia sem que possa ser ressarcido ou compensado pelas escolhas efetuadas pelos seus progenitores-programadores. No plano moral, as opções irreversíveis dos progenitores-programadores determinam, para o ser-programado, a prevalência do que consideraram ser bom ou mau para a vida de um novo ser, retirando-lhe, assim, e pelo menos de modo pleno, a autonomia das suas decisões. De facto, a irreversibilidade das decisões sobre a programação genética intencional de um novo ser fica ainda mais clara se considerarmos que a “[...] *dependência social inerente à relação pais-filhos vai-se sucessivamente diluindo, no decorrer das gerações, à medida que os jovens se tornam adultos [...]*”⁸². Contudo, já a “[...] *dependência genealógica dos filhos em relação aos pais é seguramente irreversível.*”⁸³

Na ausência de programação genética intencional, o novo ser é ainda condicionado pela sua biologia. Contudo, esta restrição ou condicionamento resulta de uma programação

⁷⁸HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 107.

⁷⁹*Idem, Ibidem.* p. 107-108.

⁸⁰HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 108.

⁸¹HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 108.

⁸²*Idem, Ibidem.* p. 108.

⁸³HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p.108

natural e não de decisão de outro ser humano. Aqui reside, parece-nos, o busílis de toda a questão. De facto, concordamos com Buchanan⁸⁴ quando afirma que “[...] a impressão de nos sentirmos manietados [...] pelas escolhas dos nossos pais [...]”⁸⁵ poderia fazer com que o ser-programado se sentisse constrangido e limitado na sua liberdade pelos valores impostos pelos seus progenitores-programadores, muito mais do que se sentiria pela aceitação do “[...] resultados de uma lotaria natural [...]”⁸⁶.

A questão da programação genética de um novo ser deixa claro que, na existência de uma pessoa, contribuem não apenas o processo de socialização a que é exposta, mas também a sua biologia que antecede o próprio processo de socialização.

Para Habermas⁸⁷, “Se uma pessoa fosse exclusivamente produto de uma socialização determinante e apenas passivamente experienciada, o seu “eu” escapar-lhe-ia no fluxo das situações, relações e outros elementos relevantes do seu processo de formação.”⁸⁸ Arendt⁸⁹ justifica afirmando que o novo ser é revelador da “[...] «expectativa do inesperado» [...]”⁹⁰ visto que encerra em si mesmo um novo início por um ser que veio “[...] ao mundo pelo nascimento e nele vive(m) sob a condição da natalidade [...]”⁹¹. No mesmo sentido Habermas, para quem o próprio nascimento, assinalando um novo começo, constitui a fronteira entre a natureza e a cultura⁹².

No entender de MacCormick⁹³, as condutas consideradas inocentes em determinada sociedade não serão criminalizadas. Para Duff⁹⁴, à criminalização de uma conduta pelo Direito corresponderá uma sanção moral, ainda que a moral vigente padeça de perversidade, ex.: criminalização da assistência a um escravo fugitivo nos EUA, na segunda metade do séc. XIX⁹⁵. O Direito Penal, entendido neste sentido, assumiria a forma de expressão máxima da

⁸⁴ Buchanan *apud* HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 105, nota 64.

⁸⁵ Buchanan *apud* HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 105, nota 64.

⁸⁶ Buchanan *apud* HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 105, nota 64.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 103-104.

⁸⁸ *Idem*, *Ibidem*. p. 103-104.

⁸⁹ Arendt *apud* HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 102-103.

⁹⁰ Arendt *apud* HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 102-103.

⁹¹ Arendt *apud* HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 102-103.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 103.

⁹³ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 211.

⁹⁴ Duff *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 211, nota 11.

⁹⁵ Duff *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Ibidem*. p. 211.

ordem moral vigente em determinada sociedade, reforçando a observância dos preceitos morais⁹⁶.

Para Duff⁹⁷, o Direito Penal facilita a expressão pública de condenação de condutas rejeitadas pela ordem Moral. A conduta rejeitada constitui, por isso, uma agressão a toda a sociedade na medida em que desrespeita um preceito moral aceite como válido. Assim, MacCormick⁹⁸ conclui que, em qualquer sociedade, reside sempre uma espécie de substrato moral sob a camada superficial do Direito Penal positivado.

Neste ponto não concordamos plenamente com o autor na medida em que nem sempre reside um substrato moral na base do Direito Penal positivado, podendo existir momentos de anomia social, ainda que transitória, onde não existe uma ordem moral subjacente ao Direito Penal positivado.

De facto, parece-nos que tal foi o caso da Revolução Cultural, que marcou a transição da China Republicana para a República Popular da China. Para Mao, a vitória do maoísmo da China dependia diretamente do abandono das reminiscências da cultura chinesa tradicional, substituindo-a por uma nova ordem moral alicerçada nos ideais maoístas, difundida através do livro vermelho de Mao⁹⁹ e abandonando a teoria marxista-leninista ortodoxa pela substituição do proletariado pelo campesinato¹⁰⁰. O período da Revolução Cultural espelha, então, um processo de substituição de uma ordem moral por uma outra ordem moral, onde ainda não existe uma correspondência clara entre o Direito Penal positivado e os preceitos morais vigentes, por se tratar de um período de relativa anomia social. Assim se justifica que o impulso legislador da República Popular da China tenha decorrido apenas a partir da década de 70 do séc. XX, ou seja, só após a solidificação da nova ordem moral maoísta.

Por outro lado, a atividade de Mahatma Gandhi na Índia colonial pretendeu alcançar a independência da Índia através da adoção de uma nova ordem moral pelo povo indiano. Os ensinamentos da não-violência de Gandhi exerceram-se através da moral pelo seu próprio exemplo, permitindo ao povo indiano atingir reformas sociais que resultaram da sua união em

⁹⁶ Durkheim *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 211-212, nota 12.

⁹⁷ Duff *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Ibidem*. p. 212, nota 13.

⁹⁸ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 212.

⁹⁹ KISSINGER, Henry. *On China*. London: Penguin Books, 2012. ISBN 978-0-141-04942-7, p. 192-197.

¹⁰⁰ BROWN, Archie. *Ascensão e Queda do Comunismo*. 1.ª ed. Alfragide: Dom Quixote – Leya, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2, p. 218-219.

torno de uma mesma nova ordem moral. De facto, como nos transmite Stern¹⁰¹, Gandhi percebeu que a força de vontade, a disciplina e a eficácia estratégica dos Britânicos advinha do cristianismo, das suas crenças e costumes. Assim, o desafio seria o de formar a identidade, a vontade e o estatuto das pessoas de acordo com o ritual hindu de forma a restituir a cada indivíduo, independentemente do género ou casta, uma igual dignidade na medida em que “[...] *uma nação que sujeita um sexo ou castas inferiorizadas não poderia libertar-se da sujeição colonial.*”¹⁰². Assim, no período de transição entre a Índia colonial e a independência da Índia não se verificou uma correspondência clara entre a Moral vigente e o Direito Penal positivado. Concluimos, pois, que os momentos de mudança social ou anomia vividos numa determinada sociedade constituem momentos de exceção onde o Direito Penal positivado nem sempre corresponde plenamente à ordem moral vigente, por se tratar de um momento de transição¹⁰³.

Mais recentemente, o caso da atuação no território sírio do dito Estado dito islâmico, representa um exemplo de terrorismo fundamentalista de origem islâmica. A denominação *fundamentalismo religioso* advém do facto de muitos destes movimentos defenderem o regresso aos fundamentos primeiros da sua doutrina religiosa¹⁰⁴. Todavia, não raras vezes as atividades dos grupos fundamentalistas religiosos extravasam o mero regresso aos fundamentos basilares da sua religião constituindo verdadeiras organizações terroristas hierarquizadas, fortemente armadas e financiadas. Assim, considerar que um fundamentalismo possa ser simultaneamente religioso parece ser um paradoxo. Para o Papa Francisco¹⁰⁵, “*O fundamentalismo é uma doença que existe em todas as religiões. [...] O fundamentalismo religioso não é religioso. Porquê? Porque falta Deus. É idolátrico, como é idolátrico o dinheiro.*”¹⁰⁶ Os movimentos fundamentalistas pretendem, pois, transmitir e impor a sua base doutrinária que não é mais do que uma nova ordem moral diferente da vigente e que lhes abrirá caminho à legitimação dos seus ideais através da sua posterior

¹⁰¹GANDHI, Mahatma. *Preceitos de Vida de Mahatma Gandhi*. Trad. Bernardina Felgueiras. Com a organização de Henri Stern. 1.ª Ed. Lisboa: Editora Pergaminho, 1999. ISBN 972-711-192-0, p. 9-14.

¹⁰²*Idem, Ibidem*. p. 12.

¹⁰³Golfin *apud* OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 111.

¹⁰⁴GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.ª ed. 2.ª reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 467-468.

¹⁰⁵IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Papa, 2013- [...] (Francisco) (2013) – Encontro com os Jornalistas Durante o Voo de Regresso de Bangui a Roma. In *Viagem Apostólica do Papa Francisco ao Quênia, Uganda e República Centro-Africana*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 30 de nov. 2015. Disponível em WWW:<URL: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151130_repubblica-centrafricana-conferenza-stampa.html>. Acesso em: 20 set. 2016. p. 4.

¹⁰⁶*Idem, Ibidem*. p. 4.

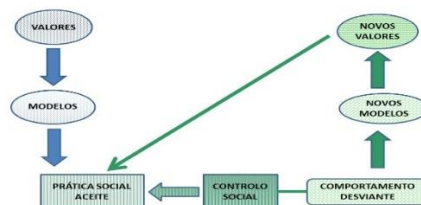
positivação. Parece-nos, assim, que propiciar comportamentos desviantes e estados de anomia social tem sido o caminho tomado para a criação de novas ordens morais que, ao consolidarem-se, encontram a sua legitimação pela alteração profunda do anterior direito positivado.

No entender de Berry¹⁰⁷, é errado olhar o comportamento desviante em termos da não-conformidade às normas. Para este autor,

[...] O desviante é, frequentemente, não alguém que fracasse em submeter-se a padrões específicos, mas que escolhe para si próprio padrões diferentes dos da maioria das pessoas.[...] desviantes talvez sejam pessoas cujos grupos de referência são diferentes dos convencionalmente aceites.¹⁰⁸

Após a análise dos três casos ilustrativos, arriscamos retirar um comportamento padrão na atuação de grupos desviantes que impõem e consolidam uma nova ordem moral que se vê legitimada através da transformação, *a posteriori*, do próprio Direito positivado em conformidade àquela nova ordem moral. A ideia que pretendemos, agora, transmitir traduz-se, de modo linear, no seguinte gráfico:

Gráfico 3 – Nova ordem moral. Padrão Direito-Moral



Nos casos analisados, o controlo social imposto aos comportamentos desviantes foi insuficiente face aos novos modelos morais e valores propostos pelo grupo desviante. Assim, a consolidação dos novos modelos e valores morais conduz à sua transformação em prática social aceite e ao subsequente afastamento e abandono dos modelos e valores anteriormente vigentes, em determinada sociedade e num dado momento.

Para MacCormick¹⁰⁹ a tese que defende a existência de um substrato moral na base do Direito Penal é mais ou menos incontestável nos casos dos crimes *mala in se*, ou seja, as condutas que ofendem ou agredem bens jurídicos como a vida e a integridade física. O

¹⁰⁷Berry *apud* OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.º Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.ª ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 110.

¹⁰⁸Berry *apud* OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Ibidem*. p. 110.

¹⁰⁹MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 212-215.

conceito de *mala in se* remete-nos para ideia de “[...] *conexão necessária* [...]”¹¹⁰ entre Direito e Moral que, no entender da visão de tomista de Direito Natural referida, mas não defendida, por Hart¹¹¹, contém

[...] uma afirmação dupla: em primeiro lugar, [...] há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. «Lex iniusta non est lex».¹¹²

Outra interpretação da conexão entre Direito e Moral, concebe a moral “[...] *como expressões de atitudes humanas em relação à conduta, as quais podem variar de sociedade para sociedade ou de indivíduo para indivíduo.*”¹¹³ Esta interpretação refere, ainda, que

[...] para um sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer ao direito, embora esta possa ser superada, em casos concretos, por uma obrigação moral mais forte de não obedecer a leis concretas moralmente iníquas.¹¹⁴

Para MacCormick¹¹⁵, tal será o caso das condutas *mala prohibita*, i.e., condutas cuja rejeição resulta da própria proibição legal e não do facto de serem consideradas, *a priori*, condutas erradas em si mesmas. Para o autor, o substrato moral subjacente às condutas *mala prohibita* aprende-se com a necessidade de proteger o Estado, a sociedade civil ou os cidadãos de situações que representam ou um grande valor ou sérias desvantagens, ex.: a legislação ambiental, legislação sobre a construção e manutenção de veículos de transporte ou a justiça fiscal distributiva¹¹⁶. No âmbito da legislação ambiental relembramos que as alterações climáticas levaram a uma implementação de políticas sobre as alterações climáticas no seio da U.E., nos últimos vinte anos. Todavia, as duas principais iniciativas da U.E., “[...] o RCLE (*Regime de Comércio de Licenças de Emissão, de 2005*) e o processo das Nações Unidas fracassaram.”¹¹⁷

Ao nível da distribuição de riqueza, nenhum sistema dependente de donativos voluntários dos cidadãos seria sustentável num Estado moderno impondo-se, por isso, a

¹¹⁰ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 169-171.

¹¹¹ *Idem, Ibidem*. p. 169-171.

¹¹² HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 169-171.

¹¹³ *Idem, Ibidem*. p. 169-171

¹¹⁴ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 169-171.

¹¹⁵ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 212-214.

¹¹⁶ *Idem, Ibidem*. p. 212-214.

¹¹⁷ GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 181.

necessidade da criação de impostos e reformas que, quando aplicadas em excesso pode ter efeitos regressivos, agudizando as desigualdades e aumentando a pobreza¹¹⁸.

Por fim, MacCormick considera que a regulação da atividade de construção e manutenção de veículos de transporte localiza-se no âmbito das condutas *mala prohibita* remetendo para a *mala in se* os comportamentos de condução em excesso de velocidade, perigosa ou sobre o efeito de álcool¹¹⁹.

Neste aspeto discordamos parcialmente com o autor, na medida em que a condução em excesso de velocidade parece-nos encontrar-se ainda em fase de transição de conduta *mala prohibita* para *mala in se*. Seguindo de perto Alegre Donário, circulação rodoviária implica “[...] padrões básicos que são genericamente compreendidos e seguidos pelos condutores e peões, sobretudo através de normas jurídicas que atribuem direitos e deveres e prevêm sanções para os infratores.”¹²⁰ A existência destas normas confere aos utilizadores algum grau de confiança na utilização da via pública, que será reforçado no caso de

[...] o seu conteúdo suscita(r) aceitação e respeito ao nível social, ou seja, se essas normas jurídicas estão em consonância com as normas sociais, pois, caso contrário, haverá uma maior tendência para que aquelas normas sejam transgredidas gerando, em consequência, ineficiência social, o que se consubstancia em custos sociais superiores aos benefícios sociais afectando negativamente o bem-estar social.¹²¹

Contudo,

[...] se o desrespeito pelas normas de circulação rodoviária for elevado, seja porque as sanções previstas no comando dessas normas são baixas e/ou porque a probabilidade da sua aplicação é pequena (seja no âmbito da fiscalização ou dos tribunais) a sua aptidão para ordenar a interacção dos indivíduos nesta dimensão da actividade humana desvanece-se com o consequente aumento do nível de risco de acidentes.¹²²

Parece-nos, pois, que não deve ser imediata a qualificação como *mala in se* a condução em excesso de velocidade na medida em que não é clara nem evidente a aceitação e o respeito social pelas normas jurídicas que limitam a velocidade de circulação. Ou seja, não existe uma verdadeira “consonância entre as normas jurídicas e as normas sociais”¹²³. A evidência do elevado número de acidentes demonstra, outrossim, o desrespeito pelas normas

¹¹⁸*Idem, Ibidem*. p. 105-110.

¹¹⁹MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 212-214.

¹²⁰DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Análise Económica da Regulação Social: Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação*. 1.ª Ed. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4, p. 31-55.

¹²¹*Idem, Ibidem*. p. 31-33.

¹²²DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Análise Económica da Regulação Social: Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação*. 1.ª Ed. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4, p. 31-33.

¹²³*Idem, Ibidem*. p. 31-33.

jurídicas de circulação com o conseqüente aumento do número de acidentes rodoviários, vítimas e mortos.

Por fim, MacCormick refere o pensamento de Jeremy Bentham que considera a distinção entre *mala in se* e *mala prohibita* uma distração, visto que o Direito Penal deve ser olhado da mesma perspectiva, ou seja, como um conjunto de proibições justificadas pelo seu contributo para a utilidade pública¹²⁴. Já para Hans Kelsen, “[...] *todas as ofensas no direito são ofensas proibidas e, assim, são ofensas do mesmo modo e pelo mesmo motivo - porque são proibidas*”¹²⁵. A visão puramente positivista do direito pode justificar a aplicação de normas amorais e com resultados apocalípticos como foi o caso da negação de dignidade humana intrínseca aos judeus, pelos nazis¹²⁶.

Concluindo, MacCormick defende que distinção entre *mala in se* e *mala prohibita* não é necessariamente anti-utilitária na medida em que “[...] *até uma moralidade utilitária é capaz de estigmatizar certas condutas como erradas devido ao seu carácter directa e inevitavelmente prejudicial.*”¹²⁷

2§ LEGALISMO MORAL

Recorrendo à definição proposta por Hart¹²⁸, a expressão *legalismo moral* remete-nos para o conceito de *moralidade crítica*, ou seja, para a existência de princípios morais estabelecidos por argumentos racionais aplicados à crítica do Direito em vigor e das condutas sociais.¹²⁹

Os usos legítimos do Direito Penal numa sociedade livre constituem o ponto central da controvérsia acerca do *legalismo moral*, entre vários autores, desde o século XIX¹³⁰. Entre os críticos do *legalismo moral* encontra-se John Stuart Mill¹³¹, para quem a função do Direito Penal é a de evitar agressões entre os indivíduos, rejeitando a ideia de Direito Penal enquanto

¹²⁴ Bentham *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 214, nota 16.

¹²⁵ Kelsen *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Ibidem*. p. 214, nota 17.

¹²⁶ PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. *Human Rights As Law. BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008.p.378-379.

¹²⁷ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 214-215.

¹²⁸ Hart *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p.215, nota 19.

¹²⁹ Hart *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Ibidem*. p. 215.

¹³⁰ Hart *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 215.

¹³¹ John Stuart Mill *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Ibidem*. p. 215, nota 18.

meio de reforçar as virtudes morais¹³². Na base do seu pensamento reside a crítica ao Direito Natural, espelhada no comentário de Stuart Mill ao primeiro capítulo do “*Espírito das Leis*” de Montesquieu, onde afasta o Direito das leis da natureza por considerar que as normas jurídicas “[...] não são afirmações ou descrições de factos, mas são «prescrições» ou exigências de que os homens se comportem de certos modos.”¹³³

Hart¹³⁴, apesar de admitir “[...] conexões contingentes diferentes [...]”¹³⁵ entre o Direito e a Moral, defende que não existem “[...] conexões conceptuais necessárias [...]”¹³⁶ na medida em que podem “[...] ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas.”¹³⁷ Para Hart, “[...] os direitos e os deveres jurídicos podem estar privados de eficácia ou justificações morais [...]”¹³⁸, apresentando a seguinte ordem de razão: “[...] quer as leis sejam boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito [...]”¹³⁹, ou seja, no poder que o direito confere ou nega aos indivíduos de “[...] recorrerem ao aparelho coercivo do direito.”¹⁴⁰ Todavia, Hart assume que nem sempre uma “[...] simples abordagem utilitarista nem sempre é possível [...]”¹⁴¹, indicando como exemplo “[...] a importância atribuída à regulação moral do comportamento sexual, como seja a interdição da homossexualidade.”¹⁴². Assume, por isso, que

As regras jurídicas, [...], podem ter correspondência com as regras morais, no sentido de exigirem ou proibirem o mesmo comportamento. Aquelas que assim fazem são sentidas sem dúvida como sendo tão importantes como as suas contrapartidas morais. Contudo, a importância não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas como o é às da moral. Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada

.¹⁴³

¹³² John Stuart Mill *apud* MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 215.

¹³³ John Stuart Mill *apud* HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 202-203.

¹³⁴ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 331-332.

¹³⁵ *Idem, Ibidem*. p. 331-332.

¹³⁶ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 331-332

¹³⁷ *Idem, Ibidem*. p. 331-332.

¹³⁸ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 331-332

¹³⁹ *Idem, Ibidem*. p. 331-332.

¹⁴⁰ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 331-332.

¹⁴¹ *Idem, Ibidem*. p. 188-190.

¹⁴² HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 188-190.

¹⁴³ *Idem, Ibidem*. p. 188-190.

No entenderdos apoiantes do *legalismo moral*, é função legítima do direito restringir e estigmatizar qualquer conduta grosseiramente imoral.¹⁴⁴ Para Dworkin, “[...] «os direitos jurídicos devem ser entendidos com [uma] espécie de direitos morais» [...]”¹⁴⁵ visto que “[...] deve haver, pelo menos, fundamentos morais indiciários [prima facie] para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos.”¹⁴⁶

Já MacCormick¹⁴⁷ sustenta que o substrato moral do Direito Penal exclui a possibilidade de o Direito Penal ser considerado como puramente utilitário ou desprovido de moral, mas não deve contemplar apenas as condutas que produzem uma ofensa. De facto, também as condutas que encerram em si a possibilidade de produzir uma ofensa (ex.: tentativa) devem ser contempladas pelo Direito Penal. O autor defende, ainda, que uma Teoria Geral do Substrato Moral do Direito Penal deve alicerçar-se no contributo essencial que o Direito Penal confere à manutenção da paz social, da civilidade e das relações pacíficas entre desconhecidos, numa determinada sociedade civil.¹⁴⁸ Para MacCormick, a própria existência de uma sociedade civil implica a paz social, entendida como a capacidade de as instituições estatais manterem a paz sem violarem os direitos fundamentais nem as liberdades pessoais.¹⁴⁹ De acordo com a exposição de Perry¹⁵⁰, parece-nos seguro afirmar que o respeito pela moralidade dos direitos humanos pode contribuir para a paz social. Na verdade,

[...] De acordo com o direito internacional dos direitos humanos, o facto de um direito legal não se revestir de carácter universal não lhe nega a qualidade de direito humano. E, pelo mesmo motivo, o facto de um direito moral não se revestir de carácter universal, não implica que esse direito não seja um direito humano. Alguns direitos morais não intrinsecamente universais são, ainda assim, direitos humanos nomeadamente aqueles que pertencem aos seres humanos em virtude do facto de todos os seres humanos deterem dignidade inerente e serem invioláveis.¹⁵¹

A manutenção da paz social pelas instituições estatais, sem que sejam feridos os direitos e liberdades fundamentais, é especialmente delicada nas situações em que a

¹⁴⁴ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 215.

¹⁴⁵ Dworkin *apud* HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 331-332.

¹⁴⁶ Dworkin *apud* HART, Herbert. *Ibidem*. P. 331-332.

¹⁴⁷ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 215-218.

¹⁴⁸ *Idem, Ibidem*. p. 215-218.

¹⁴⁹ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 217.

¹⁵⁰ PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. *Human Rights As Law. BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008. p. 369-422.

¹⁵¹ *Idem, Ibidem*. p. 369-422.

moralidade da conduta não produz um repúdio claro pela sociedade civil ou não ameaça diretamente a paz social. Tais são os casos das questões sobre a autodeterminação sexual, sobre o início e o fim da vida, sobre a liberdade de expressão. Destacamos agora a questão sobre a liberdade de expressão, nomeadamente, sobre o recente caso da legislação camarária, em vigor no sul de França, que proíbe a utilização da peça de vestuário balnear apelidada de *burkini*, que resulta da fusão das palavras *burka* e *bikini*. Parece-nos que tal proibição constitui uma resposta aos atentados terroristas dos últimos anos em França e, particularmente, ao atentado terrorista ocorrido em Nice, no dia 14 de julho de 2016, dia nacional de França. São absolutamente compreensíveis e inquestionáveis os efeitos devastadores que os atentados terroristas provocam numa população, os medos e anseios que daí advêm e demais consequências psicológicas.

Sem pretender elaborar uma exposição extensa que deverá ser alvo de análise em sede própria, no âmbito da disciplina da Psicologia, destacamos, porém, duas teorias psicológicas que nos parecem poder ajudar a explicar o que motivou o governo francês a elaborar uma norma jurídica que padece, no nosso entender, de uma sintomatologia preconceituosa e discriminatória. De acordo com a terminologia adotada por Giddens¹⁵², são elas a teoria de *displacement* ou deslocação e *scapegoating* ou bode-expiatório. A teoria de *displacement* está fortemente associada ao pensamento estereotipado onde os sentimentos de raiva e hostilidade são dirigidos a indivíduos ou objectos que não constituem a origem real desses mesmos sentimentos¹⁵³. O *displacement* conduz, por isso, a situações em que determinados indivíduos são considerados culpados de algo de que não têm culpa, tornando-se verdadeiros “[...] bodes-expiatórios [...]”¹⁵⁴. A outra dimensão do *scapegoating* resulta da competição entre dois grupos étnicos por uma compensação económica.¹⁵⁵ Sucede, normalmente, entre grupos com posições económicas similares por se tratar de alvos fáceis e sem grande capacidade de defesa. O *scapegoating* envolve, ainda, a dimensão da projeção, ou seja, a atribuição inconsciente ao outro grupo de desejos ou características próprias do grupo de origem¹⁵⁶.

¹⁵² GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.ª ed. 2.ª reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 212-214.

¹⁵³ *Idem, Ibidem*. p. 212-214.

¹⁵⁴ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.ª ed. 2.ª reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 212-214.

¹⁵⁵ *Idem, Ibidem*. p. 212-214.

¹⁵⁶ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.ª ed. 2.ª reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 212-214.

No caso francês, parece-nos que prevalece um pouco das duas teorias. Se não, vejamos. Por um lado, o uso do *burkini* está associado à religião islâmica¹⁵⁷. Por outro, o atentado terrorista de Nice foi perpetrado por indivíduos que se assumiram publicamente como seguidores da religião islâmica. Assim, as normas jurídicas que proíbem o uso do *burkini*, pelo menos em público, parecem denunciar uma espécie de *reação alérgica* da ordem jurídica ao vestuário balnear associado à religião islâmica.

No nosso entender, o ordenamento jurídico francês, pelo menos neste aspeto, parece evidenciar a presença de preconceitos e uma atitude discriminatória¹⁵⁸. De facto, o uso do *burkini* foi proibido, mas nada foi dito acerca da utilização da máscara facial chinesa conhecida por *face-kini*¹⁵⁹, muito semelhante ao *burkini*, com a variante de cobrir apenas o rosto. Esta máscara de origem chinesa serve o propósito proteger o rosto dos raios UV e, principalmente, de evitar que pele se bronzeie visto que o tom de pele bronzeado é associada à atividade agrícola. Por outro lado, a ordem jurídica francesa parece estar a associar islamismo e terrorismo ao considerar que uma peça de vestuário balnear islâmica possa constituir um eventual perigo para a manutenção da paz social. A culpabilização indiscriminada e desnorteada, ainda que inconsciente, de toda a comunidade islâmica pelos atentados terroristas dos últimos anos em França tem sabor amargo a retrocesso civilizacional no país fundador dos princípios da Igualdade, Liberdade e Fraternidade. Não obstante, não podemos deixar de concordar, pelo menos em parte, com MacCormick¹⁶⁰ quando afirma que os esforços no sentido da manutenção da paz social devem prevalecer nas situações excepcionais suscetíveis de gerar uma tensão social elevada, colocando em risco a paz social. Contudo, parece-nos que o uso do *burkini* não integra a lista destes casos. Parece-nos urgente a implementação de esforços no sentido da integração dos grupos étnicos com uma

¹⁵⁷GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 143-150. Para o autor, “[...] a tradição é hoje mais maleável e mutável do que nunca, e tudo acontece em tempo recorde, devido à constante interação de diferentes valores e influências. Assim, o uso do véu integral em comunidades islâmicas pode parecer um retorno à tradição, que, no entanto, é muitas vezes um retorno reconstruído. Muitas mulheres que agora adoptam essa prática são, de facto, a primeira geração das suas famílias a fazê-lo.” [...] “O véu integral é, sem dúvida, associado normalmente a uma repressão dos direitos das mulheres, mas pelo menos algumas mulheres que o usam dizem fazê-lo no interesse da libertação feminina – libertação do olhar sexual dos homens e de se vestirem como objectos do desejo masculino.” p. 144.

¹⁵⁸GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 159. “Claro que existem extremistas e que a ameaça do terrorismo é real. No entanto, no caso dos muçulmanos, estes factos são usados para fazer generalizações absurdas.”

¹⁵⁹REUTERS. Máscara chinesa para praia “face-kini” inspira-se na Ópera de Pequim. *ReutersEntertainmentNews*, Brasil, 2016. Disponível em WWW: < URL: <http://br.reuters.com/article/entertainmentNews/idBRKCN0PP25X20150715>>. Acesso em 17 jul. 2016.

¹⁶⁰MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 217-218.

consequente mudança no modelo social europeu, já de si “[...] *seriamente comprometido* [...]”¹⁶¹ em resultado da crise económica. Apresentamos três modelos históricos possíveis de desenvolvimento das relações entre grupos étnicos: a assimilação, o *meltingpot* e o pluralismo¹⁶². Na assimilação os novos grupos imigrantes adotam a cultura e linguagem da comunidade dominante; o *meltingpot*, preconiza a fusão dos diferentes aspetos e culturas numa única sociedade; o pluralismo, constitui o modelo que mais promove a igualdade entre os vários grupos étnicos na medida em que admite uma existência autónoma em estreita colaboração e participação na vida económica e política da sociedade¹⁶³. Acima de tudo, deve ter-se sempre presente que

O modelo social europeu é de facto uma mistura de valores, concretizações e aspirações, conjugados de formas variadas e com vários graus de sucesso em diferentes países. Os valores incluem uma partilha dos riscos na segurança social, uma limitação da desigualdade económica e social, uma promoção dos direitos dos trabalhadores e uma promoção do sentido de mútua responsabilidade ou solidariedade em toda a sociedade.¹⁶⁴

Mais recentemente Giddens¹⁶⁵ afasta o conceito de multiculturalismo apresentado três razões: 1.^a) o conceito desvirtuou-se na medida em que em vindo a ser sistematicamente utilizado de forma incorreta, remetendo para a ideia de um “[...] *multiculturalismo de laissez-faire* [...]”¹⁶⁶; 2.^a) o conceito foi concebido num período anterior à globalização como hoje a entendemos. A utilização global da internet e das redes de comunicação móveis criou uma sociedade literalmente global, mas que, simultaneamente, é “[...] *intensamente local, com milhares de complexos níveis intermédios.*”¹⁶⁷; 3.^a) o conceito contém em si mesmo a ideia de cultura olhada como algo estanque e quase imutável. Assim, ao invés do termo multiculturalismo, o autor propõe a adoção do termo interculturalismo que quer transmitir a enorme “[...] *diversidade e coesão social* [...]”¹⁶⁸ vivida atualmente numa era simultaneamente local e global, onde a sociedade acolhe um elevado número e variedade de

¹⁶¹GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 95.

¹⁶²GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.^a ed. 2.^a reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 236-238.

¹⁶³*Idem, Ibidem*. p. 236-238.

¹⁶⁴GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 96.

¹⁶⁵*Idem, Ibidem*. p. 150-160.

¹⁶⁶GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 156.

¹⁶⁷*Idem, Ibidem*. p. 156.

¹⁶⁸GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 157-159.

minorias étnicas¹⁶⁹. O interculturalismo procura ainda destacar, os “[...] processos de negociação e de diálogo que podem reconstruir positivamente o espaço público [...]”¹⁷⁰ existente entre as “[...] minorias com as comunidades e as nações de acolhimento [...]”¹⁷¹. A esta nova ordem social onde domina a “[...] superdiversidade de contactos e envolvimentos [...]”¹⁷² Giddens apelida de “[...] imperativo cosmopolita [...]”¹⁷³, sendo possível que os indivíduos não sintam que detêm apenas uma identidade, sentido de pertença ou nacionalidade, mas várias e tão variadas quanto o número de contactos e envolvimentos a que forem expostos. Assim se consegue compreender o surgimento do fenómeno dos “[...] terroristas autóctones [...]”¹⁷⁴, cujos padrões híbridos tornam intrinsecamente imprevisível a identificação da sua identidade cultural. Amartya Sen¹⁷⁵ alerta, ainda, para o facto de: “«A confusão entre as pluri-identidades dos muçulmanos e a sua identidade islâmica não é apenas um erro de descrição, pois tem também sérias implicações para a paz neste mundo precário em que vivemos.»”¹⁷⁶.

Contudo, a paz duradoura não pode ser obtida a qualquer custo. Neste ponto aderimos ao pensamento de Gomes Canotilho¹⁷⁷ que levanta “[...] sérias dúvidas quanto a esta “moralidade da guerra” [...]”¹⁷⁸, na medida em que “[...] os direitos individuais daqueles que sofrem os danos “colaterais da guerra” podem conhecer o “grau zero” da existência a pretexto de “intervenções humanitárias” e “mudanças de regime”.”¹⁷⁹

Quais serão, então, os requisitos necessários à manutenção da paz social e da civilidade?¹⁸⁰

No entender de MacCormick,¹⁸¹ os requisitos da paz social devem ser analisados à luz da doutrina dos direitos humanos. Para este autor, a paz social e a civilidade, então, são *conditio sine qua non* para a progressão do Direito Penal¹⁸².

¹⁶⁹ *Idem, Ibidem.* p. 157-159.

¹⁷⁰ *Idem, Ibidem.* p. 157.

¹⁷¹ *Idem, Ibidem.* p. 157.

¹⁷² GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 157-159.

¹⁷³ *Idem, Ibidem.* P. 157-159.

¹⁷⁴ GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 157-159.

¹⁷⁵ Amartya Sen *apud* GIDDENS, Anthony. *Ibidem.* p. 159.

¹⁷⁶ Amartya Sen *apud* GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 159.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008.

¹⁷⁸ *Idem, Ibidem.* p. 25-33.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008.

¹⁸⁰ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 218.

Já Perry¹⁸³ parece pretender alicerçar a paz social e civilidade na moralidade dos direitos humanos, ou seja, na moralidade que se encontra na base do catálogo internacional dos direitos humanos. A moralidade dos direitos humanos assegura a inviolabilidade da dignidade humana que deve ser protegida de quaisquer agressões, implícitas ou explícitas, por parte quer das instituições estatais quer da sociedade civil¹⁸⁴.

A propósito da “[...] *ligação profunda* [...]”¹⁸⁵ entre dignidade humana e direitos humanos, explica-nos Gomes Canotilho¹⁸⁶ a tese de Habermas¹⁸⁷ que sustenta que a dignidade humana é a “[...] *«fonte moral» da qual se alimentavam os conteúdos de todos os direitos fundamentais e é radicação dos direitos nesta ponte moral que «explica a força explosiva do ponto de vista político de uma utopia concreta»*.”¹⁸⁸ E esclarece, ainda, que

[...] utopia concreta» surge ligada à mensagem ético-moral da dignidade: «os direitos fundamentais só podem cumprir politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de todas as pessoas se agirem em articulação uns com os outros de forma igual, em todas as categorias.»¹⁸⁹.

Assim, para Gomes Canotilho “[...] *os direitos têm duas faces - uma moral e outra jurídica -, carecendo de institucionalização e de positivação sob a forma de direitos subjectivos.*”¹⁹⁰

3§ CRIMES DAS PESSOAS COLETIVAS

A responsabilidade penal das pessoas coletivas é o último tópico abordado por MacCormick¹⁹¹ onde considera que, à semelhança das pessoas singulares, as pessoas

¹⁸¹ *Idem, Ibidem*. p. 218.

¹⁸² MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 218.

¹⁸³ PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. Human Rights As Law. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008. p. 377.

¹⁸⁴ PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. Human Rights As Law. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes *In* HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. 1.ª Ed. Lisboa: Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4, p. 9-12.

¹⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes *In* HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 9-12

¹⁸⁷ Habermas *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes *In* HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. 1.ª Ed. Lisboa: Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4, p. 9-12.

¹⁸⁸ Habermas *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes *In* HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. 1.ª Ed. Lisboa: Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4, p. 9-12.

¹⁸⁹ Habermas *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes *In* HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. 1.ª Ed. Lisboa: Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4, p. 9-12.

¹⁹⁰ Gomes Canotilho *In* HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 9-12.

coletivas devem ser moral e legalmente responsabilizadas pelas ofensas resultantes das suas ações deliberadas de modo intencional ou não intencional.

De facto, não raras vezes a atividade das pessoas coletiva envolve riscos que podem interferir diretamente com os bens jurídicos protegidos das pessoas singulares. Tal será o caso das empresas de transporte coletivo de passageiros que devem assegurar a manutenção e correta utilização dos seus equipamentos de modo a evitar o risco de morte para os passageiros, ex.: O acidente ferroviário do comboio celta, em Porriño, Galiza, no Verão de 2016, por alegadamente circular em excesso de velocidade e que causou vítimas mortais¹⁹².

Por outro lado, a má gestão das finanças públicas poderá prejudicar direta ou indiretamente todos os contribuintes. Exemplo disso foi o recente caso dos benefícios fiscais ilegais concedidos pelo governo irlandês à empresa norte-americana Apple, proibidos à luz do Direito Europeu¹⁹³. A Apple será agora obrigada a devolver cerca de treze biliões de euros¹⁹⁴ de impostos à Irlanda, valor este que “[...] seria mais do que suficiente para cobrir as despesas do serviço nacional de saúde irlandês durante um ano [...]”¹⁹⁵.

Por fim, não se deve confundir os direitos humanos das pessoas singulares que compõem a pessoa coletiva com direitos humanos da pessoa coletiva¹⁹⁶. Na verdade, o carácter de personalidade coletiva não admite a sua integração na classe de ser humano com o propósito de lhes reconhecer direitos humanos como se se tratassem de pessoas singulares¹⁹⁷. As pessoas coletivas têm os seus direitos. Contudo, esses direitos não se conduzem ao catálogo de direitos humanos¹⁹⁸.

¹⁹¹MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 218-220.

¹⁹²CP, Comboios de Portugal. Acidente Comboio Celta. *Comunicação Notas de Imprensa*, Portugal, 2016, CP. Disponível em WWW:<URL: <https://www.cp.pt/institucional/pt/comunicacao/notas-imprensa/acidente-comboio-celta>>. Acesso em: 20 set. 2016.

¹⁹³SHEPPARD, Lee. The EU Case Against Apple’s Irish Tax Deal. *Forbes*.S.l., p. 1-4, 5 set. 2016. Disponível em WWW: <URL: <http://www.forbes.com/sites/leesheppard/2016/09/05/the-eu-case-against-apples-irish-tax-deal/#54104c1d7e2b> >. Acesso em 20 set. 2016.

¹⁹⁴*Idem, Ibidem*.

¹⁹⁵SHEPPARD, Lee. The EU Case Against Apple’s Irish Tax Deal. *Forbes*.S.l., p. 1-4, 5 set. 2016. Disponível em WWW: <URL: <http://www.forbes.com/sites/leesheppard/2016/09/05/the-eu-case-against-apples-irish-tax-deal/#54104c1d7e2b> >. Acesso em 20 set. 2016.

¹⁹⁶MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 220-221.

¹⁹⁷*Idem, Ibidem*.p. 220-221.

¹⁹⁸MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 220-221.

CONCLUSÃO

No capítulo, dedicado à análise da “*Lei Penal e Sociedade Civil: Lei e Moralidade*”¹⁹⁹, MacCormick pretendeu demonstrar os cidadãos devem exigir do Direito Penal a manutenção das condições de civilidade e paz social, ou seja, proteger a sociedade civil. Contudo, esta não poderá ser a única função do Direito Penal na medida em que sem justiça social não será possível assegurar as condições de solidariedade e civilidade²⁰⁰. Assim, defende o autor, o Direito Penal e o Direito Público devem trabalhar em conjunto alicerçados nas especificidades sociais que não são estabelecidas pelo Direito, mas que o Direito pode, eventualmente, ofender ou prejudicar²⁰¹.

Aderimos, por isso, a Lobo Antunes²⁰² quando afirma que a profissão de juiz é “[...] *eminentemente moral* [...]”²⁰³ e traduz

[...] o equilíbrio precário da modernidade: por um lado [...] a identidade profissional terá de ser assegurada por uma película suficientemente tenaz que a mantenha indissoluta; por outro, suficientemente porosa para receber, em osmose sem preconceito, as influências de outros saberes, de outras mundivisões, de outras ideologias, de outros modos de considerar o fenómeno social, que são a característica mais vincada e mais virtuosa da sociedade aberta em que vivemos.²⁰⁴

A manutenção da paz social leva-nos a ponderar o novo conceito positivo de paz proposto por Habermas²⁰⁵ e explicado por Gomes Canotilho²⁰⁶. A paz, assim entendida, corresponde a

[...]um processo não violento que visa sobretudo realizar as condições reais de uma coexistência sem tensões entre os grupos e os povos.”²⁰⁷ E que deverá ter [...] em conta as suas bases políticas: (1) tomada de consciência histórica universalmente partilhada de um desenvolvimento desigual; (2) acordo normativo sobre os direitos do homem, cuja interpretação é actualmente controvertida, entre, por um lado, os “ocidentais”, e, por outro, os asiáticos e os africanos.²⁰⁸

¹⁹⁹ *Idem, Ibidem*. p. 220-221.

²⁰⁰ *Idem, Ibidem*. p. 220-221.

²⁰¹ MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 220-221.

²⁰² SAPATEIRO, José Eduardo; ANTUNES, J. Lobo; RODRIGUES, Cunha. *Ser Juiz Hoje*. Coord. Rui Rangel. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3358-7, p. 31-43.

²⁰³ *Idem, Ibidem*. p. 31-43.

²⁰⁴ SAPATEIRO, José Eduardo; ANTUNES, J. Lobo; RODRIGUES, Cunha. *Ser Juiz Hoje*. Coord. Rui Rangel. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3358-7, p. 31-43.

²⁰⁵ Habermas *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008. p. 27-30.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*. p. 27-30.

²⁰⁷ Habermas *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008. p. 27-30.

²⁰⁸ Habermas *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*. p. 27-30.

Gomes Canotilho²⁰⁹ destaca, por fim, os princípios comuns de justiça que se encontram na base do “direito das gentes” proposto por Rawls²¹⁰:

- Os povos (organizados pelo seu Estado) são livres e independentes, e a sua liberdade e a sua independência devem ser respeitadas por outros povos;
- Os povos são iguais e autores de acordos que se dão entre eles;
- Os povos possuem o direito à auto-defesa, mas não o direito à guerra;
- Os povos devem respeitar um dever de não intervenção;
- Os povos devem respeitar os tratados e os acordos;
- Os povos devem respeitar certas restrições específicas sob as condutas de guerra (que se supõe justificada pela auto-defesa);
- Os povos devem respeitar os direitos do homem.²¹¹

Apesar da falta de clareza sobre o que deve considerar-se por “[...] respeito pelos direitos do homem [...]”²¹², este elenco tem o mérito de concatenar o essencial da definição de Paz oferecida pelo Papa Francisco no dia 20 de setembro de 2016 no seu discurso intitulado “*Sede de paz. Religiões e culturas em diálogo*”²¹³, em Assis, na Jornada de oração pela paz.

Para o Papa Francisco o conceito de paz reconduz-se aos conceitos de acolhimento, colaboração e educação.

Paz significa Acolhimento, disponibilidade para o diálogo, superação dos fechamentos, que não são estratégias de segurança, mas pontes sobre o vazio. Paz quer dizer Colaboração, intercâmbio vivo e concreto com o outro, que constitui um dom e não um problema, um irmão com quem tentar construir um mundo melhor. Paz significa Educação: uma chamada a a prender todos os dias a arte difícil da comunhão, a adquirir a cultura do encontro, purificando a consciência de qualquer tentação de violência e rigidez contrárias ao nome de Deus e à dignidade do ser humano.²¹⁴

²⁰⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008. p. 27-30.

²¹⁰RawlsapudCANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*. p. 27-30.

²¹¹Rawlsapud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*. p. 27-30.

²¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008. p. 27-30.

²¹³IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Papa, 2013- [...] (Francisco) (2013) – Palavras do Santo Padre. In *Visita do Papa Francisco a Assis Para a Jornada de Oração pela Paz “Sede de Paz. Religiões e Culturas em Diálogo”*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 20 set. 2016. Disponível em WWW: < URL: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/september/documents/papa-francesco_20160920_assisipregghiera-pace.html#DISCURSO_>. Acesso em 20 set. 2016. p. 4-5.

²¹⁴IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Papa, 2013- [...] (Francisco) (2013) – Palavras do Santo Padre. In *Visita do Papa Francisco a Assis Para a Jornada de Oração pela Paz “Sede de Paz. Religiões e Culturas em Diálogo”*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 20 set. 2016. Disponível em WWW: < URL: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/september/documents/papa-francesco_20160920_assisipregghiera-pace.html#DISCURSO_>. Acesso em 20 set. 2016. p. 4-5.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROWN, Archie. *Ascensão e Queda do Comunismo*. 1.^a ed. Alfragide: Dom Quixote –Leya, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2, p. 218-219.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 25-33, 2008.

DONÁRIO, Arlindo Alegre. *Análise Económica da Regulação Social: Causas, Consequências e Políticas dos Acidentes de Viação*. 1.^a Ed. Lisboa: EDIUAL - Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4, p. 31-35, 213 ss., 319 ss.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Coleção Tópicos, 1-17. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-16. Disponível em: WWW:<URL: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/03/emile-durkheim-as-regras-do-metodo-sociologico.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

GANDHI, Mahatma. *Preceitos de Vida de Mahatma Gandhi*. Trad. Bernardina Felgueiras. Com a organização de Henri Stern. 1.^a Ed. Lisboa: Editora Pergaminho, 1999. ISBN 972-711-192-0, p. 9-14.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 3.^a ed. 2.^a reimp. Oxford: Polity Press, Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0, p. 212-214, p. 236-238, p. 467-468.

GIDDENS, Anthony. *Este Turbulento e Poderoso Continente: Que Futuro para a Europa?*. Trad. Ana Maria Chaves. 1.^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1549-9, p. 95-96, p. 105-110, p. 143-150, p. 156-159, p. 181.

GUSTAVO, Rui; GUERREIRO, Pedro Santos. Entrevista Carlos Alexandre. *A Revista do Expresso*, Portugal, Edição 2290, p. 28-35, 17 set. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de Uma Eugenia Liberal?*. Trad. Maria Benedita Bettencourt. 1.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2703-1, p. 102-110.

HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. 1.^a Ed. Lisboa: Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4, p. 9-12.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2. p. 169-171, p. 188-190, p. 202-203, p. 331-332.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 1.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3248-1, p. 135-138.

KISSINGER, Henry. *On China*. London: Penguin Books, 2012. ISBN 978-0-141-04942-7, p. 192-197.

MACCORMICK, Neil Sylvie. *Institutions of Law - an essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. ISBN: 978-0-19-953543-9. p. 207-221.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Criminologia*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2009. Seminário curricular do curso de mestrado em Direito, Ciências jurídico-criminais, 2.^o semestre, 2008/2009.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. 1.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3138-5, p. 202-212, p. 232-244.

OLIVEIRA, Maria da Luz; PAIS, Maria João; CABRITO, Belmiro Gil. *Sociologia - 12.^o Ano*. Participação de Boaventura Sousa Santos. 2.^a ed. Lisboa: Texto Editora, 1999. ISBN 972-47-1104-8, p. 22, p. 70, p. 95-110.

PAIS, Filipa Maria de Almeida. *Ne bis in idem e o Ordenamento Jurídico-Criminal Chinês e Português, na Actualidade*. Total fls. 348. Dissertação. Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-criminais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 19 nov. 2012, p. 61-65.

PERRY, Michael J. Human Rights As Morality. Human Rights As Law. *BDF - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISSN 0303-9773, 84 (2008), p. 369-422, 2008.

PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. *Personalidade: Teoria e Pesquisa*. Trad. Ronaldo Cataldo Costa. 8.^a Ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. ISBN 978-85-363-0141-9. p. 290-291.

RUNCIMAN, W.G. *O Animal Social*. Trad. Isabel Mafra. 1.^a ed. Lisboa: Temas e Debates, 2001. ISBN 972-759-174-4, p. 11-17.

SANTOS PASTOR, Prieto. *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico de Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. ISBN 84-309-1790-X, p. 170-173.

SAPATEIRO, José Eduardo; ANTUNES, J. Lobo; RODRIGUES, Cunha. *Ser Juiz Hoje*. Coord. Rui Rangel. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3358-7, p. 31-43.

WILDE, Oscar. *The importance of being earnest*. Edição literária de Russel Jackson. 7.^a reimp. London: A & C Black, 1999. ISBN 0-7136-3040-X, p. xvii.

OUTROS DOCUMENTOS

CP, Comboios de Portugal. Acidente Comboio Celta. *Comunicação Notas de Imprensa*, Portugal, 2016, CP. Disponível em WWW:<URL: <https://www.cp.pt/institucional/pt/comunicacao/notas-imprensa/acidente-comboio-celta>>. Acesso em: 20 set. 2016.

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Papa, 2013- [...] (Francisco) (2013) – Encontro com os Jornalistas Durante o Voo de Regresso de Bangui a Roma. In *Viagem Apostólica do Papa Francisco ao Quênia, Uganda e República Centro-Africana*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 30 de nov. 2015. Disponível em WWW:<URL: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151130_repubblica-centrafricana-conferenza-stampa.html >. Acesso em: 20 set. 2016. p. 4.

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Papa, 2013- [...] (Francisco) (2013) – Palavras do Santo Padre. In *Visita do Papa Francisco a Assis Para a Jornada de Oração pela Paz "Sede de Paz. Religiões e Culturas em Diálogo"*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 20 set. 2016. Disponível em WWW: < URL: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/september/documents/papa-francesco_20160920_assisi-preghiera-pace.html#DISCURSO_ >. Acesso em 20 set. 2016. p. 4-5.

REUTERS. Máscara chinesa para praia "face-kini" inspira-se na Ópera de Pequim. *ReutersEntertainmentNews*, Brasil, 2016. Disponível em WWW: < URL: <http://br.reuters.com/article/entertainmentNews/idBRKCN0PP25X20150715>>. Acesso em 17 jul. 2016.

SHEPPARD, Lee. The EU Case Against Apple's Irish Tax Deal. *Forbes*. S.l., p. 1-4, 5 set. 2016. Disponível em WWW: < URL: <http://www.forbes.com/sites/leesheppard/2016/09/05/the-eu-case-against-apples-irish-tax-deal/#54104c1d7e2b> >. Acesso em 20 set. 2016.

Recebido em: 26/10/2017

Aprovado em: 14/11/2017