Vária

I — HOMENAGEM

1. PALAVRAS PROFERIDAS NA "ÚLTIMA" LIÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

1.1. DISCURSO DO DOUTOR MANUEL DA COSTA ANDRADE

OUTROS MARES E OUTROS CÉUS, A MESMA ALMA

Senhor Presidente do Conselho Directivo
Senhores Presidentes dos Conselhos Científico e Pedagógico e da Assembleia de Representantes
Senhora Dr.ª Maria Teresa de Oliveira Dias, filhos e demais familiares do Senhor Professor Figueiredo Dias
Senhores Professores e Investigadores
Alunos de ontem e de hoje do Senhor Professor Figueiredo Dias

I

1. É verdade: irredutível e irritante, acaba de se fazer ouvir o veredicto de Cronos. Quando nada o deixava adivinhar. Isto à vista da alegria, da força interior, da pulsão criadora, do fascínio e da entrega com que FIGUEIREDO DIAS vivia e vive apegado à investigação e ao ensino, aos alunos e às aulas, como pudemos testemunhar nas lições, escritas ou orais, que, ainda ontem, nesta mesma sala, generosamente prodigalizava. Sem sinais de Outono no corpo, menos ainda, no espírito. O espírito que cria cultura e dela se alimenta; e que risca a sua trajectória em arritmia e assincronia face ao correr do tempo, e pairando sobre o tempo, imune às suas vicissitudes e sequelas. O tempo será, na expressão do poeta — *tempus edax rerum* — a erosão das coisas; mas ele pouco poderá, para além de lhes aumentar o brilho e o fulgor da cintilação, contra as cris-

talizações mais depuradas do espírito. Como invariavelmente o são, no limiar superior da exigência e da excelência, as lições de FIGUEIREDO DIAS, cujas primícias são sempre reservadas aos alunos destes bancos. Olhando a partir da fronteira do espírito, bem podemos acompanhar o soneto de SHAKESPEARE que, em apóstrofe dirigida ao tempo, o autoriza a fazer todo o mal às coisas do mundo, mas proibindo-o de deixar qualquer marca da sua passagem na beleza e na juventude perene do seu amor.

Apesar de tudo, é incarnando no tempo que a aventura do espírito se desenrola; e é no tempo que ele se realiza e se dá fenomenologicamente a conhecer. Estando, por vias disso, exposto à lei e, como é o caso, ao arbítrio, do tempo. Que, irrompendo como *diabolus ex machina*, não esperado nem benvindo, veio pôr termo ao magistério de FIGUEIREDO DIAS, na parte em que ele estava, vai quase para cinquenta anos, marcado para esta mesma sala a esta mesma hora. É o que, em insubmisso estado de revolta, nos cabe aceitar. Não podendo, ao menos por esta vez, acompanhar a confiança serena de SÓFOCLES, quando acredita que "os dados de Zeus caem sempre do lado certo".

2. Manda a tradição da nossa Escola — uma tradição que, nem por estar consolidada, se pode reivindicar da mais apolínea das racionalidades — que, ao atingir o limite legal de idade, um Professor dê a sua *última aula* pela palavra e pelo gesto do mais velho dos seus discípulos. Estatuto que — por uma vez haviam de ser generosas— as Parcas me reservaram. E é nessa condição que me proponho dar a última aula do Doutor FIGUEIREDO DIAS.

Gostaria de fazê-lo no papel de FIGUEIREDO DIAS, assim tivesse eu a virtude e o virtuosismo dos actores gregos que, ao entrarem em palco, se transfiguravam, assumindo a identidade, a voz e o gesto daqueles, heróis ou deuses, atrás de cujas máscaras se apresentavam e representavam. Numa fusão tão perfeita que ficaria perpetuada na incindível vinculação semiológica entre os nomes e os conceitos de *máscara* e de *pessoa*, ambos significados, na língua latina, pelo mesmo termo, precisamente *persona*. Representar FIGUEIREDO DIAS nesta aula, assumindo a sua voz e a sua máscara, seria porventura a forma acabada de aproximação à ideia arquetípica da última aula do Professor, dada por um seu discípulo. Desse modo se atendendo, ao menos em parte, ao conselho de OVÍDIO, que

lembra ser mais gratificante beber a água da própria fonte ("*gratius ex ipso fonte bibentur aquae*").

Não é meu propósito trilhar esse caminho. Seguramente por falta de engenho para representar, mesmo com a mediação de uma máscara, a *persona* única de FIGUEIREDO DIAS, o timbre da sua voz, a precisão do seu gesto, a sedução e o encantamento irresistível do seu discurso. Acresce a incapacidade para o fazer com o registo adequado: por mais que imitasse os actores gregos — que, recorda-se, elevavam os coturnos debaixo dos pés para agigantar a estatura na medida reclamada pela grandeza da personagem representada — ficaria sempre a perder para eles. Nunca conseguiria atingir o nível que permitisse simular com alguma plausibilidade, estar a fazer de FIGUEIREDO DIAS. Soma-se outra, decisiva e dirimente, razão: a certeza de que, com aquela postura incorreria em irremível traição ao padrão de relações entre mestre e discípulos que FIGUEIREDO DIAS, cultivou. E frustraria as suas mais fundas e expostas expectativas quanto ao modo como gostaria que a sua memória e a sua lição se prolongassem às mãos e à voz dos discípulos. Padrão e expectativas escrupulosamente depuradas da obediência seguidista, ditada apenas por razões de fidelidade às construções, às formas e às palavras do mestre. Rejeitando a ortodoxia pela ortodoxia, estimulou os caminhos da *heresia,* no mais fiel e positivo dos sentidos do termo. Que, à transparência da etimologia, significa apenas escolha, opção por vias alternativas. Alternativas que tantas vezes mostrou e encorajou, como quem não está interessado em fazer dos discípulos meros doxógrafos, a recolher e registar ritualisticamente opiniões, antes em vê-los crescer como autores de direito, abrindo em flores e frutos próprios, em que só a lupa da mais sofisticada genética molecular enxergasse sinais de herança. Senhor duma capacidade singular para fazer discípulos, fê-lo sempre esconjurando com GOETHE o fantasma de que Mefistófeles se fez eco, ao sibilar para o jovem estudante que "o melhor será que neste domínio escutes apenas a palavra do mestre e apenas sobre ela jures (*am besten ists auch hier, wenn Ihr nur Einen hört und auf des Meisters Worte schwört*)". Tanto na elaboração teórica como nos exercícios de heurística ou de descoberta do direito do caso concreto, propôs invariavelmente que tal se fizesse naquela kanteana "*concordia discors*" ou, reversamente, "*discordia concors*". E, nessa medida, erigindo a heresia na forma mais autêntica e desejada de fidelidade e lealdade.

É por isso que não vou fazer de FIGUEIREDO DIAS. Falarei apenas dele, prevalecendo-me da circunstância de *ratione aetatis* seguir imediatamente atrás dele na aventura duma vida que dedicámos à escalada das montanhas e picos da investigação de que falava MAX-PLANCK. E, por causa disso, na hora de parar para ganhar fôlego e lançar um olhar sobre o percurso feito, ter perspectiva e horizonte mais próximos dos seus.

3. A obra de FIGUEIREDO DIAS desdobra-se e multiplica-se por muitas obras. Deixou rasto em todos os caminhos, em todos os azimutes, tocando e fazendo recuar horizontes.

a) Revisitou, desconstruiu e refez a arquitectura basilar da doutrina do crime. Submetendo a escrutínio e reexame muitos dos seus conceitos e categorias, emprestando-lhes novos conteúdos, novos enquadramentos sistemáticos e adscrevendo-lhes novas funções, à luz do fim último de preservação da *dignidade humana*, salvaguarda da *liberdade* e realização da *justiça*. E fê-lo em relação à generalidade dos institutos, das formas de manifestação da infracção criminal e das singulares incriminações típicas da Parte Especial do Código Penal ou dispersas por legislação extravagante. E tanto do lado do direito material como do lado do direito adjectivo e do direito penal executivo, *maxime* do direito penitenciário. Deixando em todos os *topoi* visitados marcas de inovação e progresso, hoje intersubjectivamente estabilizadas, não só na doutrina e na *praxis* nacionais como do lado dos mais credenciados pensadores estrangeiros. E que avultam tanto pela clarificadora racionalidade epistemológica, equilíbrio e consistência sistémico-dogmática; como pela teleologia político-criminal e pela justiça material das soluções sustentadas para os pedaços de vida que o direito e o processo penal são chamados a regular. Casos que emergem como mostrações da mais funda conflitualidade humana, trazendo ao Tribunal controvérsias carregadas de emotividade agónica e angústia.

Recordo, a benefício de ilustração, a quase copernicana inovação que propôs para o tratamento da *culpa,* um dos temas recorrentes da sua inquietação intelectual. Fazendo a doutrina penal avançar para patamares que vão seguramente ficar, por muito tempo, como pontos de partida para investigadores nacionais e estrangeiros.

Uma asserção que vale sobremaneira para o esforço logrado de definir um novo *fundamento* e um novo *conteúdo* para o juízo de culpa, recon-

duzindo-o à matriz existencial da liberdade humana, que tende a confundir-se com o radical e originário *modo de ser pessoa*. Mas sem perder de vista a ligação ao *facto* e à *atitude* ou *Gesinnung* face ao direito, que nele se contém e exprime. O que, se permite superar a vinculação da culpa a conteúdos de índole meramente *psicológica*, permite ultrapassar também a evanescência do conceito de culpa proposto pela doutrina do ilícito pessoal: mero e espectral juízo de censura, vazio de conteúdo e alheio à diferença específica que separa o *dolo* da *negligência*.

Como vale igual e complementarmente, para a solução que deu ao problema do *erro*, a breve trecho positivamente sancionada pelos artigos 16.° e 17.° do Código Penal português. Que veio cortar o nó górdio à vista do qual tinham naufragado sucessivos esforços dos tribunais e de gerações dos mais credenciados cultores da doutrina penal. Não devendo estranhar-se as muitas e credenciadas vozes da ciência penal europeia que se fazem ouvir a apontar a solução da lei penal portuguesa como o incontornável ovo de Colombo do problema.

b) Por sobre este aturado esforço de aprofundamento da ciência criminal, FIGUEIREDO DIAS impulsionou um não menos decisivo alargamento dos seus domínios, fazendo recuar as fronteiras herdadas. Abriu à doutrina portuguesa áreas como o *direito penal médico*, o *direito penal secundário*, com destaque para o *direito penal económico* e o *direito penal tributário*. Num domínio contíguo, empreendeu avanços decisivos para a estabilização e o triunfo definitivos do direito das *contra-ordenações*. Desenvolvendo e consolidando as intuições e as realizações originárias de EDUARDO CORREIA, FIGUEIREDO DIAS deixou também a sua assinatura no que foi um dos relevantes contributos da nossa Escola para a ordem jurídica pátria.

Deu os primeiros passos no sentido de um tratamento sistematizado da investigação *criminológica* (nas suas vertentes antropológica, sociológica, interaccionista e radical-crítica) e da teorização sistematizada da *política criminal*. Cultivando um novo paradigma de integração da dogmática, da criminologia e da política criminal, numa renovada e original *ciência global do direito penal*. Que reconhece a cada um dos três saberes autonomia e autorreferência, em torno de valores e códigos próprios. Mas em que, ao mesmo tempo, cada uma das ciências figura como ambiente das outras, numa relação de interpenetração e de comunicação recíproca de contingência, complexidade e vias de redução Desta forma passando cada uma das ciências a fazer também parte do sistema das res-

tantes. Tudo sob o primado da política criminal, inscrita no horizonte da Constituição da República e em consonância com as suas premissas materiais e formais-procedimentais de legitimação. E, como tal, numa posição transcendente e vocacionadamente crítica sobre todas as realizações do direito penal. A começar pela própria *lei* penal incriminadora, que deixa de valer como um dado, constituindo-se num problema central e permanente do pensamento político-criminal. Que, antes de se pronunciar sobre *como* punir, reivindica a decisão sobre *o que* punir. Nessa medida patrocinando constantes e cruzados movimentos de descriminalização e de neo-criminalização. Uma política criminal que passasse longe da lei como se à porta da lei continuasse ainda o guarda de Kafka seria uma *contradictio in adjecto*.

4. Este exercício de inventário do património do investigador e professor que FIGUEIREDO DIAS tem sido, podia continuar indefinidamente. Só que não é possível levantar três tendas e ficarmos aqui esquecidos. Uma aula é uma aula, com tempo marcado.

Porque se trata da *última* aula, teremos de reconduzi-la à recuperação das coisas, cousas ou causas *últimas* no sentido filosófico do termo, herdado de ARISTÓTELES e S. TOMÁS. Curando menos de referenciar uma a uma as árvores que FIGUEIREDO DIAS foi plantando, do que transmitir uma imagem da floresta.

Nesta linha, é meu propósito renunciar à convocação das miríades de lições de FIGUEIREDO DIAS, procurando, em vez disso, sinalizar, pelas tonalidades ou andamentos mais marcantes, *a lição* de FIGUEIREDO DIAS, vista do lado das coisas últimas. Aquelas que, seguramente, assistirão ao fluir do tempo, ganhando em força e brilho, em plausibilidade e fecundidade sobre a experiência jurídica futura.

II

5. Recordo, em primeiro lugar, a lição do *modo de ser universitário* de FIGUEIREDO DIAS.

a) Em que começam por avultar, em síntese feliz, duas dimensões aparentemente antinómicas.

De um lado, a procura do ócio universitário, no mais depurado dos significados. A busca obsessiva do recolhimento, votando tempo sem

tempo à reflexão e teorização científicas. O que reclama uma postura de ascese, de quase cilício para, à semelhança de Ulisses, poder navegar, indiferente às tentações das sereias e aos ruídos de interesses mais sonantes e reluzentes. Só assim tem sido possível pôr de pé uma produção científica única em extensão, profundidade e eficácia pedagógica. E distribuída tanto por monumentais tratados — com destaque merecido para o *Direito Penal. Parte Geral* (2007) que, é minha convicção, constituirá, por muito tempo uma obra única de referência, em Portugal e não só — como por uma lista incontável de trabalhos, dispersos por publicações nacionais e estrangeiras, e presentes na mesa de estudiosos de língua portuguesa, espanhola, francesa, inglesa, alemã ou chinesa.

É por isso que, como o poeta — "*immer nach Hause*" — FIGUEIREDO DIAS volta invariavelmente à Universidade, mal o consente o trato dos inescapáveis *pragmata* da vida. Só que — e esta é a outra face da medalha — não o faz como o eremita que se aprisiona na tebaida, em renúncia ao Mundo e à vida e em fuga aos homens. Fá-lo antes como o profeta, que sobe ao Sinai, não para ficar junto de Deus, mas em busca de leis, e sobretudo de direito, para guiar e ordenar a vida. O refúgio no ócio universitário é, para FIGUEIREDO DIAS uma forma de servir o mundo e a vida. Nunca desertando, quando soaram os pregões da mobilização. Na política, de partido ou de Estado, na judicatura constitucional, na vida forense, mesmo na vida empresarial. Na feitura de leis, deixando indelevelmente impressa a marca do seu pensamento, engenho e estilo em muitos diplomas, com destaque para as grandes codificações da lei penal substantiva e adjectiva. Que continuarão, tudo leva a crê-lo, a mostrar o santo e a senha da sua doutrina. E, particularmente, nos milhares de páginas publicadas, outros tantos serviços oferecidos à comunidade. Porque se trata de textos sistematicamente pensados a partir da vida e das suas manifestações fácticas, e escritos directamente para a vida. Trata-se, por isso e invariavelmente, de trabalhos em que o nível e a profundidade científica em nada obnuvilam a clareza, a atractividade e a comunicabilidade com o prático do direito. Que neles pode colher directamente arrimo para afrontar os casos segregados pela vida.

b) Universitário por vocação e paixão, FIGUEIREDO DIAS assegura a satisfação integral das exigências deste modo de vida, na sua expressão mais depurada. Logo e seguramente pela intensidade e qualidade do trabalho — e dos trabalhos — empreendidos e levados a bom porto. Tam-

bém pelo compromisso existencial com o saber e o conhecimento: na sua busca, afirmação e celebração. O que postula, a par de uma constante vigilância contra a inércia submissa a dogmas cristalizados, a disponibilidade para o desafio e a colisão com as manifestações de poder. Ser universitário é um interminável crime continuado de exercício de *liberdade*.

A asserção justificará uma breve paragem. Para sublinhar que a *liberdade* configura o núcleo ontológico da Universidade. A marca que ela traz inscrita nos cromossomas. É assim desde o começo, desde o séc. XIII em que a Universidade entrou na História, à mão, sob o patrocínio e o pão dispensado por reis e arcebispos, tidos como duas das manifestações mais opacas, totalizadas e pesadas de poder. Fosse ou não assim, possa ou não estigmatizar-se a Idade Média como uma noite de séculos, a verdade é que a Universidade emergiu como uma ilha de liberdade, sob o olhar tolerante do poder. Luminosa e cortante lição com que muito teriam a aprender tantos que, ao longo da História, aparecem recorrentemente a propugnar por uma Universidade colonizada e domesticada, desarmada de liberdade, isolada da consciência e olvidada de valores. Uma postura que, hoje, séculos volvidos sobre o advento das luzes, está longe de ser desconhecida. Mesmo que tal se faça sob a forma larvada duma sempre oportuna invocação da utilidade social, a sugerir uma padronizada integração na cadeia da produção. Esquecendo ou desconhecendo que a experiência da liberdade, a consciência, aberta a valores éticos, estéticos, jurídicos ou outros, constitui na nossa civilização um importante factor de produção.

Recordo, para surpreender esta atracção da Universidade pela liberdade, um episódio impressivo ocorrido precisamente no séc. XIII. Em que, prevalecendo-se do sentimento de liberdade e de imunidade que lhe advinha da cátedra, o filósofo e teólogo GODOFREDO DE FONTAINES dirige uma acerada e severa crítica a SIMÃO de BUCY, Bispo de Paris e seu superior. E fá-lo justificando-se com o princípio de que um Doutor da Universidade está vinculado ao dever de verdade, mesmo que o seu discurso possa ofender ricos e poderosos. Argumentando que "encontraremos poucos que devam ser censurados por excesso na afirmação da verdade; mas serão muitos os que merecem ser censurados por se terem, calado ("*Pauci invenientur qui culpari possunt de excessu in veritate dicenda, plurimi vero de taciturnitate*"). Um entendimento de que, séculos volvidos, KANT se faria eco naquela proclamação a que, já por mais de uma vez,

FIGUEIREDO DIAS se acolheu: a Universidade é "livre e depende unicamente das leis da razão e não das do Governo". E teria, já mais próximo de nós (1936), nova réplica na sala do Paraninfo da Universidade de Salamanca quando, cercado de espadas semi-desembainhadas e sobrepondo-se ao atrito de botas e de culatras, UNAMUNO ergueu aquela fala, nimbada de coragem e de tragédia, que começa: "aqueles que me conhecem sabem que não sou capaz de ficar calado". Para depois, universitário feito combatente, disparar e desafiar: "vencereis porque tendes as armas; não convencereis porque não tendes razão!"

c) No modo de ser universitário de FIGUEIREDO DIAS sobreleva outrossim o facto de ter desenvolvido o labor científico em contínua e total sintonia com os eventos e correntes que foram selando os avanços das ciências criminais na Europa e no Mundo. Nunca os acidentes da geografia ou as fronteiras políticas condicionaram o nível, o rumo e o sentido da sua investigação. Também por aqui dando cumprimento às exigências do sentido eidéctico de Universidade.

Vocacionada para a liberdade, a Universidade é *eo ipso* chamada à *universalidade*, pondo a sua mensagem a riscar o espaço sem exibir passaporte nem pagar alfândega. Fazendo soprar o vento renovador do saber, sem reconhecer imunidades, menos ainda a *bunkers* de tirania, alicerçados sobre o desconhecimento. Como pudemos observar no nosso livro *Criminologia* (1984), uma teoria científica actua sempre como "uma discreta necrologia ou apologética de algum sistema social".

Esta vocação para a universalidade explica que a Universidade tenha começado a "*construir a Europa*" séculos antes de a nossa própria geração se representar como "construtora da Europa". Porque uma imagem vale mil palavras, bastará convocar a imagem do que seria por exemplo, em pleno séc. XIII, uma aula na Universidade de Paris. Para onde acorreram, em busca de saber, estudiosos de "toda a Europa", vale dizer de "todo o mundo": italianos como BOAVENTURA, TOMÁS DE AQUINO, alemães como ALBERTO MAGNO, ULRICO DE ESTRASBURGO, flamengos e valões como GAUTHIER DE BRUGES e HENRY DE GAND, britânicos como ROGER BACON, DUNS ESCOTO, GUILHERME DE OCCAM, espanhóis como XIMENES DE TOLEDO ou portugueses como PEDRO HISPANO, para nomear apenas nomes cimeiros.

Se é assim, em geral, é-o também para a ciência jurídica, a jurídico-penal incluída, pese o facto de ela versar sobre a disciplina jurídica mais

marcada pelos tropismos da idiossincracia e da tradição nacional. Sem prejuízo de se revelar particularmente atento à tradição pátria e cioso das suas realizações e das suas específicas instituições e figuras, FIGUEIREDO DIAS fez sempre caminho na companhia e em diálogo com os nomes maiores da ciência jurídica europeia. E imprimiu à sua investigação a marca da transparência e comunicabilidade com a ciência que vai fazendo curso além Pirinéus. Fala a mesma linguagem, tem subjacente a mesma metalinguagem, obedece à mesma gramática, faz guarda e vigília pela mesma constelação de valores. Não admira que a sua voz seja escutada nos mais exigentes foros internacionais; e que seja possível referenciar sinais do seu legado científico no cimento com que se vão edificando as instituições supra-nacionais de amanhã. E que nos palcos internacionais tenha colhido louros e recebido consagrações — como a eleição, por vários mandatos, para a Presidência da *Fondation Internationale Pénale et Pénitenciaire* — dificilmente imagináveis para um estudioso deste canto da Europa

6. Convoco, em segundo lugar, uma lição atinente aos problemas de fundo, mais precisamente aos problemas de *legitimação material* do direito penal — dos fundamentos e limites do punível e do sentido e função das reacções criminais, particularmente da pena — afinal de contas, os problemas das coisas *últimas* do direito penal, o seu alfa e omega.

a) Um pano de fundo sobre o qual releva, claramente recortado e sublinhado, o axioma de que só o *contrato social*, a sua salvaguarda e tutela podem emprestar legitimação à criminalização e punição. Uma entre múltiplas formulações em geral invocadas para significar que, no contexto dum mundo secularizado e duma sociedade democrática e plural, o direito penal terá de prosseguir finalidades, valores ou interesses imanentes ao próprio sistema social. Outra forma de dizer que o direito penal só está legitimado a intervir para *proteger bens jurídicos de eminente e reconhecida dignidade e para promover a (re)integração ou socialização do delinquente*. Pela negativa, o direito penal não pode estar vergado ao peso de transcendentes representações, teodiceias ou cosmovisões, de raiz religiosa, metafísica ou ideológica. Acolhendo-nos à asserção de MORRIS/ /HAWKINS, de que FIGUEIREDO DIAS confessadamente gosta, "do ponto de vista do direito penal, cada um tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que no caminho não mate nem

roube ninguém". No que vai coenvolvido um programa político-criminal que está longe de ter obtido consagração cabal no direito positivo português. Onde é possível referenciar incriminações que não têm outra legitimação para além de um atávico paternalismo moralista, apostado em desviar as pessoas do pecado. Como sucede, por exemplo, com o crime de *Lenocínio* com adultos (artigo 169.°). Que, com o aplauso do Tribunal Constitucional, mas com a exprobração expressa de FIGUEIREDO DIAS, o legislador português persiste em preservar, depois de em 1998 ter cortado o último laço entre a incriminação e o bem, jurídico: a *liberdade e a autonomia sexual* do adulto. E ter fechado a única porta de legitimação.

b) Por ser assim, também a pena terá de perder aquela "majestosa dignidade desprendida de fins" (MAURACH), própria das concepções retributivas, e que lhe foi reconhecida por KANT e HEGEL. Que, a um tempo em que o iluminismo ocupava já o zénite, vieram prestar homenagem e apresentar nova fundamentação e legitimação à doutrina da retribuição-expiação, recorrente na história, desde a noite dos tempos. Esta foi, nomeadamente, a posição dos pré-socráticos, com destaque para HERACLITO, um dos seus expoentes mais enigmáticos e fascinantes, que estendia a ideia retributiva à sorte das próprias estrelas. Isto porquanto, acreditava o filósofo "obscuro" de Éfeso, se porventura o sol violasse as regras e se desviasse da rota, lá estariam as Erínias da vingança para o punir e compeli-lo a retomar a trajectória. Esta foi também a posição que sob o magistério e o domínio da mundividência cristã, dominou a teoria e a *praxis* penais na Europa, até ao advento da ruptura epistemológica, filosófico-cultural e política do iluminismo. Mas não é esta a posição de FIGUEIREDO DIAS. Que revendo-se no enunciado do Projecto Alternativo, dos anos 70 — a pena é uma amarga necessidade duma sociedade de seres imperfeitos — recusa que a pena possa encontrar a legitimidade em si mesma, *ab-soluta,* desligada de fins.

O que reconduz a pena ao étimo de legitimação do próprio direito de punir: *proteger bens jurídicos e promover a ressocialização do homem delinquente.* Com a ressalva, expressa e sublinhada, de que, em qualquer caso, falece ao Estado legitimidade para decretar e impor coercivamente a ressocialização, em nome de qualquer paternalismo terapêutico ou de quaisquer padrões de normalidade ou superioridade moral. O que equivale a denunciar e recusar tanto o *ethos* de um *therapeutic state,* como a

exigência de uma metanóia ou conversão forçada, mesmo em direcção aos valores de mais consensual eminência constitucional. A ressocialização é apenas um direito do cidadão delinquente, radicado na sua dignidade pessoal; e, reversamente, uma obrigação para o Estado, como prestação coenvolvida na densidade do Estado social, obrigado a *oferecer* também a oportunidade de seguir na vida à margem do crime e das reacções formais; do lastro de estigma e distância social e das carreiras de criminalidade e marginalidade, por elas induzidas. Mas os termos não são reversíveis: nada mais perverso e intolerável do que encarar a ressocialização como *direito do Estado* e *obrigação do cidadão-delinquente*, no modelo denunciado por *Laranja mecânica* ou *Voando sobre um ninho de cucos*. No contexto de um Estado de Direito assiste, sem dúvida, legitimidade ao Estado para punir o assaltante de um banco. Só que o assaltante pode continuar livremente a cultivar os valores da sua contra-cultura. E a acreditar com BRECHT que o crime de assaltar um banco bem pouca coisa é comparado com o crime de ter um banco. Na lição de FIGUEIREDO DIAS, a estrada de Damasco da ressocialização é necessariamente iluminada pela autonomia insindicável da pessoa. E por aquele incorrigível optimismo antropológico — que espelha a tradição e a alma do pensamento penal português, desde LEVY MARIA JORDÃO, passando por BELEZA DOS SANTOS e EDUARDO CORREIA — e segundo o qual, em princípio, não há incorrigíveis. Pelo menos, nenhum delinquente pode, à partida, ser tratado como tal.

7. A lição de fundo sumariamente recenseada prolonga-se e repete-se na *postura metodológica*, a terceira lição que me proponho recuperar.

a) Aqui avulta a preferência por uma abordagem *teleológico-racional*, tanto dos enunciados de princípio como das categorias da arquitectura dogmática da infracção criminal. Perspectiva metodológica que emerge como reverso da dessacralização do direito penal, que aquela lição de fundo traz consigo. Isto porquanto uma compreensão do direito penal a partir da função que lhe é cometida, sugere naturalmente modelos de pensamento e categorização portadores de coeficientes de plasticidade, alternatividade, relatividade e contingência.

O penalista deixa de orientar os passos na busca das constantes antropológicas duma imutável e dada *natureza das coisas*, colhida na contemplação cosmológica, recebida da revelação, alcançada na meditação

ôntico-metafísica ou na experimentação empírico-naturalística. Em causa não está des-velar "verdades" escritas nas estrelas ou inscritas *in corde hominis,* mas prescrutar o mundo e a vida, descobrir a raiz do conflito e da angústia e verter sobre ela o bálsamo possível. E no caminho, referenciar e reconformar — no seu conteúdo, compreensão, extensão, resistência específica e topografia sistemática — as categorias ou pedras com que se (re)erige o "sistema" dogmático, a oferecer ao intérprete e aplicador da lei e aos seus destinatários.

b) É um caminho feito com a consciência actualizada dos riscos que comporta. Logo o risco do estigma de cedência a racionalidades puramente instrumentais, vazias de densidade axiológica, obedecendo a lógicas de mero eficientismo. Nenhuma objecção seria, todavia, mais injusta. Não se trata, longe disso, de renunciar ao irrenunciável absoluto, ao imponderável, que, apesar de tudo, continua presente no direito penal: a eminente *dignidade* que o Homem traz consigo; e a *justiça material*, que persiste como valor, dimensão e aspiração transcendental de toda a sociedade digna desse nome. São estes e não outros, os "verdadeiros" deuses do direito penal. E para os servir, para celebrar o seu culto, pode ser necessário limpar o caminho de todos os ídolos. Mesmo daqueles que, com irrecusável pertinência, foram a seu tempo inventadas pelo "intelecto agente" ao serviço da ciência penal.

O que explica a posição de FIGUEIREDO DIAS sobre a *culpa*. Que persiste como lugar incontornável e trincheira de garantia da dignidade pessoal. Que não comporta funcionalização na perspectiva da prevenção, não se deixa modelar à medida das necessidades da prevenção nem converter em instância de superação da complexidade emergente da prevenção. Nem é redutível, como alguns pretendem, a um mero "derivado da prevenção". A *culpa* é erigida em fonte de irritação e barreira às pretensões da prevenção, que é incapaz, em qualquer das modalidades, de segregar limites à prossecução das suas metas. Face à propensão conatural da prevenção para maximizar a eficácia, só a culpa emerge como obstáculo à instrumentalização do Homem, já denunciada por KANT.

8. A terminar, uma quarta e última lição que, de algum modo, transparece dos lugares já visitados. E, por isso, uma lição-síntese que, por exigências de comodidade, designarei por lição de horizonte ou *compreensão histórica.*

a) FIGUEIREDO DIAS leva já consigo quase cinquenta longos e profícuos anos de investigação e ensino, nos quatro cantos de Portugal e praticamente em todos os continentes do mundo. Cinco décadas que terão sido, a todos os títulos, das mais dionisíacas da história da humanidade. Assistiram à sucessão, a uma cadência sem precedentes, de estrepitosas fracturas e transformações na política, na economia, na cultura, nos arranjos sociais, no conhecimento científico e nas realizações tecnológicas. Fracturas que, umas vezes, selaram avanços de Prometeu duma humanidade à procura de admiráveis mundos novos, fazendo nomeadamente recuar as fronteiras da dor e do sofrimento; por vezes frustrando, mesmo, as expectativas da morte e aumentando em escala dificilmente avaliável, as oportunidades de realização pessoal e de comunicação intersubjectiva. Mas, que outras vezes, trouxeram no bojo tragédias que, quando não colocaram a Europa ou o Mundo em vésperas de Apocalipse, lhes deixaram o corpo e a alma cobertas de chagas em carne viva.

Aberto ao mundo e à vida, FIGUEIREDO DIAS soube sempre sentir e interpretar os choques e as ondas de propagação dos eventos, encarando abertamente os desafios e procurando dar-lhes a resposta, ao nível e na medida em que o pode fazer a reflexão, a escrita e a lição do jurista. E, sendo caso disso, o seu grito de protesto, revolta ou reivindicação.

Chegou à investigação ao tempo em que a cultura e a filosofia eram dominadas pelos pensadores existencialistas, conseguindo estugar o passo para acompanhar o movimento filosófico e ter alguns dos seus protagonistas — M. SCHELER, M. MÜLLER, JASPERS, HEIDEGGER ou SARTRE — como interlocutores de diálogo e de controvérsia. Do lado da ciência penal era o tempo em que a luta de escolas — travada sobretudo entre o normativismo neokanteano e o finalismo de WELZEL — era levada ao rubro. Com as posições entrincheiradas de um lado e de outro, numa manifestação única de proselitismo e ortodoxia, em que nenhum dos lados se mostrava disposto a abrir o diálogo e a lançar pontes. Este foi, de resto, um dos primeiros grandes desafios da sua experiência científica. Propenso a romper monolitismos escolásticos, cedo viria a revelar a recusa de um qualquer alinhamento disciplinado na querela entre normativistas e finalistas. É o que bem espelha o trabalho do jovem assistente, publicado logo em 1961, sob o título *Crimes Preterintencionais e Responsabilidade pelo Resultado*. Um exercício a denotar, a par de coragem, uma capacidade única para enfrentar, de forma penetrante e clari-

ficadora, as mais exigentes e complexas questões da dogmática penal. Buscando para tanto lição e luz lá onde bruxuleia uma candeia, indiferente a impérios ou colónias de escolas. Segundo a lição de FIGUEIREDO DIAS, não faz sentido encarar as diferentes escolas — os grandes modelos de construção sistemática da infracção criminal, que correm sob as designações de *positivismo-causalismo*, *normativismo neokanteano*, *finalismo ôntico-antropológico* e doutrina *teleológico-racional* — como credos oferecidos, em alternativa e exclusividade, a adesão. Em que a entrada numa escola obrigaria a fechar a porta à influência "nefasta" das demais. A postura terá, pelo contrário, de ser aberta e antidogmática: olhando cada uma das escolas como contributos epocais, vinculados a um determinado ambiente filosófico-cultural. Na certeza de que elas vão, progressivamente, elevando a doutrina a patamares mais elevados, mais densificados de compreensão e fecundidade explicativa. Nenhuma escola podendo ter realizado o seu percurso se não tivesse podido contar como o legado das que historicamente a precederam. Não podendo, por isso, nenhuma delas aspirar a valer como a *ultima Thule* imaginada por VIRGÍLIO. Nas ciências criminais, como na ciência em geral, a *ultima Thule* é, sempre e tão só, a penúltima *ultima Thule*.

Enquanto isto, atento às sombras de arbítrio que as experiências totalitárias deixaram atrás de si, curou de armar o direito, e sobretudo o processo penal, com as resistências bastantes para obviar a tão sinistra memória. Conheceu a emergência e o triunfo do Estado Social, o Estado da *Fürsorge* e da *solicitude* pela sorte e pela felicidade ou, ao menos, por limiares de felicidade compatíveis com a dignidade humana da pessoa, de toda a pessoa. Estado Social cujas exigências e implicações interpretou de forma autêntica; e a benefício do qual e em nome do qual ofereceu uma consistente e inovadora revisão dos alicerces do pensamento penal, preparando-o para o salto em frente que o novo arranjo político e social reclamava.

Confrontado com o *pathos* do indivíduo que se desvia dos padrões codificados de "normalidade", procurou a lição da psiquiatria e também da antipsiquiatria, para denunciar e verberar os modelos de *social manufacture of madness*, de produção e reprodução institucionalizada da "doença mental". E apostando, também aqui, por trilhar caminhos e procurar soluções ainda suportáveis pelo axioma da dignidade.

Mais recentemente, esgotado o tempo breve do que chegou a acreditar-se o advento duma "democracia melancólica", asséptica de confli-

tualidade, como seria próprio do "fim da história", assistiu à entrada em erupção de novas formas de criminalidade, de dimensão, sofisticação, complexidade e violência sem precedentes. As palavras-chave são agora *crime organizado, transaccional* e *transnacional*, e *terrorismo* à escala mundial. Como se de repente se levantassem do chão os velhos movimentos milenaristas, animados dos mesmos credos escatológicos e do mesmo "fundamentalismo assassino" (STEINER). Só que agora armados de meios nunca antes imagináveis de destruição e de morte. Noutra direcção, emergem tópicos como *globalização, sociedade do risco, exaurimento do planeta e dos recursos de suporte da vida*, e *manipulação genética*. Como se o Homem estivesse tão próximo do sonho sempre legítimo de tocar as estrelas, como da *hybris* de abrir a porta a um novo Génesis. Tudo a emprestar plausibilidade à (u)topia de um futuro mais ou menos remoto em que, por sobre não haver terra para habitar, pode não haver pessoas à procura de habitação. Pelo menos pessoas portadoras da dignidade e da insindicável e improgramável autonomia, tais como hoje as compreendemos.

b) Esta experiência da história, à medida dos trabalhos e dos dias de FIGUEIREDO DIAS, projecta-se sobre uma vivência histórica de outra e mais alargada amplitude: a história à medida das etapas maiores da peregrinação do Homem a fazer História e a fazer-se na História. Uma outra dimensão do estudo e da reflexão de FIGUEIREDO DIAS, que lhe permitiu colher ensinamentos dos nomes cimeiros da civilização universal, como PLATÃO, S. AGOSTINHO, DUNS ESCOTO, SUAREZ, BECARIA, KANT ou HEGEL, BINDING ou LISZT. O que, não raro, terá acontecido tendo por ambiente a música de BACH, SCHUBERT, MOZART ou, noutra pauta, ADRIANO ou ZÉ AFONSO. E aproveitando os intervalos para subir à *Montanha Mágica* e aí, sob a liderança do intransigente e límpido humanismo de Setembrini, alimentar a tertúlia interminável, sobre a condição e o destino do Homem.

Um horizonte de compreensão e enquadramento que lhe terá emprestado a consciência da relatividade histórica de coisas que outros olhares terão interpretado como a epifania da consumação dos tempos. E o fez acreditar que, por mais fundas que sejam as suas raízes, por mais eco que encontrem nas aspirações do indivíduo ou da comunidade, as palavras e os gestos dos protagonistas da História, individuais ou colectivos, nunca passam de estádios intermédios, à espera da superação e da

ultrapassagem. Por ser assim, recusou a "cristalização de um qualquer passado paradigmático ou a entronização de um sistema perene" (MIGUEL B. PEREIRA). Para FIGUEIREDO DIAS só faz sentido questionar o passado, debruçado sobre a "fronteira do futuro" (LUHMANN) e com saudades do futuro.

d) Viajante de tantos tempos e lugares, moveu-se sempre como os marinheiros celebrados por HORÁCIO, que passam a vida a mudar de céus, sem nunca mudar de alma ("*coelum non animam mutant qui trans mare currunt*).

É o que claramente espelha a sua atitude face ao *sistema dogmático* penal. FIGUEIREDO DIAS tem sido um dos cultores paradigmáticos do sistema dogmático-penal, uma das maiores realizações da ciência jurídica e que persiste como garante da liberdade e segurança, e como antídoto contra o arbítrio e a desigualdade. Estudioso e defensor do sistema, para cuja sustentação e aperfeiçoamento vem oferecendo contributos marcantes, nunca se mostrou disposto a sacrificar a vida às formas e à geometria do sistema. Pronunciando-se, em vez disso, por um *sistema aberto ao problema*. Isto é, por um sistema com a plasticidade para abraçar e servir a vida na sua tendência irreprimível para a surpresa, o centrífugo e o único de cada céu. Só o faz, porém, até se tocar o irrenunciável e o indisponível da alma, que deve estar sempre presente e presidir à descoberta do direito a aplicar às constelações fácticas segregadas pela vida.

9. É a esta luz que devem compreender-se as respostas de FIGUEIREDO DIAS aos desafios *da new frontier* em que hoje se encontram o direito e o processo penais.

a) Do lado do direito substantivo, sobrelevam as questões polarizadas por tópicos como *sociedade do risco*, *protecção do ambiente* e *manipulação genética*. Trata-se, fundamentalmente, de saber em que medida o direito penal recebido, depositário do ideário do iluminismo e em boa medida polarizado em torno do conceito de *bem jurídico*, pode ajustar-se às novas formas de governo da sociedade do risco e à protecção das gerações futuras. E se, para cumprir esta nova função, o direito penal não deverá, antes, transubstanciar-se num *direito penal do comportamento*, afastando-se dos *resultados* de dano e, mesmo, de perigo. E, em última instância, abrir mão do conceito de *bem jurídico*. Noutra direcção, trata-se de saber em que medida é possível preservar a função de tutela de institutos como

culpa e *imputação objectiva* face à entrada em força dos *entes colectivos* no terreno do direito penal.

Pesem embora as dificuldades que minam as áreas problemáticas recenseadas, a resposta de FIGUEIREDO DIAS soa unívoca: é possível e é preciso enfrentar os novos céus com a alma de sempre. Repensando os conceitos e categorias implicadas, sem abrir mão do seu património matricial de protecção e garantia. Nesta linha, é possível inventar soluções jurídico-penais para protecção das gerações futuras, como forma de preservação daquilo que é irrenunciável no modo de ser *pessoa* e de garantia de terra para viver, ar para respirar e peixe para pescar. O que coloca o direito penal numa "situação marginal" (JASPERS). Mas em que, apesar de tudo, nem tudo é radicalmente novo e desconhecido. De um certo ponto de vista, trata-se, de reassumir por dentro o étimo fundante do "velho" Estado Social, emprestando nova e alargada amplitude à *Fürsorge* e à *solicitude*: à dimensão sem limites do espaço global; e do tempo sem fronteiras do futuro, até onde pode projectar-se a danosidade e a responsabilidade dos nossos gestos. Porque é nas zonas periféricas do espaço e, sobretudo do tempo, que se encontram os mais indefesos, os que mais precisam e esperam que o Estado social se mantenha fiel aos seus valores matriciais. Então fará, por exemplo, sentido erigir o *ambiente* à constelação dos bens jurídico-criminais. E protegê-lo, se necessário, à custa de delitos *acumulativos*, cuja legitimidade podem alguns questionar. Parafraseando BERNANOS, do ponto de vista da defesa do ambiente, os pecados de uns, mesmo veniais, envenenam o ar que todos respiram.

b) O quadro não é, na perspectiva que aqui nos move, significativamente outro do lado do direito *processual-penal*. O desafio tem aqui o nome de criminalidade transaccional e transnacional, uma criminalidade que, pela imaterialidade dos seus procedimentos, vence as barreiras do tempo e do espaço. Como vence as barreiras dos sentidos: mata, normalmente de forma massiva, mas muitas vezes, não sinaliza a passagem com manchas de sangue; rouba, em dimensões infinitamente grandes, mas não deixa impressões digitais nas portas ou cofres arrombados. E acolhe-se a santuários imunes à devassa dos meios tradicionais de investigação e perseguição. Um desafio a que as novas manifestações de terrorismo emprestaram conotações de monstruosidade trágica e elevaram a dimensões exasperadas.

Tudo a fazer subir de tom a reclamação de meios mais eficazes de perseguição e de uma mais drástica compressão da liberdade. Mas, tam-

bém aqui, apenas até se atingirem as fronteiras do indisponível e do imponderável. Fronteiras para cuja definição e afirmação o Tribunal Constitucional alemão vem dando, no contexto europeu, contributos marcantes, numa sequência já dificilmente controlável de arestos proferidos na última década. Com destaque merecido para a decisão de 4.3.2004, sobre o que se designa por *grosse Lauschangriff*, a provocar ondas de choque cujo alcance final seria arriscado tentar antecipar. São fronteiras para além das quais o Estado de direito deixa de o ser, convertendo-se em Estado de guerra, a fazer a guerra ao crime e, pior do que isso, ao criminoso, sob a bandeira de um *direito penal do inimigo*, que FIGUEIREDO DIAS *ab imo* recusa. Precisamente em nome daquela mesma alma de sempre, que tem de estar irredutivelmente presente na resposta, a que não foge, às novas manifestações de criminalidade.

Isto explicará a boa estrela que tem acompanhado o *Direito Processual Penal*, porventura o mais feliz dos livros do seu incomparável acervo bibliográfico. Pensado e publicado (1974) ainda em tempo de trevas, ele surgiu como mostração de contra-cultura face à "construção social da realidade" vigente, e como ameaça anómica, a desafiar e tornar problemática a ordenação imposta. E soando, por isso, como clarim de protesto e revolta. E a verdade é que, depois de tantos anos, tantos mares e tantos céus novos, a obra mantém íntegra a pertinência, a validade e a vida da alma. Isto depois de ter influenciado e marcado indelevelmente a "constituição processual penal" da nossa Lei Fundamental. E depois de oferecer a todos — legislador, autores e tribunais — a gramática e a língua oficial da experiência jurídica portuguesa no domínio do processo penal. Mesmo que nem todos o saibam e alguns não queiram reconhecê-lo.

III

10. O bronze da "cabra da velha torre", esse esbirro de Cronos a exibir poder, do ponto mais alto da nossa Universidade, acaba de avisar que chegou ao fim o tempo da *última aula* do Doutor FIGUEIREDO DIAS, que a tradição impôs que fosse eu a dar. Como sempre acontece ao entardecer — da vida, do dia, ou apenas de uma aula — quando as formas se esbatem e desvanecem, cabe agarrar o essencial. Um dos essenciais da lição de FIGUEIREDO DIAS seria, a meu ver, esta disponibilidade

permanente para, acolhendo-me de novo ao poeta, procurar novos céus para os ver e viver com a mesma alma. E estar debruçado sobre a fronteira do futuro, à espreita e à espera de sinais de esperança, por sobre os invernos do descontentamento. Como o fazia o Profeta JEREMIAS, no mais frio dos invernos de Jerusalém — ocupada e destruída, o próprio Templo arrasado, pelos soldados de Nabucodonosor. Que, quando Deus lhe perguntou o que via, respondeu, com a aprovação expressa de Deus, que via um ramo de amendoeira.

Porque nem todos o terão presente, lembro que a amendoeira é uma árvore que floresce no inverno. E no inverno começa a espalhar a cor e o cheiro da primavera. Como lembro ao Doutor FIGUEIREDO DIAS a obrigação de continuar entre nós para nos mostrar ramos de amendoeira nos invernos que podem cair sobre o direito e o processo penais. Não me permito a blasfémia de lembrar a Deus a obrigação que tem de no-lo assegurar; mas peço-lhe, confiadamente, a graça de no-lo conceder, por muitos e felizes anos.

MANUEL DA COSTA ANDRADE