

A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

EM DIREITO PENAL

A minha singela homenagem à "memória" de Eduardo Correia - um Humanista sincero e corajoso -, precisamente numa época em que o Estado-Nação se convertera num deus onnipotente.

Afirmar o efeito ressocializador da pena de prisão constitui, não apenas a expressão de uma convicção ideológica (isto é, desprovida de uma qualquer análise empírica séria que sustente a sua validade científica), como um artifício: ilude-se o efeito imediato desejado de segregação social, fazendo crer ao infractor que, após expiar a sua culpa cumprindo a pena a que foi condenado, ofendidos e ofensor sentar-se-ão todos à mesma mesa¹. Tenhamos, ao menos, a honestidade intelectual de Eduardo Correia quando ainda na década de sessenta do século passado admite: "De qualquer maneira, no quadro do projeto, a prisão aparecerá como um mal, considerado por agora necessário, mas que, por isso mesmo, importa, até onde for possível, substituir por medidas que, mantendo o sentido ético da pena, tenham carácter não institucional, isto é, se possam executar *extramuros*²". Afirmando noutro escrito posterior, após analisar e comparar os vários sistemas penitenciários,

¹ Este artifício é particularmente evidente no que respeita ao exercício de atividades profissionais, públicas ou privadas, que obriguem a um contacto regular com menores (Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro). De um modo mais geral, anota CORREIA, Eduardo. "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963", em *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XVI (Estudos "In Memoriam" do Prof. Beleza dos Santos). Coimbra: Coimbra Editora, 1965, p. 33: "L'expérience prouve d' ailleurs que le libéré ne trouvant aucun travail immédiatement à la sortie de la prison, devient désoeuvré, ce qui constitue un facteur décisif dans l' étiologie de nouveaux crimes".

² CORREIA, Eduardo. "Introdução ao projeto do Código Penal", em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, de Junho de 1963, p. 69.

designadamente de Filadélfia³ e Auburn⁴: "*Ce qui était mauvais, en réalité, c' est la prison en elle-même*"⁵.

Este pensamento está, claramente, evidenciado na discussão travada no seio da comissão revisora do Projeto/Parte Geral do Código Penal (1963/64), mais concretamente em sede de duração da pena de prisão. Assim e na versão originária desse Projeto, o respectivo Autor - Eduardo Correia - estatui: "A pena de prisão nunca é perpétua e, salvo os casos especiais previstos neste Código, a sua duração máxima é de dez anos e a mínima de um mês" (artigo 48.º). Na defesa deste articulado, aquele autor recorda, entre outros argumentos, que "a moderna penologia (...) já provou que para além de 10 anos a pena perde toda a sua eficácia recuperadora; abandonar, pois, o princípio do limite máximo de 10 anos é abandonar o *princípio* de que os delinquentes devem, na medida do possível, ser recuperados para a sociedade"⁶ (o *italico* é do autor). Todavia, há membros da sobredita comissão revisora que se opõem a este preceito temendo que a sua consagração possa causar um "choque emocional" na sociedade portuguesa. Diz, por exemplo, o Conselheiro José Osório: "(...) é-se partidário que se retire a aparência de benevolência que o artigo 48.º, tal como está, pode oferecer, e que se mostre todo o arsenal de medidas que o sistema punitivo comporta"⁷. Já Guardado Lopes sustenta "que as suas simpatias iriam para a fixação apenas de um limite máximo, que deveria ser o máximo excepcional, isto é, vinte anos"⁸. Procurando responder às razões contrárias apresentadas, o penalista conimbricense aconselha a que não "se tenha medo da benevolência, pois não é ela que irá motivar o aumento da criminalidade: como disse Montesquieu, 'quando se examina a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela resulta da *impunidade* dos crimes e não da *duração* das penas"⁹ (os *italicos* são do autor). E na tentativa de dissipar as dúvidas suscitadas pelo próprio Ministro da Justiça à época - Antunes Varela -, que afirmara: "não faltam casos em que o recluso se mostra, dentro dos muros da prisão, um elemento útil e prestável para se tornar num elemento socialmente perigoso logo que dela sai"¹⁰, declara: "E é essa, infelizmente, uma verificação verdadeira. Mas é ela também que conduz a não podermos recusar ao

³ O sistema dito de Filadélfia propõe o isolamento absoluto dos detidos, em celas individuais, de modo a obrigá-los à auto-reflexão e arrependimento. Admite-se apenas visitas de familiares ou outras, facultativas ou obrigatórias.

⁴ O sistema dito de Auburn prevê somente o isolamento noturno dos presos, estando eles juntos durante o dia ocupados em trabalhos comuns (*congregate system*). Entretanto e para obstar à corrupção dos melhores pelos criminosos mais empedernidos, impõe-se a todos um silêncio total, assegurado através de uma disciplina penitenciária rigorosa (*silent system*).

⁵ CORREIA, Eduardo. "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963". *cit.* p. 19. Acrescentando, mais adiante: "(...) toute la tendance du futur droit pénal (...) devra se caractériser par l' effort réalisé en vue de substituer intégralement cette forme externe d'exprimer la réprobation éthique et sociale par une autre, ou par d'autres, qui s'adaptent mieux au sens rééducatif que toute peine doit assumer" (*ibidem*, pp. 37 e s.).

⁶ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal", em *Boletim do Ministério da Justiça* (separata), 1965, p. 271.

⁷ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal". *cit.* p. 274.

⁸ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal". *cit.* p. 274.

⁹ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal". *cit.* p. 275.

¹⁰ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal". *cit.* p. 273.

direito futuro aquilo que o Projeto contém, porventura, de mais importante: a necessidade de se criar uma poderosa e eficiente assistência pós-prisional e social que, só ela, pode evitar que o ex-recluso, por falta de amparo, volte a prevaricar¹¹".

Não obstante os propósitos humanistas de que faz prova o Autor do ProjPG, logo nessa altura faz vencimento uma redação alternativa da norma juspenal em apreciação, que passa a incluir um número 2, a saber: "Exceptuam-se, do limite máximo estabelecido, os casos de pena indeterminada, e todos aqueles em que se imponha uma duração mais longa da prisão, que todavia em caso algum excederá vinte anos", vindo, mais tarde e após a 1.º revisão ministerial, o sobredito artigo a adotar a formulação seguinte: "A pena de prisão nunca é perpétua e, sem prejuízo do disposto nos artigos 51º e 58.º¹², tem a duração máxima de vinte anos e a duração mínima de um mês"¹³.

Entretanto e desde aquela época até aos dias de hoje, verificamos que, não apenas a legislação penal se desdobra numa multiplicidade de novos tipos de crime ("neocriminalização"), como inexistente, praticamente, uma evolução das normas sancionatórias no sentido sugerido pelo ilustre penalista¹⁴. Dito de modo mais claro: a pena de prisão afirma-se cada vez mais como a reação criminal por excelência ao comportamento desviante¹⁵. Também neste sentido a existência, em 1/12/2014, de 2.392 pessoas em prisão preventiva, valor este que representa 17,1% da população

¹¹ "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal". *cit.* pp. 275 e s.

¹² Estes artigos dizem respeito, respectivamente, aos regimes de "prisão por dias livres" e "conversão da multa em prisão".

¹³ Atualmente, o nosso Código Penal estipula, no seu artigo 41.º, ns.º 1 e 2: "**1.** A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de um mês e a duração máxima de vinte anos. **2.** O limite máximo da pena de prisão é de vinte e cinco anos nos casos previstos na lei".

¹⁴ Assim e no que respeita às penas não privativas de liberdade, diferentemente do ProjPG de 1963 - que não subordina a respectiva aplicação a qualquer requisito de natureza formal [cfr., respectivamente arts. 62.º (sentença condicional) e 69.º (regime de prova), PjPG] -, o Código Penal atual faz depender essa aplicação da duração da pena de prisão concretamente aplicada: não superior a cinco anos, tratando-se da "suspensão da execução da pena de prisão" (art. 50.º, n.º 1, CP), não superior a dois anos, no caso da "prestação de trabalho a favor da comunidade" (art. 58.º n.º 1, CP). Por outro lado, a "liberdade condicional obrigatória" a cinco sextos da pena, que no ProjPG aproveita a "todos os condenados a penas privativas de liberdade de duração não inferior a seis meses" (art. 51.º), está hoje limitada aos criminosos condenados a pena de prisão superior a seis anos (cfr. art. 61.º, n.º 4, CP).

¹⁵ Assim, por exemplo, no chamado "direito penal económico", verificando-se aí, por regra, a previsão de a pena de prisão, não como alternativa à pena de multa, mas somando-se a esta última pena principal (*vide*, entre outros, arts. 28.º, ns.º 1 e 3, 30.º, ns.º 1 e 2, 35.º ns.º 1, 2 e 3, 36.º, n.º 1 e 38.º, ns.º 1 e 2, todos do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) ou como sanção principal única (v.g., art. 36.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). Sem esquecer o chamado "direito penal de emergência", que assenta na política criminal de o "bastão e da cenoura" (*carrot-and-stick approach*), sancionando mediante a aplicação de penas de prisão severíssimas o infractor, mas "premiando" quem, entre outras coisas, auxilia "concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis" (cfr., v.g., art. 2.º, ns.º 2 a 5, da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto).

prisional e coloca, seriamente, em crise o princípio jurídico-constitucional de a "presunção de inocência" (cfr. art. 32.º, n.º 2, CRP)!¹⁶

Está-se, assim, muito e progressivamente mais distante da visão pedagógica e reeducativa da punição defendida por Eduardo Correia e próximo de um direito penal, sobretudo, profilático-repressivo, para o qual a pena de prisão mais não é do que uma "lei de talião" acomodada às exigências ético-políticas do nosso tempo: substitui-se a crueza da formulação anterior ("olho por olho, dente por dente") por outra construção teórica, aparentemente, mais benigna, privando-se de liberdade a pessoa que - por ação ou omissão - afecta, de algum modo, a esfera de liberdade, jurídico-penalmente, protegida de outrem¹⁷.

João Varela

Coimbra, Janeiro de 2015

Declaro que o texto que apresento é da minha autoria, sendo exclusivamente responsável pelo respectivo conteúdo e citações efectuadas.

¹⁶ Cfr. Estatísticas da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais (disponível em www.dgsp.mj.pt)

¹⁷ Assim, também VAZ, Lopo. "Relatório da proposta de lei da nova reforma penal", em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 18.º ano (1885 a 1886), pp. 321 e s.