



VIII CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA

40 anos de democracias: progressos, contradições e prospetivas

ÁREA TEMÁTICA: Direito, Crime e Dependências [AT]

A FINALIDADE PREVENTIVA DA PENA DETENTIVA DA LIBERDADE - TRUTH OR DARE?

REIS, Cristiane de Souza

Doutora em Direito e Sociologia, Instituto Superior Bissaya Barreto/CES/UC,
csouzareis@gmail.com

MOREIRA, Sara

Mestre em Direito Penal,
Instituto Superior Bissaya Barreto

Resumo

Muito se discute, especialmente em termos dogmáticos, sobre a importância da finalidade preventiva da pena. Uma das suas finalidades preventivas sabemos que é a ressocialização, a qual pretende evitar a reincidência, através de uma reestruturação interna do indivíduo, com um regresso às normas jurídicas e às consequências da sua violação. Tal ressocialização passaria, desde logo, por uma autopunição, sentida no seu próprio corpo pelo aprisionamento de sua alma, como nos diz o autor de *Vigiar e Punir* (Foucault, 1999). Já Cesare Beccaria, em *Dos Delitos e das Penas*, nos ensinava que nada de bom adviria do retribucionismo, ou seja, da aplicação de penas que tivessem como mote a Lei de Talião. Rusche e Kirchheimer, em sua obra *Punição e Estrutura Social*, interligam os conceitos de sistemas punitivos aos de produção, aduzindo que o verdadeiro objetivo da pena de prisão foi o aumento da acumulação de riqueza por parte de alguns, reconduzindo utilidade económica ao corpo que passou a representar uma mais-valia para o Estado enquanto mão-de-obra barata. Temos a punição, nomeadamente a levada a cabo pela pena detentiva de liberdade, como reprodutora de criminalidade, sendo apenas uma bandeira justificante com aspecto salvacionista de pessoas, que na verdade não se intenciona “salvar”, mas antes docilizá-los. Tal consciencialização foi sentida pela doutrina nacional, através das Reformas penais sucessivamente levadas a cabo desde o século XIX. O que se pretende é discutir e criticar a existência real da finalidade preventiva da punição, em decorrência da falácia da ressocialização, em especial pela elevada taxa de reincidência facilmente comprovada por estatísticas oficiais.

Abstract

So much has been discussed especially in dogmatic terms, about the importance of preventive purpose of punishment. One of its preventive purposes know that is the rehabilitation, which aims to prevent a recurrence, through an internal restructuring of the individual, with a return to legal rules and the consequences of its violation. Such rehabilitation would, first, by a self-punishment, felt in his own body by imprisonment of his soul, as tells us the author of *Discipline and Punish* (Foucault, 1999). Have Cesare Beccaria taught us that nothing good would come of retribucionismo, ie, imposing penalties that had as their theme the Law of Retaliation. Rusche and Kirchheimer in *Punishment and Social Structure*, connect the concepts of punitive damages to production systems, claiming that the real purpose of imprisonment was increased accumulation of wealth by some, ushering economic benefit to the body now represent an added value to the State as cheap labor. We punishment, including that undertaken by the custodial sentence of as spawning crime, being only one aspect Salvationist justifying flag with people who actually do not intend to "save". Such awareness was felt by the national doctrine of penal reform through successively undertaken since the nineteenth century. The aim is to discuss and criticize the actual existence of the preventive purpose of punishment, due to the fallacy of rehabilitation, especially the high rate of recidivism easily proven by official statistics.

Palavras-chave: Finalidades, punição, prisão, ressocialização.

Keywords: Purposes, punishment, prison, rehabilitation.

1. Nota introdutória

Ao analisarmos o sistema punitivo, nomeadamente a pena privativa de liberdade, é corrente a afirmação de que a finalidade precípua da mesma é a prevenção, traduzida na ideia de ressocialização.

No entanto, e devido especialmente à seletividade do sistema penal, que vem sendo cada vez mais alertada pelos cultores da criminologia, apresentamos uma breve crítica à dita finalidade preventiva da pena de prisão. Para tanto, intentamos demonstrar que, não obstante a ressocialização estar fortemente enraizada na dogmática jurídico-penal, esta a é uma falácia, em termos práticos, em especial por observarmos que a taxa de reincidência não diminui apesar da aplicação da pena privativa de liberdade, o que nos leva a questionar a real eficácia preventiva da mesma.

Para tanto, buscar-se-á revisitar a literatura mais autorizada nesta temática, tendo por referencial teórico básico Alessandro Baratta, Eduardo Correia, Irving Goffmann, Jorge de Figueiredo Dias, Luigi Ferrajoli, Loic Wacquant, Nilo Batista, Winfried Hassemer, entre outros.

2. Breve percurso sobre as teorias da punição.

Se quisermos compreender como se desenvolve o Direito em uma determinada sociedade, devemos estudá-la, analisando o povo, o modo como vive, como se organiza em relação à produção de bens e de mercadorias, conforme indica-nos Nilo Batista (2007).

Neste mesmo sentido, temos o entendimento de Rusche e Kirchheimer (1999) que relacionam o modo de punição ao sistema de produção vigente na sociedade, afirmando que a produção de mais riqueza foi o real fundamento para as punições privativas de liberdade, dando utilidade econômica ao corpo que passará a representar uma mais-valia por conta da mão-de-obra barata.

Hodiernamente, o *ius puniendi* pertence ao Estado, cabendo somente ao mesmo o poder de punir. Anteriormente, o poder de punição baseava-se na autotutela, passando, sob a égide dos regimes absolutistas, para as mãos régias, que o exercia com crueldade, por meio dos suplícios. Neste momento, temos a população que assistia a tudo entre pavor e euforia. Conforme Foucault (1999, p. 36-61), o Direito Penal era o verdadeiro Terror.

Os suplícios impunham-se pelo medo, já se encontrando presente o ideal de retribuição. Na verdade, a própria punição assemelhava-se ou ainda ultrapassava a barbaridade dos suplícios (Foucault, 1999, p. 5).

No Século das Luzes, vozes levantaram-se contra a barbárie dos suplícios medievais, pleiteando modelo de punição menos cruel. A pena de prisão surge como bandeira de humanização da pena, passando para as “mãos” do Estado o direito de punir, sendo a pena privativa de liberdade a grande estrela.

Por ocasião da Revolução Industrial, observou-se uma mudança do tipo de criminalidade, passando de “uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude” (Foucault, 1999, p. 43 e ss.). Neste sentido, aumentou-se a intolerância contra os crimes econômicos e o direito penal passou a reprimir duramente os delitos patrimoniais, criando-se leis específicas para tutela destes bens, sendo importante frisar que era a nova classe social emergente, a burguesia, quem elaborava as normas.

A pena privativa de liberdade surge, então, como um forte elemento de controle social sobre aqueles que potencialmente eram vistos como criminosos. Neste sentido, Foucault (2003, p. 85) afirma que a noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado “não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”. Importa menos ao sistema punitivo o que fizeram, mas antes quem são.

2.1. Breve afluoramento da evolução doutrinária em torno da punição e seus fundamentos

Várias teorias surgiram e foram superadas, desde a clássica à positivista até aos novos modelos de análise, através da Criminologia Crítica, que mudou o enfoque de análise sob o fenômeno criminal, direcionando seu olhar sobre o próprio processo de criminalização (Reis, 2012).

A Teoria Clássica eclodiu num momento de transição política e mudança sócio-político-econômica, por ocasião da Revolução Industrial, com a ascensão da burguesia. Defendeu-se a pena privativa de liberdade como o novo paradigma revolucionário e humanitário.

O homem era visto como um ser dotado de livre-arbítrio, cometendo crimes com consciência e determinando-se de acordo com este entendimento, interessando-se esta Escola pelo fenômeno crime.

No século seguinte, a Escola positivista surge como o contraponto da anterior, sendo contrário à ideia de livre-arbítrio, onde o sujeito acaba por cometer crimes de modo automático, isto é, para além de sua própria vontade, apesar de enfatizar a noção de responsabilidade pela prática do fato delituoso.

Esta teoria teve um olhar antropológico sobre o delinquente e o mesmo era visto como um doente e a pena como cura, num sentido de defesa da própria sociedade.

A pena de prisão, que mais se assemelhava à própria natureza e razão de ser da medida de segurança, não tinha limitação em termos quantitativos, posto que só se extinguia quando findavam as causas que levaram o indivíduo a ser privado de sua liberdade (Reis, 2012).

A Escola Eclética, integração das duas teorias anteriores, continuou a ideia de negação do livre-arbítrio, onde o crime era visto como um fenômeno social e individual, mas mantendo o discurso de defesa social, que legitima e reforça exclusões sociais (Andrade, 2003, p. 73), provocando o aumento das leis penais mais severas.

Contemporaneamente, a Teoria da Reação Social mudou o enfoque de análise, passando às causas da criminalização, isto é, às condições em que se pune certos indivíduos, no sentido de definição e seleção dos mesmos, com destino ao sistema prisional. Radica-se aqui o pensamento da Criminologia Crítica, sendo a teoria mais difundida sob esta ótica a do *labelling approach*, que compreende a existência de um forte componente de controle social no processo de estigmatização e consequente criminalização de grupos sociais.

A Criminologia Crítica, surgida nos Estados Unidos, na década de 60, rompe com a Criminologia Tradicional (Criminologia Positivista), com forte tradição no pensamento sociológico, indica que o desvio é uma consequência da reação social a certo comportamento e não essencialmente ao ato cometido, num retorno ao que foi identificado por Foucault em termos de que o controle social dá-se pela simples potencialidade do cometimento do delito.

O abolicionismo penal e o minimalismo integram esta corrente de pensamento, também denominada de Nova Criminologia.

Assim, devemos ultrapassar as barreiras dogmáticas e compreender como Nilo Batista (2007, p. 13) ao aduzir que “o Direito Penal vem ao mundo para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.

2.1.2. A resposta portuguesa ao movimento internacional de Reforma Penal

2.1.2.1. Um verdadeiro *ab initio* –O iluminar do direito penal português

Para melhor compreendermos a realidade com que hoje nos deparamos na sociedade portuguesa, é tido como profícuo um breve olhar sobre o nosso sistema punitivo, mormente no que tange às finalidades da pena privativa da liberdade, não tanto pela sua necessidade ou fundamento (Costa, 2005).

A consciencialização de que a pena devia servir um certo propósito, apartando-se da Lei do Talião, expiando o mal de uma forma pura, pagando na mesma moeda o cometimento de um crime, não foi há muito abandonada pela doutrina, nem pelo legislador nacional. O acolhimento de um trilho preventivista não foi, assim, muito pacífico, especialmente devido ao ideário de punição intrínseco à aplicação de uma qualquer consequência jurídica do crime, quer seja de cariz detentivo ou não, não obstante já Platão, em Protagoras, propugnar o seguinte:

Ninguém – afirma ele – deve punir o ilícito porque ele se praticou, ninguém deve aplicar uma pena dirigida contra o mal passado, pois o que sucedeu não mais se pode desfazer, mas considerando o futuro, ou seja, para que nem aquele que sofreu a pena volte a praticar um crime nem qualquer outro que veja a punição o faça (*apud* Correia, 2014, p. 42).

Hoje, de acordo com o entendimento doutrinário e idealista de um Estado de Direito Democrático, advoga-se que um qualquer poder tirânico do Estado não pode ser legitimado, melhor dizendo, não pode ser legitimado um Estado que veste a pele do criminoso, punindo só por punir, ou com a mesma intensidade com que o crime foi cometido, no entanto, como teremos oportunidade de constatar *infra*, tal nem sempre é claro, se nos permitem a ousadia. Posto isto, podemos afirmar, sem grandes refeiços, que falar das finalidades das penas é também falar da legitimação do Estado em punir (Dias, 2007), indo ao encontro do retrato social do Estado em um determinado lapso temporal. Face ao que brevemente se expôs *supra*, não nos vamos deter com grandes delongas relativamente ao desenvolvimento da doutrina das penas e suas finalidades de um modo geral, debruçando-nos exclusivamente sobre o que sucedeu entre as nossas fronteiras.

No seio do jusnaturalismo o direito tinha, alegadamente, proveniência divina, pelo que o seu propósito era o de atender à vontade soberana, sendo determinado que a sua violação teria como corolário uma punição severa, conduzindo a que houvesse resistências e um conseqüente abandono dos vários tipos de vingança (Campos, 2010). Esta característica do nosso regime jurídico deu ênfase à parte dita especial do Direito Penal, em detrimento de uma parte geral, como se poderia verificar quer nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas ou Filipinas, fazendo com que, como nos diz Figueiredo Dias, houvesse “penalidades não previamente fixadas, desproporcionadas, desiguais e cruéis” (Correia, 2014, pp. 103 e ss.; Dias, 2007, p. 65). Assim se manteve até ao Código Penal (CP) de 1852, promulgado pelo Decreto de 10 de Dezembro de 1852, apesar de o constitucionalismo do século XIX se encontrar a dar os primeiros passos e a tentar introduzir algum humanismo no seio do direito penal. Aliás, com a Constituição de 1822 ficou assente que “nenhuma lei, muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade” e que “toda a pena deve ser proporcionada ao delito e nenhuma deve passar da pessoa do delincente. Ficam abolidas a tortura, a confiscação dos bens, a infâmia, o barão e o pregão, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis e infamantes”. Aqui já podemos ver algumas influências do grande contributo das teorias absolutas, que nos presentearam com o princípio da culpa, bem como uma primeira abordagem das teorias relativas de prevenção, mais propriamente no que tange à intimidação.

O legislador português decidiu enveredar pelo caminho propugnado no Iluminismo Penal, com ênfase no contratualismo (Correia, 2014), onde Cesare Beccaria, na sua pequena grande obra, *Dei Delitti e Delle Penne* (1764, p. 64), já encetava ideários não violentos, na esteira de Montesquieu, e tão actuais que comemoramos hoje a sua actualidade após 250 anos desde a sua feitura, vejamos:

Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica. Proposição que pode tornar-se mais geral da seguinte forma: todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. (...) E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súbditos.

Tal como ficou assente imediatamente acima, o humanismo propugnado apenas teve verdadeiro eco, em termos positivos ou codicistas, no Código Penal (CP) de 1852, o qual já previa finalidades para a aplicação da pena criminal e um limite coincidente com a culpa do agente. A prevenção aqui ainda se moldava nos seus termos gerais e não especiais, mormente no que concerne à sua dimensão negativa – a intimidação proporcional da coletividade em vias de prevenir o cometimento de crimes no futuro por esta. Podemos afirmar sem grandes reticências que estaríamos na esteira daquilo que fora considerado como um “modelo azul” de política criminal, tal como fora crismado por J. Galtung (*apud* Dias, 1993, p. 57), adveniente das influências das escolas clássicas e neoclássica, a qual seguia a trilogia de retribuição e prevenção geral de intimidação, repressão e punição. Como refere Figueiredo Dias, “a concepção das finalidades da pena que presidia ao diploma português de 1852 não pode de modo algum dizer-se o de uma prevenção geral de intimidação sem limites, mas era (..) uma prevenção geral limitada por um princípio estrito de proporcionalidade e (...) pela ideia da culpa” (Dias, 2007, p. 69).

O CP de 1852, apesar de virtuoso para o seu tempo, não ficou isento de críticas, tendo sido elaborado um projecto de revisão em 1861, onde Levy Maria Jordão, secretário e relator da comissão revisora, assumiu um papel de destaque, embora sem grande sucesso uma vez que o projecto não chegou a ser convertido em lei (Correia, 2014, pp. 107 e ss.; Ferreira, 2010, p. 45). Este projecto dava maior ênfase ao indivíduo e à respectiva prevenção deste, a prevenção especial. Denota-se uma tónica claramente mais humanista e coerente com os ideários que sufragamos nos dias de hoje, nomeadamente um sistema que permitia a socialização de indivíduos e o auxílio dos mais desprotegidos. Contudo, o CP de 1852 manteve-se em vigor, sendo propugnado um ideário ético-retributivo (Carvalho, 2003; Dias, 2007) e não propriamente preventivo, não obstante a doutrina estar claramente inclinada para esta última via.

A Reforma Penal de 1884, teve a sua positivação no CP de 1886, concretizando uma revisão perfunctória do CP de 1852 “menos servil em relação a exemplos estrangeiros e mais conforme com a índole do povo, costumes e carácter nacional” (Ferreira, 2010, p. 46) onde se procurou enveredar por um caminho tido como verdadeiramente prevencionista para a altura, tentando o legislador confluír a reparação moral (Welcker, *apud* Dias, 2007, p. 71) com a retribuição, onde foram propugnados os primeiros ditames de ambas as vertentes da prevenção – geral e especial. Algumas críticas foram feitas a este caminho, uma vez que a retribuição estava largamente patente no espólio das penas criminais fixas, um retrocesso face ao CP de 1852 que previa “penas temporárias” ou “variáveis” (Dias, 2007, p. 68).

Em jeito de mitigação do trilho da retribuição, o legislador teve a felicidade de introduzir no articulado penal uma disposição (artigo 88.º) que hoje se assemelha ao nosso artigo 71.º - no seu espírito -, no que diz respeito à determinação da medida concreta da pena. Em sentido divergente ao alegado retrocesso deste Código, muito mérito foi dado à legislação dita extravagante, onde ficaram assentes institutos que hoje se tomam por garantidos, nomeadamente, o registo criminal, a abolição da pena de morte e de trabalhos forçados, suspensão da pena de prisão, a liberdade condicional, entre outros, alargando o espectro do princípio da humanidade. O princípio da humanidade, que caracterizou, e caracteriza ainda hoje, o direito penal português, foi por Jescheck definido no sentido de que

todas as relações humanas, abarcadas pelo direito penal na sua mais lata acepção, devem ser ordenadas na base da recíproca comunicação, da responsabilidade comunitária pelo homem que foi punido, da livre disponibilidade para o auxílio e o cuidado sociais e da vontade decidida de recuperar o criminoso condenado” (*apud* Dias, 1993, p. 52).

Com estas opções legislativas, preparamos o nosso direito e códigos penais para o século XX, rumo aos ideários republicanos e mais tarde aos democráticos.

2.1.2.2. Como entrar no século XX? Mais vale prevenir do que apenas remediar

A prevenção, aquando do Estado Liberal Português, não se afirmou em termos plenos, como pudemos constatar com o que brevemente se explanou acima, contudo, houve de facto uma evolução clara no que tange à consideração da pena como um instrumento que deve servir também o indivíduo e não apenas a sociedade, ou quem detém *o ius puniendi*. O pensamento correcionista teve um papel muito importante e vanguardista até ao Estado Novo, onde esta tese encontrou eco, nomeadamente no que concerne à criminalidade especialmente perigosa (Correia, 1970; Beleza, 2003). Aqui houve como que uma introdução do “modelo vermelho” de política criminal, através da percepção do direito penal enquanto forma de tratar os delinquentes, uma vez que o crime era tido como uma doença social (Dias, 1993, p. 58 e 59; Dias, 2007, p. 72).

A doutrina de então, com Beleza dos Santos, Cavaleiro de Ferreira e de não somenos importância, Eduardo Correia, desenvolveu a temática penal em torno das considerações da culpa, da perigosidade e da personalidade do agente, tendo como móbil uma intervenção específica do Direito Penal aquando da deparação com delinquentes especialmente perigosos, quer imputáveis, quer inimputáveis (Correia, 2014; Dias, 2007; Ferreira, 1963). A Reforma Prisional de 1936, teve um papel importantíssimo quanto à definição de uma “estratégia” em torno da perigosidade do agente, a qual acabou por ter eco na Reforma Penal de 1954 (Carvalho, 2003, p. 321), com a possibilidade de prorrogação da pena (Correia, 2014) até que cessasse a

perigosidade do agente (vemos aqui alguns contornos do que hoje consideramos como pena relativamente indeterminada, prevista nos artigos 83 e ss. do CP). Como referia Eduardo Correia, o sistema punitivo constante da Reforma Prisional era um “sistema ético-retributivo que refere a pena ao facto e depois refere à especial perigosidade do delinquente, na medida em que a sua personalidade é susceptível de ser censurada” (Correia, 2014, p. 72). O que podemos concluir desta época é que, não obstante o Estado Novo ter tido uma conotação política em nada coincidente com os ideários que temos hoje, certo é que as alterações e inovações na legislação e doutrina penais que lhe foram contemporâneas não foram despiciendas face ao que hoje nos rege – pena retributiva com finalidades de prevenção especial.

Não obstante o Estado de Direito apenas se ter claramente formado, ou afirmado, a partir da Revolução de Abril de 1974 que ora celebramos, certo é que já estava em movimento uma Reforma Penal de monta, considerando o Projecto da Parte Geral do Código Penal da autoria de Eduardo Correia, datada de 1963. Este projecto apenas conheceu o verdadeiro acolhimento com o CP de 1982, mas mesmo assim, as disposições relativas às finalidades da pena e à culpa do agente não estavam ainda claras, nem consolidadas. Com a Reforma de 1995, os contornos exclusivamente preventivos, pelo menos em termos teóricos, ganharam força e clareza, culminando com o regime que temos hoje, com eco em diversas disposições do Código Penal. Com as sucessivas reformas legislativas de cariz penal, ancoradas em uma veia verdadeiramente preventiva da dogmática jurídico-criminal, será que conseguimos que o sistema punitivo tenha uma finalidade preventiva? Ou seja, será que nos mantivemos unicamente num trilho puramente teórico, sem um concreto eco prático? É o que tentaremos esclarecer *infra*.

2.1.2.3. Os efeitos do século XX nas penas portuguesas – a política-criminal posta à prova

A Reforma Penal portuguesa do século passado, teve a sua génese, como a maioria das reformas internacionais, com o término da 2.ª Guerra Mundial, face às transformações em nada despiciendas que teriam de ocorrer nos modelos de Estado que lhe eram contemporâneos (Costa, 2005), tendo como motivação pôr fim à tirania do Estado e sua arbitrariedade contra os seres humanos, sem respeito pela sua dignidade. De qualquer modo, desde os finais do século XIX que Portugal decidiu enveredar por um trilho diferente de política criminal, mas foi no CP de 1982 que se conseguiu positivar na inequivocamente os ideários humanistas há muito propugnados, nomeadamente através da recusa de penas de morte e de cariz perpétuo; a aplicação da pena de prisão como *ultima ratio* da política criminal, uma vez que foram sendo discutidas e viabilizadas no sistema jurídico-penal cada vez mais penas de substituição, quer em sentido próprio, quer impróprio; a não automaticidade dos efeitos das penas, surgindo as penas acessórias, ligadas às exigências de prevenção; bem como o sistema tendencialmente monista das reacções criminais, tendo como vector principal o vicariato na execução, onde se visou unificar as finalidades da execução das sanções criminais, tanto penas como medidas de segurança (Correia, 2014; Dias, 1993, Antunes, 2013).

O Projecto da Parte Geral de 1963 foi o grande impulsionador do CP de 1982, que apesar de ter sido elaborado em pleno regime restritivo de direitos, foi plenamente inovador, e de indubitável pendor humanista e preventivista, pelo menos no que concerne à sua intenção, pois na prática as coisas são deveras diferentes. Comprovando tal rumo, no artigo 47.º do referido Projecto, estava previsto um limite máximo de pena de prisão de 10 anos, pois, como referia Eduardo Correia “a prisão aplicada por tempo superior (...) mal se compadece com a ressocialização do delinquente, até porque exerce física e psiquiatricamente um tal efeito desmoralizador sobre o recluso que este dificilmente poderá voltar a viver em liberdade” (Dias, 1993, p. 101). Esta disposição não teve acolhimento, tendo o limite máximo sido estabelecido nos 20 anos, como ainda hoje se mantém. Ora, já na década de sessenta, pré-revolucionária, se considerava que um lapso temporal longo de encarceramento não traria certamente benefícios para o agente, especialmente se não puder ser constatado se a prevenção especial positiva, isto é, a almejada ressocialização, foi lograda ou não.

O texto de 1982 tem sido objecto de vastas alterações, tendo a maior ocorrido indubitavelmente, com a Reforma do CP de 1995 (Dias, 2007), rumando, no entanto, sempre no sentido de reafirmação das finalidades preventivas da pena, não obstante surgirem várias críticas, no seio da doutrina, à concretização de tal ideário. Isto é, face às estatísticas, face à aplicação de penas detentivas da liberdade e ao fim que verdadeiramente se quer atingir com aplicação de uma pena de cariz criminal. Surgem vozes, nomeadamente

de Faria Costa, que adota uma posição neo-retributiva de fundamentação onto-antropológica, que apesar de não defender o retribucionismo puro, sufraga as pedras angulares deste ideário, a responsabilidade e a igualdade, ou seja, de o cidadão ter direito a uma pena justa num Estado de Direito Democrático,

A neo-retribuição de fundamentação onto-antropológica, é a maneira mais consistente e sólida de dar sentido à pena criminal, porquanto é, outrossim, é por seu meio que também a responsabilidade e a igualdade material se realizam (Costa, 2005, pp. 230-231).

De qualquer modo, não podemos deter outro entendimento senão o do prevenicionismo, tanto no que diz respeito à prevenção geral (positiva – integração/restabelecimento da paz jurídica; negativa – intimidação da comunidade), como à prevenção especial (positiva – (res)socialização do agente; negativa – inocuização), pois num Estado de Direito democrático, onde vingam princípios como o da legalidade criminal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, scripta, certa, praevia*); da proporcionalidade em sentido amplo, na esteira da necessidade, da proibição do excesso e da proporcionalidade *stricto sensu*, da humanidade, da democraticidade, da igualdade, da representatividade, entre outros, o cidadão tem direito a ser socializado, ou ressocializado, conforme os casos, pela violação de uma norma de cariz penal (Hassemer, 1999, pp. 324-325). Tal prende-se essencialmente pelo fito de advir alguma consequência da pena, não só para a sociedade, mas também para o indivíduo, não devendo o Estado pagar na mesma moeda que o agente, sob pena de estes trocarem de papéis. Contudo, também não nos podemos esquecer, tal como Hegel referiu, que a pena é um mal, isto é, “um acto de violência e, por conseguinte, uma constrição, um mal” (apud Costa, 2005, p. 218), e se não se conseguir retirar um bem da mesma, esta acaba por frustrar plenamente o seu fim, pondo, nomeadamente, em causa a legitimação do Estado em a aplicar. Aliás, é precisamente esse o nosso objectivo, isto é, após esta breve viagem pela evolução dos fins das penas e sua positivação no nosso regime jurídico, verificar se os esforços doutrinários e legislativos foram inglórios. Temos por certo que o nosso edifício penal está bem erigido, que a sua fundamentação é corroborada por princípios inderrogáveis e intrínsecos ao Estado de Direito Democrático em que nos inserimos, mas também não podemos fechar os olhos ao desfasamento existente entre a teoria e a prática, como concluiremos *infra*, o que pode efectivamente pôr em causa as linhas com que a execução do Direito Penal se cose, bem como a concretização daqueles princípios.

3. A Seletividade do Direito Penal.

Se pensarmos que a missão do Direito Penal é o combate ao crime, devemos perceber antes que o mesmo limita-se ao crime ocorrido e registrado, o que deixa de fora todos aqueles que compõe a chamada cifra oculta.

Se entendermos que a missão do Direito Penal é a preservação do corpo social, devemos antes pensar qual o corpo social que pretendemos proteger, na medida em que a sociedade é, na verdade, estratificada e possui interesses divergentes entre si, o que nos leva à noção de controle social, para manutenção do *status quo*.

Dentro deste cenário, podemos compreender o que nos ensina Alessandro Baratta (1999, p. 61) ao negar a própria ideia de igualdade do direito penal, pois atua de modo diferenciado e seletivo, sendo, na verdade, “um direito desigual por excelência” (idem, p. 162), não sendo por acaso que a pena de prisão surge com a emergência da própria sociedade capitalista, por ocasião do fim do sistema feudal que, “com seu efeito seletivo e estigmatizador, acentua e fixa aquele setor na posição em que se encontram” (Reis, 2012).

O cliente preferencial do sistema penal, que resulta do próprio processo de estigmatização social, é a população carenciada, “não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos” (Andrade, 2003, p. 32).

Desta forma, devemos analisar o verdadeiro sistema penal, ao qual Zaffaroni chama de controle punitivo institucionalizado (institucionalizado = procedimentos estabelecidos, mesmo que não legais – com esta acepção, incluímos as milícias, as torturas para obtenção de confissão, espancamentos disciplinares etc.) e não a abstracção dedutível das normas jurídicas apenas (apud, Nilo Batista, 2007).

Assim, a pena privativa de liberdade, por não cumprir a sua função preventiva, acaba por ser uma violência estatal e institucional, mais grave ainda na medida em que, apesar de a igualdade perante a lei ser uma das garantias de direito fundamental, ainda assim é clara a seletividade inerente ao próprio sistema penal (Reis, 2012).

Neste sentido, por tudo o que até aqui já se foi dito, será que é verdade que o sistema penal e prisional efetivamente fracassaram ou ele cumpre sua real função, que é, na esteira do pensamento de Loic Wacquant, punir os pobres?

Andrade (2003) afirma que o sistema penal tem uma eficácia invertida, latente, significando que as funções que declara ter, como a proteção de bens jurídicos e a garantia da segurança pública e jurídica, são meramente simbólicas, pois, na prática, sua finalidade é a reprodução das relações de desigualdade.

Afirma-nos Wacquant (2005, p. 19-20) que “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado Penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a “contenção punitiva” das categorias deserddadas faz as vezes de política social”. Assim, podemos compreender como as situações que devem ser tratadas como sendo da área política e do campo social, viram casos de polícia.

Dentro desta visão de que o sistema punitivo é seletivo, mais cruel ainda se torna quando verificamos que aqueles que mais assistência do Estado precisam, são justamente aqueles que são rotulados e estigmatizados como criminosos.

A solução encontrada pelo Estado neoliberal para absorver a população que cada vez mais irrompe as barreiras da miséria é criminalizá-los e encarcerá-los.

Podemos analisar os dados obtidos no site português Pordata, no qual constam os dados oficiais em Portugal, nas tabelas que se seguem:

Anos	Tipo de crime							Emissão de cheques sem provisão
	Total	Contra as pessoas	Contra a vida em sociedade	Contra o património	Relativos a estupefacientes			
					Total	Tráfico	Tráfico - Consumo	
1983	x	x	x	x	177	156	21	x
1990	x	x	x	x	1.285	855	391	x
2000	8.917	1.689	139	3.072	3.829	3.653	146	80
2001	9.422	1.811	165	3.320	3.930	3.649	182	48
2002	9.553	1.803	215	3.431	3.967	3.804	75	33
2003	10.143	2.122	306	3.857	3.558	3.197	275	26
2004	10.152	2.459	700	3.292	2.927	2.822	82	35
2005	9.845	2.584	895	3.208	2.669	2.592	57	24
2006	9.715	2.537	899	3.070	2.650	2.578	53	22
2007	9.260	2.454	868	2.910	2.524	2.459	49	21
2008	8.699	2.371	684	2.475	1.849	1.813	34	35
2009	8.958	2.638	759	2.737	2.026	1.814	32	27
2010	9.306	2.488	726	2.573	1.950	1.918	30	36

Tabela 1 - Fontes/Entidades: DGPI/MJ, PORDATA. Última actualização:2012-01-25

Com base na tabela acima, podemos observar os crimes contra as pessoas, contra a vida em sociedade, contra o patrimônio, relativo aos estupefacientes e as emissões de cheques sem provisão de fundos. A pergunta que fica no ar é: onde estão os crimes contra o Estado? Esses normalmente são crimes de colarinho-branco e por óbvio não aparecem nas estatísticas. É a cifra oculta se fazendo presente.

Não só estes crimes não são contabilizados, como igualmente não são punidos, mas todos sabemos que eles existem. O que ocorre então? Quando denunciados, acaba o processo por não ter prosseguimento ou acabam os réus não sendo devidamente punidos, até por ter dinheiro para pagar bons advogados e fazer a máquina judiciária funcionar com outra desenvoltura. A prisão não foi feita para eles.

Anos	Níveis de instrução						
	Total	Não sabe ler nem escrever	Sabe ler	Ensino básico	Ensino secundário	Ensino superior	Outros, ignorados e não especificados
1960	8.418	x	x	x	x	x	x
1970	5.056	1.225	875	2.520	415	21	0
1980	5.352	723	891	3.327	397	14	0
1990	8.874	593	968	5.981	1.186	100	46
2000	12.771	639	1.077	8.792	1.672	104	487
2001	13.112	720	799	10.260	854	134	345
2002	13.772	725	525	10.924	1.109	159	330
2003	13.635	666	525	10.798	1.174	145	327
2004	13.152	734	639	10.360	1.058	171	190
2005	12.889	676	726	10.049	1.127	110	201
2006	12.636	671	729	9.744	1.126	147	219
2007	11.587	620	645	8.953	1.002	144	223
2008	10.807	558	551	8.388	1.008	136	166
2009	11.099	514	570	8.590	1.113	126	186
2010	11.613	547	536	8.972	1.313	143	102

Tabela 2 - Fontes/Entidades: DGPJ/MJ, PORDATA. Última actualização: 2012-01-25

Conforme depreendemos dos dados acima, constantes da tabela 2, podemos verificar que nossa tese se comprova, posto que o maior número de presos(as), de acordo com o nível de instrução, está na faixa do ensino básico (concluído ou não). Infelizmente, tendo em conta que estamos a tratar de imputáveis, sabemos que quem possui este nível de escolaridade já na fase adulta igualmente não provêm de classe social privilegiada, pois outra informação, que é do senso comum, é que a própria educação, que é primordial, não é para todos.

Tais dados reforçam nosso entendimento de que o direito penal e prisional, todo o sistema penal, enfim, é mesmo seletivo e elege seus clientes preferenciais na base da sociedade: os não-cidadãos, que, além desta ausência de cidadania e justamente por sua falta, tornam-se inimigos da sociedade, legitimando-se as repressões estatais e maior controle social contra estes grupos, utilizando-se dos próprios dados estatísticos, ignorando a cifra oculta, para demonstrar a razão do entendimento dominante de que a pobreza deve ser criminalizada.

Neste sentido, trazemos o entendimento de Queiroz (2005, p. 96) que afirma que

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos – Argumenta-se que o direito penal, como instância formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir. Salienta-se que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal

proibição simplesmente não existisse. A prevenção geral, portanto, é desacreditada a todo momento. É uma só ilusão, a serviço da só legitimação do discurso e da atuação do sistema.

Luigi Ferrajoli estrutura a sua Teoria sobre Garantismo Penal sob os alicerces do Minimalismo, igualmente compreendido como abolicionismo moderado, que entende que deve haver a descriminalização de diversas condutas, seja pela despenalização, seja pela aplicação de penas substitutivas de liberdade, concebendo sua teoria dentro da noção estrita de Estado de Direito.

Aduz ainda Ferrajoli que compreender o direito penal em sua finalidade preventiva é extremamente limitador de seu objetivo. Assim, afirma, *in verbis*:

Como observou Francesco Carrara, “impedir o delito em todos os delinqüentes” é “impossível”, e tentar consegui-lo foi, quando muito “a causa fatal da progressiva crueldade dos suplícios”. Com efeito, cada delito cometido demonstra, a rigor, que a pena prevista para o mesmo não foi de molde a preveni-lo e que, portanto, teria sido necessário uma maior. Claro está que se trata de um “argumento idiota” para inspirar as penas. Entretanto, o mesmo serve para demonstrar que os objetivos da prevenção, ou, ainda, somente o da redução dos delitos, não são suficientes para ditar o limite máximo das penas, mas, somente, o limite mínimo [...]. (Ferrajoli, 2006, p. 308).

Assim, no seu entender, o ideal preventivo somente serve para respaldar o patamar mínimo cominado abstratamente na moldura penal

5. Conclusão

Considerando o trilho de desenvolvimento que o direito penal português, e a política criminal que lhe é complementar e coadjuvante, têm traçado, não podemos conceber que uma política retribucionista pudesse ser sufragada nos dias de hoje. De qualquer modo, o prevencionismo puro revela-se como meramente utópico, não obstante ser o único que, nas suas vertentes geral e especial, consegue coadunar-se com o Estado de Direito Democrático que temos hoje. Independentemente de estar positivado que o que se pretende com a aplicação de uma pena é a protecção de bens jurídicos, enquanto função do direito penal português, bem como a ressocialização do agente, certo é que, esta última finalidade, nem sempre é conseguida.

Na esteira do pensamento de Nilo Batista (2007), o sistema penal faz parecer, hegemonicamente, que é igualitário, quando na verdade é seletivo. Faz parecer que é justo. Vejamos Von Liszt quando afirma que só a pena necessária é justa. No entanto, ele é repressivo, seja porque a prevenção não funciona, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Faz parecer que protege a dignidade da pessoa humana, quando na verdade é estigmatizante.

O próprio sistema prisional, com a mencionada do socialização dos corpos, carrega em si o fenómeno da prisionização, criando, na verdade, um grande círculo vicioso e de recriação da própria criminalidade, funcionando e cumprindo o sistema prisional com sua utilidade que é gerar economicamente a favor das classes favorecidas.

Segundo Goffman (2000, p. 102), “a pessoa que infringe uma regra é um transgressor; a sua infracção é um delito. O que infringe continuamente as regras é um desviante”, trazendo uma relação antagónica e contraditória entre o indivíduo (deficiente/anormal) e a sociedade (normal). O estigma que certos indivíduos e grupos carregam são marcas que lhes são exteriores (Goffman, 1982, p. 22)

As próprias taxas de reincidência demonstram a falácia do ideal ressocializador da pena privativa de liberdade, que deve ser, na verdade, enfrentada e discutida para que um dia possamos afirmar efetivamente que a pena tem fins preventivos.

Referências Bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira (2003). A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”.

- Andrade, Vera Regina Pereira. (2003) A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In.: Introdução crítica ao estudo do sistema penal. Florianópolis: Diploma Legal.
- Andrade, Vera Regina Pereira. (2004). Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Sequência* 30, págs. 24 a 36.
- Antunes, Maria João. (2013). Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora.
- Baratta, Alessandro (1999). Criminologia Crítica e a Crítica da Criminologia, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Baratta, Alessandro. Filósofo de uma Criminologia Crítica. In *Mídia e Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Faperj. 1994.
- Batista, N. (2007). *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro* (11^a ed.). Rio de Janeiro: Editora Revan.
- Beccaria, Cesare (1764). *Dos Delitos e Das Penas* (2.^a ed.). Tradução por José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Beleza, José Manuel Merêa Pizarro. (2003). A Pena de Prisão, a Reforma das Cadeias e o Ensayo Sobre o Plano Mais Conveniente Para a Fundação das Cadêas (Notas para a história do Direito Penal vintista). In *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, pp. 365-431. Coimbra: Coimbra Editora.
- Campos, Teresinha Borges. (2010). *Das Penas Privativas da Liberdade*. Coimbra: Almedina.
- Carvalho, Américo Taipa de (2003). Prevenção, Culpa e Pena – Uma concepção preventivo-ética no direito penal. In *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora.
- Correia, Eduardo (2014). *Direito Criminal. Volume I. Reimpressão da Edição de 1963*. Coimbra: Almedina.
- Correia, Eduardo (1970). A influência de Franz V. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol.XLVI. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Costa, José de Faria (2005). Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In.: *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora
- Dias, Jorge de Figueiredo (1993). *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Notícias Editorial.
- Dias, Jorge de Figueiredo (2007). *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. (2.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de. (2010). *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982. Reimpressão da 4.^a Edição de Setembro de 1992*. Coimbra: Almedina.
- Flauzina, Ana Luiza Pinheiro *et alli*. (2004). A Liberdade nas Escolas Penais. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do DF, Brasília*, ano 12, vol. 23, p. 28-41, jan/dez/2004.
- Foucault, Michel. (1999). *Vigiar e Punir* (20^a ed.). Petrópolis: Vozes.
- Goffman, E. (1982). *Estigma: Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Goffman, E. (2000). *O Homem e seus momentos*. Lisboa: Relógio D'Água.
- Gomes, Geder Luiz Rocha (2008). O conflito entre a defesa social e o respeito às garantias fundamentais. *A substituição da prisão – alternativas penais: legitimidade e adequação*. Ed. Podivm.
- Hassemer, Winfried. (1999). Por Qué Y Con Qué Fin Se Aplican Las Penas? (Sentido y fin de la sanción penal). *Revista De Derecho Penal Y Criminologia*, 2.^a Época, num. 3, pp. 317-331. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Queiroz, Paulo. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Reis, C. de S. (2012). Pobres X Cidadãos. Presented at the Colóquio Internacional “Direito(s) e

Desigualdades,” Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra.

Rusche, Georg & Kirchleimer, Otto. Punição e Estrutura Social (1999). Trad. Gizlene Neder, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Santos, Juarez Cirino dos (2005). 30 Anos de Vigiar e Punir. 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo, SP.

Santos, Boaventura de Sousa (2000), A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura De Sousa. (2001). Os processos de Globalização. In Boaventura de Sousa (org.) Santos (Ed.), *Globalização: fatalidade ou utopia?* (3ª ed., Vol. 1). Porto: Edições Afrontamento.

Santos, Boaventura De Sousa. (2002a). Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 62, 237-280.

Santos, Boaventura de Sousa. (2002b), *Toward a New Legal Common Sense*. London: Butterworths.

Santos, Boaventura de Sousa. (2003). "Poderá o direito ser emancipatório?" *Revista Crítica de Ciências Sociais* 65: 3-76.

Santos, Boaventura De Sousa. (2007). Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*(78), 3-46.

Santos, Boaventura De Sousa. (2007). ‘La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional’, *OSAL, CLACSO*, VIII (2007), 25–46

Savino Filho, Cármine Antônio. Evolução do Direito Penal – Comentários. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Editora espaço Jurídico.

Sell, Sandro César (2007). A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10290>. Acesso em: 14 dez. 2011.

Wacquant, Loïc. (2004). As prisões da miséria. André Telles (trad.). Ed. Sabotagem

Wacquant, Loïc. (2005). *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

Webgrafia

<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+condenados+total+e+por+categoria+de+crime-274> disponível em 8 de abril de 2012.

<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+total+e+por+nivel+de+instrucao+completo-273>, disponível em 8 de abril de 2012.

i Para saber mais acerca da desigualdade do Direito, ver Baratta (1999, pp. 162 e segs).