



MARIA MIGUEL
OLIVEIRA DA SILVA

Pena Privativa da Liberdade

A Oportunidade de
uma Sanção Criminal
Qualitativamente
Homogénea

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Pena
Privativa
da
Liberdade

Título
**Pena Privativa da Liberdade: A Oportunidade
de uma Sanção Criminal Qualitativamente
Homogénea**

Autor
Maria Miguel Oliveira da Silva

Editor
NovaCausa
Edições Jurídicas

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Braga, Portugal
www.novacausa.net

ISBN
978-989-8515-94-0

Design
Vitor Duarte
vitorduartedesign.blogspot.com

Impressão e Acabamento
Manuel Barbosa & Filhos, Lda

© 2020, junho
NovaCausa, Edições Jurídicas

A reprodução, total ou parcial, desta obra, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou electrónico, sem prévia autorização dos autores e do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

MARIA MIGUEL
OLIVEIRA DA SILVA

Pena Privativa da Liberdade

A Oportunidade de
uma Sanção Criminal
Qualitativamente
Homogénea

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

“Há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever ou como quer que lhe chamem. Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos claros, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias, procura, tateando, a unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz lhe abra caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma conceção unitária do mundo, se superem todas as aparentes antinomias”¹.

¹ F. VON LISZT *cit. in* E. CORREIA, “A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, p. 33.

Prefácio

1. A privação da liberdade como pena *a se* é relativamente recente. Prisões houve sempre, mas cumpriam finalidades distintas. *Carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*, proclamava Ulpiano. Os ergástulos, as enxovias e as masmorras eram até há dois séculos meros depósitos de suspeitos, antecâmaras das salas de tortura e bastidores dos pelourinhos ou patíbulo onde eram supliciados os condenados. À supressão da liberdade seguiam-se ou somavam-se penas corporais ou uma morte ritualizada e violenta: as marcas de ferro, a amputação de membros, a forca ou o garrote, os grilhões, os trabalhos forçados ou as galés.

A ideia de que o simples encarceramento podia elevar-se à categoria de pena terá agradado aos pensadores do Iluminismo. Havia por fim uma sanção criminal igual para todos, que não distinguia fortunas ou privilégios de nascimento, e que era infinitamente divisível ou fracionável, ajustando-se às mais diversas classes de delitos, dos mais aos menos graves. Privado da liberdade pessoal, o condenado conservaria todos os outros direitos fundamentais – a integridade física, a liberdade de pensamento, religião e culto. E numa mais recente compreensão dos fins das penas, seria mesmo credor de prestações positivas do Estado – cuidados de saúde, educação e formação, etc.

Um rápido olhar pela história é suficiente para confirmar que a promessa de humanitarismo da prisão nunca se cumpriu. Nunca existiu sequer uma pena que se traduzisse na pura supressão do *ius ambulandi* e a que não se somassem outras formas de sofrimento. As prisões foram sempre instituições produtoras de privações e aflições várias, que transcendem em muito a falta de liberdade. Nelas se reproduzem e maximizam as desigualdades sociais: são lugares de pobreza e exclusão, mais do que de inclusão e ressocialização.

Nas *Memórias do Cárcere*, Camilo Castelo Branco atribuiu aos excessos poéticos e à «feracíssima fantasia» de Ayres de Gouveia os relatos sobre as violências, a barbárie e os abusos nas prisões que podemos ler em *A reforma das cadeias em Portugal* (1860). Não deixou, porém, de descrever as condições deprimentes da Cadeia da Relação do Porto, nem de reproduzir a exclamação escandalizada do rei D. Pedro V no fim de uma visita: «Isto precisa de ser completamente arrasado!».

É seguramente menos literário, mas nem por isso menos impressivo, o diagnóstico feito pela Organização Mundial de Saúde no contexto da atual pandemia de Covid-19, ao lembrar que «os presos sofrem de problemas de saúde mais sérios do que a população geral e enfrentam uma maior exposição a riscos como o tabagismo, a fraca higiene e deficiências do sistema imunitário causadas pelo *stress*, pela má nutrição e por doenças da mais variada ordem»².

Não se pense que estas radiografias são deslocadas, uma no tempo e a outra no espaço. O estado deplorável das prisões não é um problema do passado, nem um exclusivo dos países em vias de desenvolvimento. Portugal tem ainda hoje das mais altas taxas de encarceramento e duração média das penas da União Europeia, a maioria dos estabelecimentos prisionais apresenta problemas de sobrelotação, a incidência da tuberculose e o número de suicídios são alarmantes³. E embora estes dados tenham conhecido uma evolução positiva nos últimos anos, não pode deixar de causar assombro a descrição das condições insalubres e sub-humanas de algumas prisões no Relatório de 2018 do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura⁴, corroborado pelas sucessivas condenações no

² WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention – interim guidance*, 15 March 2020 (<http://www.euro.who.int>).

³ Vide KARLA TAYUMI ISHIY, «Relatório sobre a população reclusa em Portugal em 2018», *RPCC* 29 (2019) 2, pp. 423-445.

⁴ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), Report to the Portuguese Government on the visit to Portugal carried out from 27 September to 7 October 2016, published on January 27, 2018 (<https://rm.coe.int/168078e1c8>). Na esfera interna, merecem também atenção os relatórios produzidos pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Olhar para o futuro para guiar a ação presente: Relatório sobre o sistema prisional e tutelar*

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por violação do artigo 3.º da Convenção⁵.

Ninguém duvida já de que a prisão é, sob múltiplos aspetos, uma «contradição institucional» (FERRAJOLI). Falta saber se essa é uma sua marca ontológica, uma característica genética que nenhuma bem-intencionada reforma pode modificar, ou se a falência da pena privativa da liberdade se deve a patologias *soi-disant* «corrigíveis» mediante intervenção legislativa. Seja como for, talvez tenha chegado o tempo de reponderar a centralidade da prisão no sistema punitivo. Não se trata de discutir alternativas à *pena* no enfrentamento do crime como propõem os abolicionistas, mas de avaliar alternativas à *prisão* como pena-paradigma ou sanção penal por antonomásia. Claro que tudo isto está em contracorrente com uma certa sensibilidade social permeável à exasperação punitiva no combate ao crime. Encontrámo-la quer do lado dos que estabelecem uma equação simples entre prisão e de defesa da sociedade, quer – por paradoxal que possa parecer – como subproduto de um discurso orientado pela tutela da vítima ou, melhor, de concretas categorias de vítimas que se elege como carecidas de especial proteção. Uma sociedade sem prisão ou com recurso residual à prisão será uma realidade no futuro; não, porém, num futuro próximo.

2. Por tudo isto, foi com muito gosto que aceitei o tão inesperado como amável convite da Mestre Maria Miguel Oliveira da Silva para prefaciá-lo este seu livro. Com a mesma satisfação e o mesmo espanto havia acolhido antes o pedido para orientar a investigação de mestrado que nele se materializa e dá a conhecer ao leitor. Não é vulgar no modelo de ensino segregado por Bolonha que os candidatos a Mestres procurem os seus orientadores fora da instituição que lhes proporciona o grau. E menos ainda que, completado o rito de iniciação nos estudos jurídicos, regressem aos antigos professores no momento de se lançarem em voos mais altos.

(<https://www.portugal.gov.pt>), e pela PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *Provedor de Justiça, as prisões e o século XXI* (<https://www.provedor-jus.pt>).

⁵ A título de exemplo, veja-se o recente caso *Petrescu c. Portugal*, n.º 23190/17, 3 dezembro 2019.

Porque, afora a curiosa coincidência de apelidos, o vínculo que nos une, orientadora e mestranda, prefaciadora e autora, foi o que nasceu, se cultivou e estreitou nas aulas da licenciatura na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Creio que também a minha pronta anuência terá surpreendido a agora Mestre, porventura receosa de que a proposta ousada de abolição da prisão pudesse ser tida por utópica. Em boa hora seguiu a sua intuição primeira com a prudência e as cautelas que tão grave assunto reclama, fazendo-a frutificar num interessantíssimo ensaio sobre as finalidades, os limites e o espaço que deve ocupar a pena de prisão. São muitos os méritos do seu trabalho e o leitor não terá dificuldade em descobri-los por si próprio. Permito-me destacar a elegância na forma, a escrita cuidada e fluente, a curiosidade intelectual e a capacidade crítica que o discurso denuncia e deixa entrever. Não se espere encontrar no texto propostas acabadas e definitivas de normação; o que se apresenta é assumidamente um itinerário aberto de reflexão. E é sobretudo por isso que vale a pena a sua leitura – porque desafia dogmas estabelecidos e porque contraria a tendência de um direito de vocação regulatória e regulamentar que se descreve e aplica, mas pouco se pensa.

À autora, Maria Miguel Oliveira da Silva, apresento as mais sinceras felicitações pela decisão de partilhar as suas ideias e de as expor ao crivo do contraditório. Espero que, desimpedido o caminho, aceite o seu próprio repto e, tão breve quanto possível, apresente uma proposta de reconfiguração do sistema punitivo que remova a prisão do pedestal a que se alcandorou e a reduza a figura residual para os crimes mais graves.

Balasar, 6 de maio de 2020

Sandra Oliveira e Silva

Índice

Prefácio	16
I. Considerações iniciais	21
II. <i>Ius Puniendi</i> : a pena privativa da liberdade	27
A) Breve abordagem histórica	29
1. Antiguidade	31
2. Idade Média	33
3. Idade Moderna	35
4. Idade Contemporânea	37
4.1. Os sistemas penitenciários do século XIX	40
4.2. Um aceno objetante à pena privativa da liberdade	44
III. O lugar das finalidades punitivas na privação da liberdade	47
1. Teorias absolutas ou da retribuição	50
2. Teorias relativas ou de prevenção	54
2.1. Teoria da prevenção geral	55
2.2. Teoria da prevenção especial	59
3. Teorias unificadoras	67
4. Posição adotada	69
IV. A questão carcerária	87
V. Uma proposta alternativa à homogeneidade das penas principais ...	109
VI. Notas conclusivas	125