

CRISE DA PENA DE PRISÃO E OS ABOLICIONISMOS – ROTEIRO DE ANÁLISE†

André Lamas Leite‡

Resumo: A pena privativa da liberdade, desde o seu aparecimento, tem estado sempre debaixo de poderosas críticas, apesar de ainda não ter sido possível encontrar instrumento sancionatório que o ultrapasse com vantagem. Analisam-se, deste modo, as principais causas de tal crise e uma das correntes que, ancoradas sobretudo na dita “Criminologia crítica”, mais tem debatido o assunto e proposto soluções, amiúde impraticáveis – os abolicionismos.

Palavras-Chave: Pena de prisão; sua crise; causas; abolicionismos; Criminologia crítica.

I) INTRODUÇÃO E OBJECTO



o estudarmos as penas de substituição, deparamo-nos, necessariamente, com movimentos que, de tipo muito mais vasto, defendem o fim do sistema penal ou, pelo menos, de certos caracteres desse mesmo sistema. É certo que os vários abolicionismos, como ficaram conhecidos, são hoje uma marca de um passado próximo, em uma sociedade global em regra mais punitiva e securizante. Donde, a relação entre esses movimentos, em regra muito marcados ideologicamente, e as reacções substitutivas é prenhe de sentido, visto que, afora as concepções radicais, as

† Corresponde a uma pequena parte inédita da dissertação de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e defendida em provas públicas em 7/3/2016.

‡ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa). Investigador do CIJE/FDUP.

demais propendiam para um reforço das penas em estudo.

Pretende-se estabelecer essa ligação no presente artigo e conhecer os traços fundamentais das várias concepções abolicionistas que foram existindo nas épocas históricas que nos são mais próximas, não prescindido das principais críticas que lhes foram sendo dirigidas.

II) PENAS DE SUBSTITUIÇÃO E OS CONCEITOS DE «DIGNIDADE E CARÊNCIA DE PENA»

O instituto das penas de substituição trabalha, como poucos outros, com conceitos de «merecimento de pena» (*Strafwürdigkeit*) e de «carência de pena» (*Strafbedürftigkeit*) ⁽¹⁾, verdadeiras bússolas em toda a matéria das penas substitutivas ⁽²⁾. Cientes ainda da advertência de Roxin ⁽³⁾: «as tendências de política criminal mudam como a moda».

Começando pelo conceito de «dignidade penal», advirta-se, antes de mais, que, para nós, o mesmo desempenha uma pura *função negativa*, no sentido de determinar quais os bens jurídicos que não necessitam de tutela penal, por não a merecerem, em virtude da axiologia subjacente ao texto constitucional (momento em que, com propriedade, se falará em «necessidade de

⁽¹⁾ Entre uma miríade de autores, cf. KRISTIAN KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 33 e, entre nós, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, t. II, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 897-919.

⁽²⁾ Sublinham-no, entre tantos, FRANZ STRENG, «Modernes Sanktionenrecht?», in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 111, 4 (1999), p. 832 e GERHARD SPIESS, «Wenn nicht mehr, wenn nicht härtere Strafen — was dann? Die Modernisierung des deutschen Sanktionensystems und die Befunde der Sanktions- und Rückfallforschung», in: *Soziale Probleme. Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle (SozP)*, 24, 1 (2013), p. 106.

⁽³⁾ «Problemas actuales de política criminal», in: ENRIQUE DÍAZ ARANDA (ed.), *Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, reimpr., México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 87.

pena»⁽⁴⁾. Para Arthur Kaufmann⁽⁵⁾, a subsidiariedade faz parte de um conceito de justiça social e é uma forma de divisão de competências entre o Estado e outras entidades, o que é particularmente claro, como se não ignora, no Direito da União Europeia (UE). Trata-se de uma «expressão do bem comum com uma função de asseguramento da liberdade, no equilíbrio entre o máximo de liberdade possível e o máximo de Estado necessário»⁽⁶⁾. Também se não ignora que, a coberto deste princípio, a UE tem alargado sucessivamente a sua competência à matéria penal, sendo de destacar que os instrumentos de que tem lançado mão, sob a forma de luta contra o terrorismo e a criminalidade altamente organizada, vêm aproximando o Direito Penal cada vez mais de um *Feindstrafrecht*, de tal modo que se pode falar em um «credo unificador da política criminal europeia»⁽⁷⁾, na expressão paradigmática de Wolfgang Frisch⁽⁸⁾. Já se pretendeu que o conceito depende de um reconhecimento prévio da existência de um bem jurídico-criminal que o nosso ramo de Direito se limitaria a proteger. Não patrocinando nós uma visão ôntica da intervenção penal, temos por acertada a ideia de que qualquer *Rechtsgut* é sempre uma construção político-social, embora também nos pareça que existe uma *mútua interferência lógica* entre sociedade e valores, de tal modo que julguemos relativamente infrutífera uma discussão sobre se é a cristalização de um interesse ou valor como específico bem jurídico que precede a normaço penal ou se, ao invés, é esta que o «cria». A ciência do

⁽⁴⁾ Em sentido que temos por próximo, NUNO BRANDÃO, «Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 24, 1 (2014), p. 32. No Direito Penal alemão, *inter alia*, VOLKER KREY, *Deutsches Strafrechts. AT*, Teil 1, Rn. 17, Stuttgart, etc.: Verlag W. Kohlhammer, 2002, p. 16.

⁽⁵⁾ *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum-Verlag: Frankfurt am Main, 1972, pp. 224, ss.

⁽⁶⁾ «(...) des bonum commune mit freiheitssichernder Funktion nach dem Motto: soviel Freiheit wie möglich und soviel „Staat“ wie nötig».

⁽⁷⁾ «(...) das Einheitscredo der (europäischen) Strafrechtspolitik».

⁽⁸⁾ «Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa», in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 156, 7 (2009), p. 405.

Direito Penal tem, ao longo de séculos, digladiado argumentos sobre esta matéria, com resultados que, se bem vemos as coisas, são proporcionalmente inferiores ao esforço despendido na polémica ⁽⁹⁾. O que já não temos por acertado é considerar que o princípio da dignidade penal não está intrinsecamente relacionado com o da subsidiariedade da intervenção deste ramo de Direito, havendo autores que entendem que o mesmo não logra consagração constitucional, mas é apenas um princípio básico do «Estado social» ⁽¹⁰⁾. Por seu turno, autores como Roxin ⁽¹¹⁾ e Jakobs ⁽¹²⁾ consideram o princípio da subsidiariedade como partícipe do da proporcionalidade. Uma perspectiva ideal, mas irrealizável, aponta para a necessidade de todas as medidas penais serem precedidas de estudos empíricos que, na prática, provassem a impossibilidade de se responder ao fenómeno social através de outro ramo de Direito ⁽¹³⁾.

No tocante à «carência de pena», a distinção entre os conceitos e as suas específicas fronteiras é matéria complexa que, aqui, apenas pode ser referenciada. Costa Andrade ⁽¹⁴⁾, nega, com o que concordamos, que tenha sido possível até hoje erigir estes conceitos em autónoma categoria criminal, mas que, pela sua própria natureza, se repercutem ao longo de todo o sistema, arvorando-se como requisitos basilares no discurso de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização. Também liga aquele Mestre a dignidade de pena a uma

⁽⁹⁾ Veja-se, p. ex., THOMAS VORMBAUM, «"Politisches" Strafrecht», in: *ZStW*, 107, 4 (1995), p. 757, para quem os bens jurídicos são realidades antecedentes à norma.

⁽¹⁰⁾ Assim, EWALD BRANDT, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalierungen im Kriminalrecht*, Ammersbek: Lottbek Jensen, 1988, p. 135.

⁽¹¹⁾ *Strafrech. AT*, 4. Auflage, Band I, München: Beck, 2006, Rn 26-31, pp. 22-23.

⁽¹²⁾ *Strafrech. AT*, 2. Auflage, , Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1993, Rn 7-15, pp. 37-41.

⁽¹³⁾ JÜRGEN BAUMANN, «Strafe als soziale Aufgabe», in: ROBERT HAUSER *et al.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1984, p. 35.

⁽¹⁴⁾ «A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», in: *RPCC*, 2 (1992), pp. 173-205, em esp., pp. 174, 176, 179, 184-187 e 195-196.

feição negativa do conceito e a carência a um aspecto positivo, de *ultima ratio* da intervenção punitiva estatal. Maria da Conceição Cunha ⁽¹⁵⁾, que seguiremos também a este propósito, embora com apontamentos da nossa lavra, alude à «dignidade penal» como um primeiro momento — de indicição — de que um dado conjunto de comportamentos activos ou omissivos deve ser protegido pelo nosso ramo de Direito. Trata-se, como se disse, de um mero *indício*, pois o teste que culmina com a adopção de uma verdadeira norma jurídico-penal tem ainda de passar pelo critério da «necessidade de pena». Por este último entendemos a solução resultante, mais especificamente, do cariz de *ultima ratio* do Direito Penal, ou seja, cientes de que aquele valor ou interesse importa à comunidade erigida em Estado, veremos se, de entre os ramos de Direito, inexistem outros que sejam adequados e suficientes a dar a tais problemas uma resposta que implique uma menor limitação de direitos fundamentais. É evidente a ligação umbilical entre este princípio e o da proporcionalidade, eixo-rector de toda a intervenção sancionatória. Tal como salienta a autora ⁽¹⁶⁾, em especial no âmbito de uma «ciência conjunta do Direito Penal», as práticas de criminalização, descriminalização e despenalização deveriam ser sempre acompanhadas de estudos de Criminologia empírica, visto que só com apelo a métodos científicos poderíamos legislar sem ser por impulso, mas com base em evidência científica. Na verdade, como saber se, *v. g.*, uma sanção civil ou administrativa é adequada a resolver um problema social quando, as mais das vezes, em Portugal e em outros Estados, nem sequer se conhece a real dimensão dos fenómenos? Não se ignoram, por outro lado, as condicionantes da investigação científica de comportamentos humano, em especial de natureza ilícita, pelo que o Direito Comparado acaba por servir, amiudadas vezes, como «grupo de controlo» ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ «Constituição e crime». *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 217-244.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 226.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 253.

Concordamos ainda com a conclusão de Conceição Cunha ⁽¹⁸⁾, no sentido de que o Tribunal Constitucional pode e deve fiscalizar a constitucionalidade de normas em que seja flagrante a inexistência de «carência de tutela penal», seja por via da inexistência ou indeterminabilidade de comportamentos e de bem jurídico subjacente, seja por se afigurar evidente que há outros meios jurídicos menos intrusivos na esfera dos cidadãos.

Ainda hoje é essencial o pronunciamento do *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*: Tribunal Constitucional Federal alemão), na sua decisão de 25 de Fevereiro de 1975, sobre a matéria do aborto, em que o Tribunal de Karlsruhe reconheceu a existência de um direito à protecção da vida intra-uterina e de uma obrigação do Estado a garantir, excepto nas hipóteses de «indicações» em contrário, como as derivadas da gravidez como resultado de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais da mulher ou de risco para a sua saúde. Nessa matéria, a dignidade penal do bem jurídico foi tida em conta, reconhecendo-se embora uma certa margem de liberdade ao legislador, assim como o carácter subsidiário da intervenção criminal ⁽¹⁹⁾. Crítico da solução do *BVerfG*, considerando que o Tribunal extravasou os limites do Direito, sendo este um exemplo em que a crítica de que um Tribunal Constitucional pode, até certo ponto, surgir como uma certa substituição da lei (embora o autor, como regra, não concorde com esse reparo), Otto Bachof ⁽²⁰⁾. Trata-se, aliás, de uma questão muito debatida, não apenas na Alemanha: quais são as fronteiras da hermenêutica jurídica e onde se passa já para o «activismo judiciário», não havendo falta de autores que, naquele país, apontam a decisão em análise do *BVerfG* como um exemplo claro de uma intromissão excessiva do Tribunal de Karlsruhe no estrito domínio político, apesar de esse órgão, em vários pronunciamentos, chamar a atenção para a necessidade de

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 267.

⁽¹⁹⁾ *BVerfGE* 39, 1.

⁽²⁰⁾ «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política», in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, 57 (1986), pp. 849-850.

se auto-controlar em tais aspectos ⁽²¹⁾.

Isto dito, relacionando-o agora de modo mais directo com as penas substitutivas, a nosso ver, a matéria em estudo pode ser encarada desde uma dupla perspectiva: *estrita* — no sentido de diminuir a aplicação da sanção privativa de liberdade, no que se poderia designar como lógica «utilitária-funcionalista» — ou *ampla* — que, para além do objectivo anterior, quando necessário para o agente, entende a ressocialização também como um desiderato da intervenção substitutiva. Na verdade, se não erramos, a destringência não nos surge como muito relevante, na medida em que a visão tida por ampla abrange, de modo muito correcto, o que se pretende das penas de substituição: diminuir a aplicação das sanções privativas de liberdade pelos efeitos negativos que as mesmas comportam a vários níveis, da mesma forma que, quando necessário para o concreto agente e por este desejado, se empreenda um trabalho de reinserção capaz de o fazer (re)aprender os valores do Direito cuja fidelidade a sua consciência axiológica devia cumprir.

Em função das épocas históricas e das respectivas condicionantes, as penas em estudo oscilam entre uma discursividade favorável ou desfavorável. De entre essas condicionantes, é inegável que os factores económicos desempenham um papel não despidendo. Tal tem sido sublinhado quanto à Revisão do Código Penal (CP) de 2007, não apenas por via do aumento do número e do âmbito aplicativo das penas substitutivas, mas também pelo aumento, em 500%, p. ex., do limite mínimo da taxa diária da multa principal ⁽²²⁾. Existe a crença mais ou menos generalizada de que as sanções substitutivas são menos

⁽²¹⁾ Cf., entre uma literatura copiosa, ELKE LUISE BARNSTEDT, «Judicial activism in the practice of the German Federal Constitutional Court: is the GFCC an activist court?», in: *Juridica International*, XIII (2007), pp. 38-46.

⁽²²⁾ Assim, o parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, falando expressamente em «interesses economicistas» (BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *Monitorização da reforma penal: o processo de preparação e o debate público da reforma*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2008, p. 115).

dispendiosas para o aparelho punitivo que as penas principais, o que, se é exacto em muitos casos, não é sempre assim. Isto se atentarmos somente no custo *de per se* de cada pena, sendo evidente, todavia, que esses custos têm também de analisar-se em perspectiva mais ampla. Assim, uma pena de substituição não detentiva, p. ex., mesmo que possa ser mais cara em si, se cumprir as finalidades entre nós estabelecidas no art. 40.º, n.º 1⁽²³⁾, importa vantagens económicas em sede do que deriva de uma correcta ressocialização do condenado que não contacta com o meio prisional. Patrocinando um entendimento que, embora não negando o relevo de uma análise económica do Direito, a subordina à axiologia própria do nosso ramo de estudo, ponto é que as finalidades punitivas se alcancem, não é temerário afirmar que as penas de substituição representam, via de regra, mesmo do estrito prisma económico, um equilíbrio mais perfeito que as sanções principais.

Para além das condicionantes económicas, a estrutura político-ideológica é ainda relevante. Assim, uma feição mais comprometida com um Estado de Direito social, empenhado na solidariedade com o condenado e na sua reinserção social, é mais favorável ao tema sob escrutínio, ao invés de um puro Estado liberal e em que a concepção reinante seja, fundamentalmente, negativa em sede de prevenção geral e especial. Fruto de tudo isto e do modo de formação dos magistrados, a atitude destes em face das penas substitutivas é ainda um factor essencial na sua maior ou menor aplicação, o que funciona em relação estreita com a percepção que estes profissionais têm do que julgam ser o sentimento comunitário quanto a essas sanções. De tal modo que se a percepção dos juízes for de uma menor adesão comunitária, é natural que o número de penas de substituição também diminua.

(23) Qualquer referência a uma disposição legal sem indicação expressa do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o Código Penal.

III) CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1. Tendo em conta os objectivos que nos guiam, não procederemos a uma enunciação, mesmo que indicativa, dos vários factores que foram contribuindo, logo desde o seu surgimento, para a crise da pena de prisão. Porém, sob pena de não se compreender em pleno os movimentos abolicionistas, deixaremos algumas ideias sobre o tema, sempre a traço grosso.

Tal crise advém, de entre outros factores, como apontam, entre muitos, Luigi Daga⁽²⁴⁾, de uma relação muito mais complexa entre as polícias, os Tribunais e o sistema penitenciário, com uma renúncia a um «controlo *hard*» que entronca num discurso de minimização da intervenção criminal e que, em último termo, reforça a vertente preventiva do nosso ramo de Direito, em detrimento da sua feição repressiva, a que acresce, por via dessa pretendida menor intervenção, um aumento de núcleos aptos à privatização, ao reforço de mecanismos «extralegais» de solução conflitual⁽²⁵⁾. Note-se que essa crise é reconhecida pelas próprias religiões⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ «Problemi vecchi e nuovi in tema di crisi della pena», in: LUIGI DAGA, *Scritti e Discorsi (1980-1993)*, p. 355.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, pp. 357 e 359.

⁽²⁶⁾ Veja-se, a título de exemplo, a «Mensagem do Sumo Pontífice JOÃO PAULO II para o Jubileu nos Cárceres», em 9/7/2000, onde o Papa de então escrevia: «[o]s dados que estão à vista de todos dizem-nos que esta forma de punição geralmente consegue resolver só em parte o fenómeno da delinquência. Antes, em vários casos, os problemas que cria parecem maiores que aqueles que procura resolver. *Isto impõe um reexame tendo em vista uma possível revisão*» (itálicos no original). O mesmo Romano Pontífice afirmava expressamente a necessidade de reforçar as penas de substituição: «prevedendo inclusive um recurso maior a penas não detentivas.». Na mesma linha, o seu sucessor, BENTO XVI, no «Discurso aos participantes na 17.ª Conferência de Directores da Administração Penitenciária do Conselho da Europa», proferido em 22/11/2012, por seu turno, depois de lamentar a *pouca importância atribuída à execução das penas*, mesmo no domínio do nosso ramo de Direito, afiançava que «é necessário que nos empenhemos, em concreto, e não apenas como afirmação de princípio, a favor de uma efectiva reeducação da pessoa», lembrando que se o tempo de reclusão for de ressocialização, não é tal somente uma exigência da dignidade humana, mas também uma forma de protecção da sociedade, em face de futura reincidência. «É necessário que a função reeducativa da pena não seja considerada um

2. «Em breve talvez veremos abolida a pena de morte e porventura a pena de prisão, se a instrução se difundir, se os costumes se apurarem e os sentimentos de honra se tornarem vulgares. Esta pena então poderá ser substituída pelo sofrimento moral, ou pela perda de uma parte dos direitos políticos» (27). O vaticínio leva a data de 1888 e, quanto à prisão, assemelha-se, ainda hoje, a uma pia intenção. Intenção essa que, mais

aspecto acessório da pena do sistema criminal mas, ao invés, um seu momento culminante e qualificador.». Já o Papa FRANCISCO, em 21/6/2014, aquando da sua visita à «Piazzale della Casa circondariale di Castrovillari (Cosenza)», após citar o texto referido do seu antecessor, asseverou que «uma efectiva reinserção na sociedade» não é compatível com uma concepção da pena que a «degrade a um instrumento de simples punição e retorsão social, por seu turno prejudicial para o indivíduo e para a sociedade.». É de elementar Justiça salientar o trabalho empenhado que a Pastoral Penitenciária tem desempenhado no nosso país, bem como outras associações vinculadas ou não a qualquer crença religiosa. Trata-se, aliás, de uma tradição portuguesa, desde a criação, por Decreto n.º 21.175, de 28 de Abril de 1932, da «Associação do Patronato das Prisões», ligada ao Estado, com o objectivo de visita aos reclusos, mas também de «reforma moral» dos mesmos e apoio à sua reinserção social, uma vez findo o cumprimento da pena. Escrevia-se no preâmbulo daquele diploma: «[É] preciso muito mais, para se empreender a sério a obra da reeducação dos delinquentes; é preciso prestar-lhes, com espírito de continuidade e método, assistência material e moral — *sobretudo moral*. Quanto aos fins da Associação, dispunha o art. 4.º: «os fins da Associação são, de um modo geral, colaborar com o regime prisional na obra de *regeneração dos delinquentes*, assistir-lhes moral e materialmente durante a prisão, trabalhar para a sua reintegração na vida social, *ampará-los, quando livres*, em ordem a evitar a reincidência, e proteger as vítimas imediatas dos delitos, quando seja necessário». Mais: «[a] acção de patronato exercer-se-á pela *assistência moral* e material aos reclusos, durante *ou após a prisão*, e às suas famílias, quando delas careçam» — art. 19.º Mais tarde, na reorganização dos serviços prisionais promulgada pelo Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936, continuava-se a apostar na Associação do Patronato no «auxílio aos reclusos durante o internamento *e depois de postos em liberdade*» — art. 408.º (itálicos acrescidos). Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 40.878, de 24 de Novembro de 1956, concentrava a assistência prisional e pós-prisional na Direcção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP), ainda que se não dispensasse a colaboração privada. Surge, então, o Fundo de Fomento e Patronato Prisional. O Decreto-Lei n.º 268/81, de 16 de Setembro, coloca o então designado «Fundo de Fomento e Assistência Prisional» no âmbito da então DGSP (art. 36.º). Este diploma viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 125/2007, de 27 de Abril e, depois, pelo actualmente em vigor Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28 de Setembro.

(27) ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Estudos penitenciarios e criminaes*, Lisboa: Casa Portuguesa, 1888, p. 109.

tarde, em 1970, seria replicada na Alemanha: «[p]essoalmente, estou convencido que em algumas dezenas de anos, mas seguramente em um século, as nossas penas privativas de liberdade produzirão a mesma sensação que hoje experienciamos perante as sanções medievais» (28). Apesar de o século ainda não ter decorrido, não antevemos um diverso destino ao desejo de Baumann, que também asseverava que «a permanência das penas curtas de privação de liberdade é o maior erro que se pode cometer.» (29). Todavia, já se pode verificar, com Roxin (30), que «apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas hão-de tornar-se mais suaves».

É sobretudo em meados do séc. XIX que surgem os primeiros movimentos críticos à pena privativa de liberdade. Não ignoramos que de variiegados tipos são as classificações propostas quanto à crise da prisão, nem tão-pouco a circunstância de algumas delas se limitarem a factores (quase) estritamente jurídicos (31). Como enunciado na introdução, seremos incompletos neste ponto, somente com o intuito de ilustrar o surgimento dos movimentos abolicionistas.

2.1. Assim, se tivermos de eleger o factor que mais vem contribuindo para a perene crise da prisão enquanto reacção criminal, não temos dúvidas em apontar a sua excessiva utilização

(28) JÜRGEN BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?», in: AA. VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 11.

(29) JÜRGEN BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad...», p. 14.

(30) «Tem futuro o Direito Penal?», in: CLAUD ROXIN, *Estudos de Direito Penal*, Rio de Janeiro, etc.: Renovar, 2006, p. 17.

(31) É o caso, entre tantos, de KLAUS LÜDERSEN, *Il declino del Diritto Penale*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 70, que aponta: a) cariz não reconciliável entre ressocialização e reclusão; b) efeitos devastadores para a personalidade do condenado, em especial nas penas de mais longa duração; c) não estão provados os efeitos gerais-preventivos da pena de prisão, em especial quando ela é executada tendo em conta preocupações de reinserção social; d) o efeito de mera contenção do agente, no que diz respeito àqueles que pudessem comportar um potencial de perigosidade para a sociedade é considerado «infantil», i. e., de muito reduzidas dimensões.

e as consequências daí derivadas: o aumento do «movimento carcerário», o acréscimo exponencial (em países como os EUA: *mass imprisonment*) da população prisional (³²) — sendo exacto

(³²) Note-se que este país, representando apenas 5% da população mundial, detém 25% da população carcerária do planeta (DOUGLAS B. WEISS/DORIS L. MACKENZIE, «A global perspective on incarceration: how an international focus can help the United States reconsider its incarceration rates», in: *Victims and Offenders*, 5 (2010), p. 269). Acresce que, em 2007, apesar de 21,5% dos condenados estarem em condições de beneficiar de uma pena substitutiva, a prisão efectiva continuava a ser a sanção mais aplicada (JAMES M. BYRNE/SUSAN TURNER, «Reforming federal sentencing guidelines: a modest proposal», in: *Victims and Offenders*, 5 (2010), p. 225). Todavia, na última década, tem-se assistido a uma diminuição desta tendência, fruto de alguns factores: recuo das taxas de criminalidade dos delitos violentos e contra a propriedade; a crise financeira que afecta vários Estados faz com que se torne mais difícil manter os estabelecimentos prisionais (*idem*). A explicação para esta «liderança» dos EUA não contende com a circunstância de existir mais criminalidade naquele país, na medida em que tal só se verifica quanto aos delitos violentos e não de molde a justificar tão grande diferença. O mesmo se passa com os inquéritos de vitimação, os quais não demonstram grande diferença entre os EUA e outros países ocidentais (*ibidem*, pp. 271-272). A resposta parece estar no facto de o primeiro acreditar mais na prisão como sanção eficaz do que em outras democracias, onde a multa é a pena principal mais aplicada. Na verdade, nos EUA, no período entre 1995-2000, 7 em cada 10 condenados foram-no em qualquer tipo de pena privativa de liberdade, ao passo que em outros Estados do mesmo entorno cultural o valor ronda 1 em cada 10 (*ibidem*, pp. 274-275). Outros autores referem que a circunstância de mais de um terço dos agentes ser imigrante não dá aos juízes a necessária confiança de que as penas de substituição sejam efectivamente aplicadas, aumentando o receio de que os agentes se evadam dos EUA. Porém, esta hipótese é meramente parcial, porquanto, mesmo para os cidadãos norte-americanos, essas sanções são subaproveitadas, desde logo pela falta de confiança nelas que os juízes continuam a demonstrar. Veja-se que, entre 1997 e 2007, o número de condenados em pena efectiva de prisão aumentou de 75,4% para 85,3% e as penas substitutivas conheceram movimento inverso de 24,6% para 14,7%. Ainda que separando o grupo dos cidadãos norte-americanos, verificamos que a duração média da privação de liberdade era de 76 meses em 2009 (*ibidem*, pp. 225-226).

Para um conspecto das diferentes formas de lidar com o problema do aumento da criminalidade em dois Estados de tradições jurídicas distintas, veja-se GUNTHER ARZT, «Responses to the growth of crime in the United States and West Germany: a comparison of changes in Criminal Law and societal attitudes», in: *Cornell International Law Journal*, 12 (1979), pp. 43-64, propendendo o autor, genericamente, para o aumento dos poderes discricionários (vinculados) dos magistrados (judiciais e do MP), numa clara flexibilização do princípio da legalidade. A investigação empírica demonstra também que, na Alemanha, o aumento do âmbito das penas de substituição não tem conduzido a um aumento da taxa de reincidência, mas que a mesma se mantém em níveis idênticos ou inferiores, acentuando que medidas como o *Täter-Opfer-*

que se deve a Clemmer, em 1940, a construção do termo *prisonization* ⁽³³⁾, mais conexionado com a subcultura vivida nos estabelecimentos prisionais — e, convergindo no mesmo sentido, o *punitive turn*.

Assiste-se a um «apetite comunitário» ⁽³⁴⁾ pelo endurecimento das penas, também porque a generalidade das pessoas não entende ou considera que têm falhado os resultados práticos dos desideratos que se lhes vêm assinalando. Mas também em virtude do modo como o processo penal se acha estruturado e como os juízes são nomeados ou escolhidos. Não é, por certo, indiferente que, nos países do *common law*, os *public prosecutors*, ao serem dotados de legitimidade democrática directa, através de eleições, julguem muitas vezes interpretar o sentimento de quem os elegeram ao procurarem uma condenação a qualquer custo, desde logo na medida em que se tratam de verdadeiras «partes». Não é tanto a busca da verdade a bússola orientadora da sua intervenção, mas sim a manutenção da confiança dos eleitores, certo como é, ainda, que a carreira de *public prosecutor* é, amiúde, um trampolim para a política. Trampolim esse que admite a utilização de meios de prova de muito reduzida credibilidade, como são os de co-arguidos (sem corroboração) ou mesmo de companheiros de cela em regime de detenção que, a troco de uma redução da pena, depõem contra o arguido, em vários casos

Ausgleich (com correspondência à nossa mediação penal) gozam de ampla aceitação comunitária e satisfação dos intervenientes directos, assim como o uso de mecanismos como o previsto no § 153a da *Strafprozessordnung* (*StPO*: Código de Processo Penal alemão), similar à nossa suspensão provisória do processo, com a vantagem de obviar ao efeito estigmatizante que sempre existe na submissão de um feito a julgamento (GERHARD SPIESS, «Wenn nicht mehr wenn nicht härtere Strafen — was dann? Die Modernisierung des deutschen Sanktionensystems und die Befunde der Sanktions- und Rückfallforschung», in: *SozP*, 24, 1 (2013), pp. 87-117).

⁽³³⁾ Definido como o processo de assimilação em meio prisional onde os reclusos adoptam «em maior ou menor medida (...) as tradições, usos e costumes e a cultura geral do ambiente penitenciário.» (DONALD CLEMMER, *The prison community*, Boston: Christopher, 1940, p. 299).

⁽³⁴⁾ HASSEMER fala em «novo desejo de pena», *apud* KLAUS GÜNTHER, «Crítica da pena I», in: *Revista Direito Getúlio Vargas*, 2, 2 (2006), p. 189.

comprovadamente mentindo. A que acresce um juiz em regra passivo, mero árbitro, e um defensor, na maior parte dos casos desmotivado, porque mal pago, e um sistema que, mesmo em hipóteses de aplicação de pena capital, entende o recurso a provas de perfis de ADN, p. ex., como demasiado dispendiosas. Não é demais sublinhar, pois, que a *concreta urdidura processual* condiciona, de jeito inexorável, a maior ou menor punitividade do sistema. O que significa, em síntese apertada, que, em grande medida, é esse mesmo sistema que gera sentimentos de punitividade e concretas práticas punitivas mais ou menos exacerbadas. Um modelo pouco garantista para o arguido tende a ser mais punitivo *no seu interior*, o que acaba por se *repercutir na sociedade*, a qual apreende um aumento da punitividade que reflecte, reproduz e reclama. Na verdade, trata-se tão-só de uma mera aplicação dos *pressupostos sistémicos*, conhecido que é que o sistema penal e a sociedade se entrecruzam e mutuamente se condicionam.

2.2. Em segundo lugar, e relacionado com esta causa, aponta-se o fracasso das finalidades da prisão como outro dos factores da sua crise. A montante disso, para sermos rigorosos, é toda uma crise de legitimação da prisão («crise existencial»⁽³⁵⁾) que se coloca, para já não nos referirmos a que essa crise se alarga a todo o sistema penal. Bastará lembrar os movimentos abolicionistas e neo-abolicionistas, o *punitive turn*, o neo-retribucionismo⁽³⁶⁾, as tendências «privatizadoras» do nosso ramo de Direito para não nos assaltarem dúvidas quanto a este ponto. Relacionado com o que vem de dizer-se, é evidente que o próprio conteúdo da privação da liberdade — a sua utilidade ou não, digamos. Mais ainda, tendo da prisão uma concepção que passe, em maior ou menor medida, por um sentido de punição, sabe-se

⁽³⁵⁾ Nas palavras de LUIGI DAGA, «La crisi della pena detentiva», in: LUIGI DAGA, *Scritti e Discorsi (1980-1993)*, Roma: Ministero della Giustizia, 2008, p. 453.

⁽³⁶⁾ A que ANDREA BAIGUERA ALTIERI, «Il neo-retribuzionismo occidentale», in: *Diritto.it*, 2015 designa por «absurdo meta-normativo» do prisma da tradição jurídica europeia, ao menos continental.

que as várias instituições sociais como a escola e a família, p. ex., vivem idêntica crise de legitimação e de redução da «punição no âmbito das relações intersubjectivas», após uma rejeição de um modelo de tratamento e, até, de uma certa concepção de pedagogia, com o risco de a privação de liberdade, a final, se limitar a uma contenção do condenado fora do ambiente social⁽³⁷⁾.

De facto, em termos de prevenção especial, inexistem estudos metodologicamente sérios que provem que a prisão reduz a reincidência; ao invés, *quando comparados com indivíduos a quem se aplica uma pena de substituição, é usual encontrar-se uma mais alta taxa de reincidência nos sujeitos a privação de liberdade*⁽³⁸⁾. Estudos mais completos realizados por Kiliias/Villettaz e seus colaboradores apontam em idêntico sentido, embora também aqui se necessite de mais e melhores

⁽³⁷⁾ LUIGI DAGA, «La crisi della pena detentiva», pp. 455-457.

⁽³⁸⁾ KLAUS TIEDEMANN, «Estado y tendencias de la ciencia del Derecho Penal y de la Criminología en la República Federal de Alemania», in: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 4 (1980), pp. 325-326 refere-se a estudos do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* que mostram a ineficácia da prisão em termos de prevenção especial. Isto sem que o autor se lamente sobre a inexistência de estudos convincentes sobre os efeitos gerais e especiais-preventivos da privação de liberdade, em boa parte devido à impossibilidade de experimentação com humanos. Salientando este último ponto, GÜNTER TONDORF, «Der neue Lombrosianismus. Einführende Worte», p. 11, disponível em http://www.konfliktforscher.de/files/neuer_lombrosionismus_4.pdf, acessado em 5/6/2014. Décadas passadas, é DIETER DÖLLING *et al.*, «Zur generalpräventiven Abschreckungswirkung des Strafrechts — Befunde einer Metaanalyse», in: *SozP*, 17, 2 (2006), p. 195 que conclui que as meta-análises e as análises qualitativas têm produzido poucos efeitos quanto à eficácia geral-preventiva da pena, embora também se diga que os resultados mais ou menos encorajadores que se obtenham dependem em muito do método usado, sendo essencial prosseguir com os estudos. Por outro lado, como já desde BECCARIA se vem sublinhando, a Criminologia vem provando que esse efeito preventivo depende mais da probabilidade de o agente ser descoberto que da severidade punitiva (*ibidem*, p. 206). Vejam-se, ainda, a este propósito, as referências constantes de KLAUS SESSAR, «Os problemas que a Criminologia enfrenta face ao Direito Penal e à Política Criminal. Algumas considerações teóricas», in: CÂNDIDO DA AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto: U.Porto Editorial, 2012, p. 585.

investigações empíricas ⁽³⁹⁾. Acresce que investigar nesta área é dificultado pela circunstância de, habitualmente, o conjunto de indivíduos sujeitos a uma pena privativa de liberdade apresentar um potencial criminoso mais elevado, o que enviesava as amostras e a discussão dos resultados a que se chega. É ainda de sublinhar que, dois estudos de 2008, conduzidos por Byrne/Hummer, e por MacKenzie, em 2006, concluíram pela existência de menos incidentes aquando do cumprimento da pena nos condenados sujeitos a um qualquer tipo de «tratamento», o mesmo se passando já em liberdade. Ainda segundo Stemen e Wilson, entre outros, atendo-nos à realidade norte-americana, apenas 25% da diminuição da taxa de criminalidade está directamente conexcionada com o aumento da encarceração ⁽⁴⁰⁾.

Está, assim, divulgado o entendimento de que o meio prisional é somente uma contenção do indivíduo durante um certo lapso temporal, em que ele é segregado do convívio social sem que, após o cumprimento da pena, tenha ganho competências para não reincidir. A imagem da *prisão como um depósito deletério* ganha força ⁽⁴¹⁾. Não apenas se não adquirem competências, como se entra em contacto com uma subcultura prejudicial à interiorização dos valores do Direito. Como já observava

⁽³⁹⁾ MARTIN KILLIAS/PATRICE VILLETAZ, «The effects of custodial vs non-custodial sanctions on reoffending: lessons from a systematic review», in: *Psicothema*, 20, 1 (2008), pp. 29-34.

⁽⁴⁰⁾ Estudos de FARABEE e de STEMEN, citados em JAMES M. BYRNE/KARIN TUSINSKI MIOFSKY, «From preenty to reentry: an examination of the effectiveness of institutional and community-based sanctions», in: *Victims and Offenders*, 4 (2009), pp. 349-351.

⁽⁴¹⁾ Já FRANCESCO CARNELUTTI, *As misérias do processo penal*, São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 102 referia: «[a] penitenciária é, verdadeiramente, um hospital, cheio de enfermos de espírito, em lugar de enfermos de corpo e, algumas vezes, também do corpo; mas, que hospital tão singular! No hospital, antes de mais nada, o médico, quando se dá conta de que [o diagnóstico] é equivocad[o], corrige-[o] e rectifica a cura. Na penitenciária, pelo contrário, está proibido de actuar assim.». FRANCISCO BUENO ARÚS, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 347 refere estudos da ONU que provam que uma reclusão de 15 anos «destrói a personalidade».

Aschaffenburg⁽⁴²⁾, se no final do período de reclusão o condenado resiste a essa espécie de «contágio», então tal significa que o mesmo poderia bem ter passado esse tempo fora de tal ambiente. Donde, ao obterem-se os mesmos resultados, ter-se-ia poupado o agente ao convívio com tal meio, para além de outras vantagens como a manutenção dos laços familiares e sociais, da prestação de trabalho⁽⁴³⁾ e, até, do aforro pelo Estado.

Em uma palavra, a prevenção especial (de preferência de ressocialização) parece falhar redondamente e, como reflexo, também se não alcançam, em regra, resultados animadores em sede de prevenção geral. Sem referir os perniciosos efeitos da pena sobre a família e a rede social do recluso⁽⁴⁴⁾. Não obstante, uma das críticas que se dirige a esta última asserção consiste na insuficiência da medida em termos preventivos-gerais, somente analisada por via da taxa de reincidência. Haveria outras dimensões de respeito à norma a integrar uma equação avaliativa. Não nos convence esta linha de argumentação. Nesta matéria, temos de ser práticos e objectivos: a reincidência é sempre uma prova de falhanço da pena; simplesmente, tal não significa que, *por si só*, isso seja apto a pôr em causa a sanção. Caso contrário, o Direito Penal já teria deixado de existir há vários séculos. O que releva é que o sistema, após o falhanço, esteja dotado de mecanismos de reafirmação da norma.

Tais mecanismos passam, como se não ignora, pela máxima rapidez do julgamento do novo delito ainda compatível com as garantias de defesa, mas também por uma adequada forma de comunicação com a sociedade, para que ela continue a

⁽⁴²⁾ *Crime e repressão*, Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904, p. 257.

⁽⁴³⁾ Claro neste ponto, entre tantos, EDUARDO CORREIA, «Assistência prisional e post-prisional», in: *BFD*, suplem. XV, vol. I (1961), pp. 341-348, aludindo ainda com grande oportunidade às dificuldades após o cumprimento da sanção.

⁽⁴⁴⁾ Entre uma vastíssima bibliografia, cf. HEINZ MÜLLER-DIETZ, «Zur sog. “Drittwirkung” des Freiheitsentzugs», in: MANFRED HEINRICH *et al.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. FS für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin: De Gruyter, 2011, pp. 1159-1171.

confiar na validade normativa. A este propósito, sabemos existirem várias teorias quanto ao modo de efectivar essa mesma reafirmação. Acolhemo-nos à construção de Roxin⁽⁴⁵⁾, que refere um «efeito de pacificação» (*Befriedungseffekt*), definindo a prevenção de integração como «o efeito de pacificação do sentimento jurídico, a restauração da paz jurídica perturbada pelo crime e o aspecto que lhe permitiu manter a prevenção geral dentro dos limites da pena adequada à culpa».

2.3. A Psiquiatria e a Psicologia têm vindo a identificar específicas patologias derivadas da privação de liberdade, admitindo a sua danosidade para a saúde e os maiores riscos de contágio que representam quanto a variadas doenças. Não será por acaso que as «Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros» (*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*)⁽⁴⁶⁾, depois de admitirem *ex professo* o carácter aflitivo da privação de liberdade (regra 57) e de considerarem que o seu desiderato fundamental é a protecção da sociedade contra o crime (prevenção geral — regra 58) e que tal só é factível se o período de encarceramento for orientado para evitar a reincidência (prevenção especial — regras 58, 59 e 65), estipulam que o regime de prisão deve, na medida do possível, «minimizar todas as diferenças entre a vida na prisão e a vida em liberdade» (regra 60, n.º 1) e que «[o] tratamento dos reclusos deve enfatizar não a sua exclusão da comunidade, mas sim o facto de eles continuarem a fazer parte dela» (regra 61).

Não se poderia encontrar, claro está, pela própria natureza da matéria de que se ocupa o documento, uma referência expressa à preferência por sanções não detentivas, em especial

⁽⁴⁵⁾ No essencial, o pensamento acha-se descrito em CLAUD ROXIN, «Sentido e limites da pena estatal», 3.ª ed., Lisboa: Vega, 2004, pp. 26-32, auto-caracterizando a sua posição como «teoria unificadora dialéctica» (*ibidem*, pp. 43-45).

⁽⁴⁶⁾ Adoptadas pelo 1.º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos seus Agentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31/7/1957 e 2076 (LXII), de 13/5/1977 (disponíveis em <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>, consulta em 13/9/2010).

de curta duração. Todavia, sobretudo na última regra citada, surpreende-se um princípio geral conexo com uma *equivalência normativa* entre a prisão e as penas substitutivas.

IV) OS MOVIMENTOS ABOLICIONISTAS

A partir de cerca de 1980, muito por via do aumento da criminalidade que se fez sentir, o ideal de um certo tipo de tratamento penitenciário ⁽⁴⁷⁾, típico da década anterior, começou a ser questionado, surgindo uma «ideologia anti-penitenciária». Não é por isso de estranhar que, em Portugal, p. ex., para além de *a própria previsão de sanções substitutivas da prisão constituir uma admissão mais ou menos implícita das desvantagens político-criminais da privação de liberdade*, o legislador o referir de modo directo. Assim, o art. 3.º, n.º 5 do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) fala em «*consequências nocivas da privação de liberdade*» e em «*condições benéficas da vida em comunidade*» ⁽⁴⁸⁾. Demonstra, mais uma vez, a preferência por sanções não detentivas, como resulta do art. 70.º ⁽⁴⁹⁾, não apenas no que contende com a escolha da pena principal, mas também ao nível das penas de substituição.

À assinalada crise respondeu-se, de entre outras correntes de pensamento, por via do *abolicionismo*. Convirá, ainda que de jeito perfunctório, identificar as suas bases fundamentais e reflectir sobre as respectivas propostas. Fazemo-lo não no sentido de uma exposição exaustiva dos vários abolicionismos que existiram e, em alguma medida, ainda continuam a ter

⁽⁴⁷⁾ É de todos conhecida a plurissignificação da expressão e o aproveitamento ideológico-político que da mesma se tem feito — para uma abordagem, cf. MASSIMO PAVARINI (relator), *Il trattamento penitenziario*, disponível em <http://www.ristretti.it/>, acedido em 11/7/2014.

⁽⁴⁸⁾ Itálicos nossos.

⁽⁴⁹⁾ Qualquer referência a uma norma legal sem indicação expressa do diploma do qual promana deve entender-se por feita para o Código Penal.

defensores, mas sobretudo para aquilatarmos de algumas críticas que estes movimentos dirigiram ao sistema criminal como um todo — e, em particular, à prisão —, de forma a deles retirarmos ilações para o futuro.

Na verdade, é um dado que os movimentos abolicionistas têm contribuído, com os seus tão variados matizes, para colocar em evidência as insuficiências da pena privativa de liberdade e, de modo mais amplo, do sistema criminal. Do mesmo passo, com Bernardi⁽⁵⁰⁾, uma das vitórias do abolicionismo foi demonstrar que a reparação produz verdadeiros efeitos preventivos, assim como reforçar o papel do ofendido no processo criminal. Mais do que sublinhar o seu carácter utópico ou de «inspiração social-romântica»⁽⁵¹⁾, interessa-nos colocar em relevo o facto de se poder arvorar em uma *instância crítica do sistema*.

Afigura-se-nos hoje dominante a ideia de que a universalidade das sanções criminais e do nosso ramo de Direito nada mais é que um mito. Se qualquer sociedade, para continuar a sê-lo, não pode viver sem se dotar de normas e modos de as implementar, as primeiras não *têm necessariamente de ser jurídicas* e as segundas de *índole criminal*. Os sistemas de controlo social formal não têm, *ipso facto*, de ser penais. Mais ainda, *a pena é, amiudadas vezes, um mecanismo de domínio social*, mais que de auto-protecção e a sua defesa assenta, não raro, em uma racionalidade pressuposta, ou seja, aplica-se a pena por ela ser a forma mais adequada de responder ao delito, mas sem se cuidar,

⁽⁵⁰⁾ «La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas», in: *Cahiers de Défense Sociale* (2003), p. 89. Do mesmo autor, «consciente ou inconscientemente, (...) as ideias abolicionistas tendem a afirma-se *in terra hostile*, se não eliminando, pelo menos modificando o Direito Penal» (*ibidem*, p. 93). GONZALO QUINTERO OLIVARES, «El delincuente violento y la función de la pena de prisión», in: *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV* (2009), pp. 179-180 põe em destaque que uma das principais vantagens das correntes em texto porventura tenha sido a de demonstrar que a prisão, nos nossos dias, desempenha essencialmente uma função de contenção dos agentes e, por isso, acaba por ser um instrumento ao serviço do combate à perigosidade, apesar de mantermos a centralidade do juízo de culpa na matéria das penas.

⁽⁵¹⁾ CLAUS ROXIN, «Tem futuro o Direito Penal?», p. 3.

ab initio, de saber se ela é ou não, *de facto*, aquela que socialmente comporta mais vantagens ⁽⁵²⁾.

Ora, dizer isto não importa subscrever o abolicionismo, cujo primeiro aparecimento em reuniões científicas de alto nível ocorre com o 9.º Congresso de Criminologia (Viena, 1983) ⁽⁵³⁾. Referimo-nos ao surgimento mais moderno da corrente, uma vez que são antigas as suas raízes. De facto, a «Escola da Nova Defesa Social», até certo ponto, é precursora do abolicionismo, uma vez que defende a substituição das reacções criminais até aí típicas por *medidas sociais* destinadas à cura do condenado, como pretendiam, entre outros, Gramatica. Bem se sabe ter a Escola conhecido diversos matizes, bem menos ortodoxos que este e menos colados aos pressupostos positivistas. Todavia, na sua base, todo o movimento se alimentou da crença num sistema em que a ressocialização, se necessário, fosse forçada e muito centrada na importância da personalidade do delincente ⁽⁵⁴⁾.

Antes de mais, porém, teremos de nos entender sobre o

⁽⁵²⁾ Assim, entre tantos, SEBASTIAN SCHEERER, «¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?», in: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal — Criminología, Teoría y Praxis*, II, 2 (2002), pp. 159-161, citando a propósito estudos do antropólogo MALINOWSKI. Muito mais recuado no tempo, aludindo à tendência de as leis penais conservarem a ordem instituída, M. ANGELO VACCARO, *Génesis e função das leis penais*, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1914, p. 108. Central, neste ponto, é ainda MICHEL FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris: Gallimard, 1972, *passim*, mas em esp., pp. 110, ss., que, ao longo de toda esta obra demonstra como hospícios, hospitais e prisões foram sendo usados pelo pensamento e pelas classes sociais dominantes como instrumentos de controlo social, de «higienização» e, a breve trecho, de «domesticação» e imposição axiológica. A reclusão é apenas uma dessas faces, em especial através de uma burguesia ascendente, avessa ao multímodo e ao *alienus* e que liga a loucura e, em geral, a *déviance*, à «cultura da profanação» e do pecado (*ibidem*, p. 127)

⁽⁵³⁾ ELENA LARRAURI, «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista», in: *Poder y Control — Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social*, 3 (1987), p. 96.

⁽⁵⁴⁾ Entre tantos, cf. JOAQUIM VELUDO MENDES BELO, *A personalidade do delincente. Importância do seu estudo: antes, durante e depois da condenação*, sep. do 11.º vol. do *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, 1963, pp. 15-16.

que é, *rectius*, sobre o que são *os abolicionismos* ⁽⁵⁵⁾.

Para além da visão ressocializadora e garantista, o abolicionismo foi das grandes correntes político-criminais das últimas décadas, perfilhando valores de humanismo, radicalismo e utopia ⁽⁵⁶⁾, repousando em uma concepção fenomenológica do mundo, anti-positivista e em que o método de crítica permanente seria a forma mais perfeita de uma sucessiva aproximação à verdade ⁽⁵⁷⁾. A *função protectora do Direito Penal* é rejeitada como um dado *a priori* ⁽⁵⁸⁾. A principal crítica que este movimento dirige ao sistema contende com o seu cariz *top-down* e repressivo, estando identificados (Cohen) cinco passos para a sua desconstrução: «descarcerização» (afastamento das prisões), diversão (afastamento das instituições), «descategorização» (afastamento das tipologias de criminosos), «deslegalização» (afastamento do Estado) e «desprofissionalização» (afastamento dos especialistas) ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ Para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2.^a reimp., Buenos Aires: EDIAR, 1998, pp. 106-107, FOUCAULT, apesar de não em sentido próprio, deve ser visto também como partidários das correntes abolicionistas, desde logo pelo modo como descreve a apropriação do conflito penal pelos Estados, o que encontramos também em CHRISTIE.

⁽⁵⁶⁾ Utopia esta que, por vezes, regressa, qual «eterno retorno», como recentemente, na obra de JELDRIK LEON MITJA MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen — absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, na qual se defende que é possível um Direito Penal sem privação de liberdade, atentas as suas mais que conhecidas desvantagens, *maxime* através da sua substituição por sanções que importem uma prestação temporal de serviços a favor da comunidade (*Laufzeitleistungsstrafe*), assim se reforçando a sua feição pedagógico-simbólica, com redução do mal imposto ao agente, por via de um «equivalente funcional» mais humanista. Não deixa de ser mais um «credo» que uma obra suportada em dados empíricos.

⁽⁵⁷⁾ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, «De nuevo sobre el pensamiento abolicionista», n: *Cahiers de Défense Sociale* (2003), pp. 114-115.

⁽⁵⁸⁾ Muito claro, SEBASTIAN SCHEERER, «Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates», in: *Kriminologisches Journal*, 15 (1983), pp. 62-63.

⁽⁵⁹⁾ RENÉ VAN SWAANINGEN, «Abolition», in: EUGENE McLAUGHLIN/JOHN MUNCIE (eds.), *The SAGE — Dictionary of Criminology*, 3rd ed., Los Angeles/London, etc.: SAGE, 2013, p. 1.

O seu surgimento tem variados antecedentes que podemos sistematizar em crise de legitimação da prisão — a qual passa a ser vista como uma instituição que não recupera e, ao invés, contribui para a carreira criminosa — e os influxos da Criminologia Crítica ⁽⁶⁰⁾. Para nós, para além destas causas, entendemos que essas teses só fizeram curso em virtude de uma crença inabalável no *Welfare State* que tudo resolveria, inclusive criando alternativas totais ao Direito Penal. O mito da plenitude do Estado de Bem-Estar reflectiu-se, quanto a nós, em sede de Direito Criminal, nos movimentos abolicionistas. E é curioso notar que o momento em que se inicia a falência desse *Welfare State* não corresponde, ao menos de imediato, a uma falência do abolicionismo. Isto porque a verificação de que o Estado está dependente de limites económicos e políticos à intervenção social também pode ser interpretada no sentido de que os substitutos do Direito Penal estão em melhores condições de responder a estes dois níveis. Desde logo, em uma perspectiva económica, desde cedo prevaleceu a crença de que instrumentos distintos dos criminais são economicamente menos custosos, o que encerra um paradoxo de elevado alcance e que, muitas vezes, não corresponde à verdade. Com a vantagem de, em um discurso efficientista do *homo œconomicus* hodierno, estarmos perante uma racionalidade dentro do *esprit du temps*. Por outro lado, do

⁽⁶⁰⁾ Para uma sua caracterização, nomeadamente demonstrando as diferenças e continuidades entre os três domínios em que esta orientação criminológica se desenvolveu — *labeling approach*, etnometodologias e Criminologia radical, de base marxista — veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinvente e a sociedade criminógena*, 2.^a reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 41-62. Para o que nos importa mais de perto, a mudança radical da discursividade, no sentido de uma inflexão de análise do agente para a sociedade e, de modo mais preciso, para os instrumentos formais de controlo, coloca a pergunta da ressocialização — aliás em linha com os acontecimentos histórico-políticos coevos, em especial nos EUA — ao contrário, ou seja: é o delinvente que carece de ressocialização ou a própria sociedade que se não acha adaptada a novos padrões axiológicos? Onde, mais do que a preocupação que nas décadas anteriores do imediato pós-Guerra se notava em sede da reinserção que apelidaremos de «antropocêntrica», passa-se para uma outra de feição «sociocêntrica».

prisma da legitimidade política, associando-se a abolição do Direito Penal a mecanismos com mais ampla participação comunitária, assim se reforça a vertente de uma democracia quase directa, tida por muitos por preferível à participativa ⁽⁶¹⁾.

Julgamos que já ninguém hoje subscreve as teses mais radicais que propugnavam a pura e simples eliminação do Direito Penal enquanto mecanismo societal de controlo. Ao longo da evolução do movimento, duas linhas podem ser identificadas: aquela que desejava reformar as prisões tal como existiam (e existem), ou seja, uma crítica que apelidaremos de *intra-sistemática*, e uma outra que propendia para a sua completa substituição (*perspectiva extra-sistemática*) ⁽⁶²⁾ e, daí, para o fim do Direito Penal.

Autores havia, todavia, como Baratta, que se enquadravam em ambas, porquanto propendiam para a redução do Direito Penal a um mínimo indispensável, mas somente como via intermédia para o fim do nosso ramo de Direito, sujeitando-o a limites internos e externos. O autor aderiu a uma concepção próxima da de Christie, aludindo também ao «roubo dos conflitos» e advogando o regresso a uma «privatização» na sua resolução, com forte participação comunitária, defendendo que o Direito Penal dito «tradicional» causa muitos mais problemas que aqueles que resolve, sendo a prisão um meio em absoluto ineficaz para cumprir qualquer das finalidades que se lhe assinala: contenção, ressocialização, defesa de interesses individuais e supra-individuais elementares. O essencial, em consequência, estaria a montante,

⁽⁶¹⁾ E como de modo pertinente lembrou PALMA CARLOS, *Os novos aspectos do Direito Penal. (Ensaio sobre a organização dum Código e Defesa Social)*, Lisboa: ed. de autor, 1934, p. 33, a reforma da lei penal é tarefa de todos os democratas, citando ANDRÉ TOULEMON.

⁽⁶²⁾ Com esta classificação, a que acrescentamos uma designação da nossa lavra, ELENA LARRAURI, «Abolicionismo del Derecho Penal...», p. 98. EDUARDO DEMETRIO CRESPO, «De nuevo sobre el pensamiento abolicionista», p. 112 prefere distinguir um abolicionismo em sentido amplo e estrito, conforme, respectivamente, se propugne a substituição integral do sistema ou só de alguns dos seus institutos, como a pena de morte, p. ex.

na luta contra as causas do delito, em especial económico-sociais, *brevitatis causa*, em uma adequada *política de prevenção* (63). Representante da «Criminologia radical», Baratta considerava, como na actualidade o faz, entre outros, Louïc Wacquant, que a prisão tem sido ao longo da História um instrumento opressor de selecção social, uma vez que as classes mais desfavorecidas sempre estiveram sobre-representadas na população carcerária (64), aludindo Baratta a um «exército industrial de reserva», o qual nada mais seria que a «ponta do icebergue» do «sistema burguês» capitalista (65). Mais ainda, o autor defendia o fim da

(63) ALESSANDRO BARATTA, «Principios del Derecho Penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», in: ALESSANDRO BARATTA, *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 302-303 e 325-328.

(64) Dado que, infelizmente, não nos deve surpreender. Na sociedade com a actual estrutura económico-financeira, não é somente a taxa de encarceramento que afecta sobretudo os mais pobres, mas também a vitimização e o sentimento de insegurança, entre outras formas de medição da criminalidade, tomadas estas *em sentido lato* (veja-se, entre uma literatura abundante, *inter alia*, ANDERS NILSSON/FELIPE ESTRADA, «The inequality of victimization: trends in exposure to crime among rich and poor», in: *European Journal of Criminology*, 3, 4 (2006), pp. 387-412). Com interesse, ainda, reflectindo sobre o modo como historicamente a pena se foi organizando de modo distinto dos dois lados do Atlântico, aludindo a uma maior ligação da sanção criminal à violência nos EUA, que encontra na discriminação racial dos reclusos um seu importante afloramento, veja-se o artigo de JAMES Q. WHITMAN, «Comment expliquer la peine aux États-Unis?», in: *Archives de Politique Criminelle*, 27, 1 (2015), pp. 225-233.

(65) ALESSANDRO BARATTA, «Criminología crítica y política criminal alternativa», in: AA. VV., *Textos de apoio de Direito Penal*, t. II, t. II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 89-90. Donde, uma *radical non-intervention* que teve em EDWIN SCHUR um dos seus mais destacados defensores e que se cifrou, no domínio que aqui mais nos importa, em uma profunda crítica à ressocialização que, em seu entender, nada mais seria que uma técnica para promover os valores político-sociais reinantes em toda a população, assim se atingindo um controlo social formal que ultrapassaria um objectivo aparentemente humanista de recuperar um cidadão. A sua utilização por regimes totalitários ou autoritários foi um triste exemplo histórico dos dois lados da «Cortina de Ferro» (veja-se MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, «A reinserção social do delincente: utopia ou realidade», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delincente. Reinserção social?*, Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 81, aludindo ao uso de medicamentos e intervenções cirúrgicas como técnicas de «readaptação»). Dados recentes demonstram que, no Brasil, aos caucasianos é aplicada mais vezes uma pena de substituição do que à população de raça negra, o que confirma o defendido por WACQUANT e outros

prisão como instituição, comparando tal necessidade àquela que existiu na Psiquiatria aquando da defesa de uma menor institucionalização e de um tratamento preferencialmente em regime de ambulatório: os muros da prisão são comparados aos dos manicómios. Não será por acaso que Goffman⁽⁶⁶⁾ define uma «instituição total» como «um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos que se encontra na mesma situação está afastado da sociedade mais ampla durante um lapso temporal apreciável, em conjunto partilhando uma forma de vida fechada e formalmente administrada».

Também sabia Baratta que o modo de o conseguir só podia ser progressivo, sendo o aumento do número e do âmbito aplicativo das penas de substituição uma das fases, para além do incremento do uso da liberdade condicional e de outros incidentes de execução da pena, a par de um reforço dos mecanismos de flexibilização do cumprimento *intra muros*. Acrescia a necessidade — ainda hoje tão actual — da urgência de abrir a prisão à comunidade e de recluso e sociedade se reintegrarem mutuamente. Sublinhe-se, ainda, que o autor considerava que a época em que viveu convertera a ressocialização do condenado num «mito burguês», típico do entendimento enfileirado no

autores. Em 2011, foi aplicada prisão efectiva a 46,8% dos réus condenados e apenas 18,2% beneficiaram de algum tipo de reacção que aí se designa por «alternativa». Nesse ano, cerca de 58% dos condenados eram negros, contra cerca de 42% de brancos, sendo que quase 56% deles tinham baixo nível de escolaridade (desde o analfabetismo até ao ensino fundamental incompleto). Já nos juizados especiais, que tramitam processos de menor potencial ofensivo, a ordem é inversa, com 52,6% dos réus brancos e 46,2% negros. O problema não está, obviamente, nestas penas em si, mas em um sistema de profundas desigualdades sociais que se reproduz a vários níveis, não deixando de atingir, também, o sistema de Justiça como partícipe que é do sistema social em sentido amplo (cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÓMICA APLICADA, *A aplicação de penas e medidas alternativas*, Novembro de 2014, disponível em <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>, acedido em 7/6/2015). Já em finais do séc. XIX, a verificação constava em autores como ANTONIO MARRO, *Os encarcerados. Estudo psicológico*, Lisboa: Henrique Zeferino Editor, 1889, p. 12.

⁽⁶⁶⁾ *Asylums. Essay on the social situation of mental patients and other inmates*, reimpr., London: Penguin Books, 1991, p. 11.

movimento que ele representa de «docilização» do agente, propendendo para a «reeducação» alicerçada antes «em consciência e acção política dentro do movimento de classes.» (67). Assim, em Baratta, os direitos humanos funcionavam como *limite negativo* (interno) ao crescimento da criminalização e como *limite positivo* (externo) a que a concepção político-legislativa propendesse para algo próximo de um minimalismo penal (68). Esta visão mais extremada baseava-se em alguns pressupostos que Elena Larrauri sistematiza e que aqui comentaremos em extrema sùmula, em função dos objectivos a que nos propusemos (69).

Diz-se, antes de mais, que «a lei penal não é inerente às sociedades», tendo já existido outros modos de resolução dos conflitos entre os seres humanos que passavam, p. ex., pela lei civil. É para nós um facto que o Direito Penal e o crime — e aqui entramos em um outro argumento avançado pelos abolicionistas — não comportam uma *realidade ontológica*. O delito é, por certo, aquilo que uma sociedade histórico-espacialmente situada define como tal. Não está inscrito na *natura rerum* o que seja o crime e também não encontramos justificação racional para a defesa de um *conceito pré-jurídico de crime*. Todavia, a qualquer sociedade é já ínsito um sentimento de segurança, uma ânsia pela resolução dos conflitos entre os seus membros. Dentro desses conflitos, a comunidade entende claramente que existem alguns deles capazes de afectar interesses ou valores mais relevantes, porque neles assentam as bases fundantes dela própria. Ora, isso repercute-se naquilo que se designa por «ilicitude penal» e na sua progressiva autonomização face à «ilicitude civil». Ao «ser humano comum» pouco (ou nada) importa o percurso jurídico-dogmático dessa emancipação da ilicitude criminal, mas tão-só que existam soluções orientadas para a resolução de casos (*solution-oriented rules*). E que as mesmas se cifrem num

(67) ALESSANDRO BARATTA, «Criminología crítica...», pp. 95-96.

(68) ALESSANDRO BARATTA, «Principios del Derecho Penal mínimo...», pp. 299-300.

(69) Cf. ELENA LARRAURI, «Abolicionismo del Derecho Penal...», pp. 104-110.

quantum de danosidade para o ofensor capaz de traduzir essa mesma gravidade. Donde, se é exacto que a lei penal não tem de ser, necessariamente, o modo de resolver esses conflitos mais gravosos, também é um facto que tem sido, desde tempos imemoriais, a resposta da civilização humana. Tal resposta é vista em função do sancionamento aplicado, mais do que da concreta construção que lhe subjaz. Donde, nesta medida, as sanções (criminais) são sempre a face mais visível e desejada pela comunidade empenhada em reparar as consequências nefastas do ilícito. O que, a final, confere uma centralidade única à *teoria da sanção*, mesmo sobre a teoria do crime.

Se estes dois aspectos — a ausência de um conceito ôntico de crime e da lei penal — são facilmente defensáveis, em nosso juízo, o mesmo não ocorre já com a concepção segundo a qual «a lei penal trabalha com imagens falsas», ou seja, atribui mais valor às acções que às interacções. O *Direito Criminal do facto* não pode deixar de basear-se na concreta factualidade cometida, sob pena de não punir o que efectivamente aconteceu, mas sim aquilo que o agente é, com todo o cortejo de dificuldades filosóficas e de prática jurídica. Quando se centra no facto, nunca esquece a sua umbilical ligação à interacção do ser humano com os restantes indivíduos e com o meio que o circunda. Na verdade, inexistente qualquer crime — ao menos jurídico-constitucionalmente justificado — que se não baseie nessas relações: o ser humano, apenas e tão-só consigo próprio, não comete qualquer delito. Ainda que estejamos a pensar em bens jurídicos ditos «individuais», eles só relevam na medida em que tal individualidade seja socialmente relevante, donde, ponto é que perspectivada a acção típica em relação com um terceiro. No que tange à incapacidade de a lei penal responder a todas as solicitações do modo tido como mais perfeito, basta apontar que se trata de uma realização humana como tantas outras e que as propostas abolicionistas não provaram ainda um sucesso maior. Daqui se conclui que o «sistema» tal qual o conhecemos é *selectivo* e

limita-se, até certo ponto, a «[reproduzir] as relações capitalistas de produção, consumo e reprodução». Reconhecendo o fundamento da crítica, é um dado independente do modo de solução de algo na estrutura social, que a partir do momento em que se transmuta em forma comum, corre o risco de reproduzir as relações de força existentes na sociedade. Atente-se nas distintas experiências políticas vazadas em diferentes Códigos Penais (pense-se na codificação soviética, chinesa ou nacional-socialista alemã) e verifique-se que, independentemente da orientação de base, o modo comum de gerir os conflitos penais é — e será sempre — *um espelho da classe dirigente*, pelo elementar facto de ser ela quem detém a coacção, em último termo aquilo que pode obrigar ao cumprimento normativo.

Com razão se tem dito ⁽⁷⁰⁾ também que abolir o Direito Penal pode conduzir a um *net-widening*, porquanto os mecanismos mais informais podem considerar como realidade à qual se

⁽⁷⁰⁾ As críticas identificadas neste parágrafo — depois alvo de reflexão da nossa parte — foram recolhidas em ELENA LARRAURI, «Abolicionismo del Derecho Penal...», pp. 105-112. Interessante ainda a posição de PETER-ALEXIS ALBRECHT, «The functionalization of the victim in the criminal justice system», in: *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999/2000), pp. 91-107, ao começar por sublinhar que a entrada da vítima na discursividade penal corresponde, até certo ponto, a uma «moda» e que a sua noção, como se sabe, é rodeada de dificuldades. De acordo com jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG: Tribunal Constitucional Federal alemão) aí citada, ela é entendida na Alemanha como «uma pessoa que sofreu uma injustiça no modo como foi alvo de uma forma de força que qualquer pessoa pode identificar, nomeadamente um efeito de cariz físico» (p. 95). A distribuição de poder no seio das sociedades democráticas, repartindo-o entre o Estado e os particulares, avesso que era ao Estado de Direito liberal, é marca do Estado social pós-II Grande Guerra e marca indelevelmente este reforço do poder da vítima, associado a um processo de «informalização do Direito Penal» (p. 101). O autor é crítico quanto a uma aplicação que já à época tinha por excessiva do *Opportunitätsprinzip*, considerando que se está em face de uma «justiça penal em parte privatizada pelo Estado» (p. 106), falando no surgimento de «quase-autoridades» (*idem*), concluindo que «a privatização do Direito Penal é uma expressão das ideias preventivas em geral, com o resultado de que o controlo social é tido como aspecto basilar do delito» (*idem*). Em resumo, e no sentido do que se refere em texto, considera o penalista que esta privatização é apenas mais uma forma de existir mais Direito Criminal, bem se podendo apelidar este movimento de produtor de um efeito de *net-widening*, servindo a vítima como «instrumento para o objectivo político de incrementar a redução dos direitos civis» (p. 107).

aplica a reacção factos que, ao abrigo do Direito Criminal, o não seriam, exactamente por agora se lidar com instrumentos mais desformalizados e em que os limites interventivos são mais aptos a esbaterem-se. *Secondo*, não patrocínamos o entendimento de que a vítima é titular de um verdadeiro *direito subjectivo* à punição, mas sim de uma mera *expectativa juridicamente tutelada*, como defendemos já ⁽⁷¹⁾, ao invés do que pretendem algumas correntes vitimológicas. A discussão sobre se o Direito Penal é o fórum mais adequado à protecção do ofendido, ou se instrumentos de reparação, *maxime*, a mediação, serão aptos a uma sua total substituição, não contendem directamente com a nossa investigação e sobre tal já nos pronunciámos em outros locais ⁽⁷²⁾. Por fim, neste domínio, tem-se criticado a evanescência do conceito de «comunidade» que os abolicionistas patrocínamos, a qual substituiria os mecanismos formais de controlo como os Tribunais ou as polícias, sem se saber ao certo o que seria essa «comunidade» ⁽⁷³⁾, quem a constituiria, como se organizaria, que critérios usaria na selecção da conflitualidade penal... Um sem-número de questões que permanece por responder.

Afora este entendimento mais radical, o que se vai avançando é que o nosso ramo de Direito deve observar com redobrada vigilância a sua máxima mais importante: a de intervenção como tutela de *ultima ratio*. O que implica que, sempre que possível, ou seja, sempre que as finalidades subjacentes à punição, *hoc sensu*, o controlo do fenómeno criminal, estiver assegurado

⁽⁷¹⁾ Cf. o nosso «Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», in: *Revista do Ministério Público*, 117 (2009), pp. 96-100.

⁽⁷²⁾ *A mediação penal de adultos: um novo «paradigma» da justiça criminal? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 16-20 e «Justiça *prêt-à-porter*?...», pp. 120-126.

⁽⁷³⁾ Não obstante, embora no contexto de estabelecer as *guidelines* para a prevenção criminal, a ONU define a participação da comunidade como «o envolvimento da sociedade civil a um nível local» (ponto 5 da Resolução n.º 2002/13 do Conselho Económico e Social, de 24/7/2002 (disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/resolution_2002-13.pdf, acedida em 28/6/2014).

através de outros mecanismos, mesmo não penais, a solução passa por aí. Sublinhe-se que não nos dedicamos a esse estudo, pois o nosso objecto localiza-se sempre *dentro* das fronteiras do Direito Criminal. Todavia, a pulsão para ramos fora do domínio penal comporta, *per se*, um movimento de busca de outras soluções que não passem pela aplicação de penas principais. Quase se diria, sem grande exagero, que os movimentos abolicionistas, depois da influência de cultores das letras criminais como von Liszt e Bonneville de Marsangy, terão sido, na passada centúria, aqueles que porventura mais terão contribuído para um reforço do estudo das penas substitutivas. Tal não deixa de ser, ao menos na aparência, um *paradoxo*, porquanto a base desses movimentos, ainda que moderados, encara a «coisa penal» como algo a esconjurar. Contudo, o paradoxo é mais *aparente* que real, visto privilegiarmos as últimas orientações que se propõem trabalhar com e dentro do sistema penal.

Mathiesen foi um dos principais representantes de um abolicionismo tido por «extremo», de feição marxista, em que se propendia para o desmantelamento de todo o sistema penal, tido por última etapa de repressão de um sistema capitalista ⁽⁷⁴⁾. Para ele, a sociedade parte do princípio — que não questiona verdadeiramente — do efeito preventivo da prisão, apesar dos resultados muito débeis nesse sentido, a qual se converte em uma mensagem percebida pela comunidade, com o objectivo de criar hábitos de comportamento. ⁽⁷⁵⁾ A prisão não apenas não reabilitava, como «inabilitava», bem como não era solidária nem compensadora do agente do crime e do ofendido ⁽⁷⁶⁾. Donde, Mathiesen ⁽⁷⁷⁾ pressagiava que, em 2010, na Noruega, as prisões

⁽⁷⁴⁾ EDUARDO DEMETRIO CRESPO, «De nuevo sobre el pensamiento abolicionista», pp. 117-119. O autor é mesmo considerado como o «estratega do abolicionismo» (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas...*, p. 104). «O crime é endémico no capitalismo tardio» (THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Buenos Aires: EDIAR, 2003, p. 238).

⁽⁷⁵⁾ THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión...*, pp. 101, 111-112 e 116.

⁽⁷⁶⁾ THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión...*, pp. 100 e 231.

⁽⁷⁷⁾ *Juicio a la prisión...*, pp. 256-257 e 262.

seriam todas abolidas, devendo caminhar-se legislativamente para a descriminalização e despenalização, bem como para a compensação da vítima, sendo o autor muito cauteloso no que concerne às penas que estudamos, por achar que o efeito de *net-widening* é nelas considerável⁽⁷⁸⁾. O problema estaria, assim, a montante.

Tomemos por exemplo, agora, as investigações de Nils Christie. Para ele, o Direito Penal resumia-se a um modo de inflicção de dor através do qual se controlava o crime (uma *operação de higienização*). Os últimos séculos teriam sido despendidos numa certa amenização da terminologia criminal, de modo a tornar este ramo de Direito, ao menos na aparência, mais humano e menos comprometido com a dura realidade da *dor enquanto estratégia de controlo social*⁽⁷⁹⁾. Inexistiriam crimes, mas apenas *actos*⁽⁸⁰⁾.

Não se pode deixar de encarar esta abordagem sem nos perpassar um certo tom *naïf* da visão do autor. É um dado adquirido que toda a pena comporta — e tem de comportar — um *quantum* de sofrimento⁽⁸¹⁾. É da sua essência e, por estranho

⁽⁷⁸⁾ Embora, no apêndice à obra que vimos citando, tendo em conta estudos posteriores, reveja a sua posição, rejeitando, todavia, os avanços atinentes à vigilância electrónica (THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión...*, pp. 301-302). No sentido do texto, em Itália, ALESSANDRO BERNARDI, «La evolución de la política criminal italiana...», p. 86.

⁽⁷⁹⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2005, pp. 5-20.

⁽⁸⁰⁾ NILS CHRISTIE, «El delito no existe», in: AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 555. Reforço, portanto, do cariz «cultural, social e mental» do delito, que seria um «recurso natural ilimitado» (*ibidem*, p. 560).

⁽⁸¹⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, p. 52 estaria de novo contra o que se escreve, criticando a ideia da inevitabilidade da pena, a qual nada mais seria que a «neutralização da culpa», um processo pelo qual se assumiria que foi o criminoso a iniciar as «hostilidades» (*ibidem*, p. 54) e se reporia a lei de talião com uma roupagem mais moderna («um ano por um olho e três meses por um dente» — *ibidem*, p. 57). E veja-se que o que se refere em texto assim é ainda que se tenha das sanções a perspectiva de que elas restringem sempre uma concepção «proprietarista», típica do séc. XVIII, como se observa em DE PASTORET, *Des lois pénales*, t. I, Paris: Chez Buisson, Libraire, 1790, p. 49, em que se advogava que as penas privavam o condenado da

que isso possa parecer, trata-se de uma forma de controlo das taxas de criminalidade a níveis comunitariamente suportáveis da qual não podemos prescindir. Foucault demonstrou a indispensabilidade da pena privativa de liberdade («ela é a detestável solução da qual não se pode abrir mão»⁽⁸²⁾); Jescheck⁽⁸³⁾ entende-a como «a *ultima ratio* do sistema de penas, mas também a sua espinha dorsal». Mais recentemente, Davis⁽⁸⁴⁾ refere que a prisão se tornou em algo essencial ao nosso entendimento do próprio mundo, que ela está à nossa volta, de tal forma que já não questionamos a sua existência, por não imaginarmos uma existência sem ela.

Por outro lado, Christie critica o que apelida de «neoclassicismo» (o velho nasceria com Beccaria e teria no princípio da

propriedade da sua vida, corpo, liberdade, honra e fortuna.

⁽⁸²⁾ Permitimo-nos o discurso directo: «[o]n sait tous les inconvénients de la prison, et qu'elle est dangereuse quand elle n'est pas inutile. Et pourtant on ne «voit» pas par quoi la remplacer. Elle est la détestable solution, dont on ne saurait faire l'économie.» (*ibidem*, p. 268). Mesmo quando hoje, como tem sido posto em destaque por BYUNG-CHUL HAN, *A sociedade do cansaço*, Lisboa: Relógio D'Água, 2014, se não possa falar numa verdadeira «sociedade disciplinar» à maneira foucaultiana, na medida em que se assiste a um reforço da positividade e a um retrocesso de toda a ideia do que é negativo. O ser humano não aguenta ser confrontado com a dor e o sofrimento, construindo modos de fuga, ainda que esses se cifrem pela doença mental, considerada pelo autor como o traço mais saliente da nossa era, aí estando a depressão, o *burnout* e todo o cortejo de doenças do foro psiquiátrico a demonstrá-lo. Os sujeitos passam a ser «de produção» (p. 19), o que gera «deprimidos e frustrados», ao invés dos criminosos, tidos por representantes da anterior forma de organização social (p. 20). Tal não significa que não haja agora uma disciplina, porquanto as pessoas passaram da sociedade disciplinar à de produção em um *continuum* e adquiriram os hábitos da primeira, com a «vantagem» de desejarem superar-se, o que parece apresentar ganhos em sede de economia neoliberal — é o domínio do *animal laborans* (p. 22) que aparentemente é mais livre, mas tal liberdade é aparente: a coacção deixa de ser hetero-determinada para ser auto-imposta pelo aumento da produção e pela imperatividade em responder aquilo que se espera de cada um de nós — mais trabalho, mais produção, um sujeito cada vez mais «útil» ao tecido social. Estamos, assim, perante uma liberdade paradoxal e não real (p. 23).

⁽⁸³⁾ «Nueva dogmática y política criminal en perspectiva comparada», in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, XXXIX, I (1986), p. 27.

⁽⁸⁴⁾ ANGELA Y. DAVIS, *Eine Gesellschaft ohne Gefängnisse? Der gefängnisindustrielle Komplex der USA*, Berlin: Schwarzerfreitag Publishing Andreas Freitag, 2004, p. 24.

legalidade um esteio fundador), *maxime* na Escandinávia, a que corresponde, *cum grano salis*, a prevenção geral (de pendor negativo), entendida como instrumentalização do ser humano e como modelo oposto ao do tratamento (prevenção especial) ⁽⁸⁵⁾. A perspectiva de que partimos reclama-se da prevenção geral positiva e, no concreto processo de determinação da medida da pena engloba esta e as finalidades especiais-preventivas (de preferência também de sinal positivo), o que permite encarar estas críticas como redutoras a uma pequena parte da legitimação penal ao nível da imposição de sanções criminais.

Que nos propõe, então, Christie? A diminuição da dor por intermédio de uma «justiça participativa» (*conflict participation*) ⁽⁸⁶⁾, em que o essencial seria o processo de administração da justiça e não o seu *output* (justiça orientada para o *processo* e não para o resultado), assente na centralidade da «justiça compensatória», em que a verdadeira sanção seria a indemnização ou mecanismo jurídico análogo. Tudo em linha com a concepção de que o Estado, ao longo da História do Direito Penal, tem vindo a *roubar o conflito* aos particulares e a tornar as vítimas em duplamente lesadas: perante o facto e perante o sistema ⁽⁸⁷⁾. Todavia, o autor não deixa de defender uma intervenção do Estado nessa mesma regulamentação, apercebendo-se então da contradição em que incorre. Sobre ela, a sua proposta é

⁽⁸⁵⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, pp. 29-47.

⁽⁸⁶⁾ De notar que o reforço de «valores locais», tido por CHRISTIE (*Au bout de nos peines*, p. 121) como uma das principais vantagens da «justiça participativa», não deixa de colocar problemas e desafios a um Direito Penal que se pretende aplicável a toda uma comunidade erigida em Estado. Um último ponto: o autor distingue o *conflict management* do *conflict handling* e da *conflict participation* (*ibidem*, p. 102). Bem vistas as coisas, entendemos as expressões mais como rótulos que como densificadores de realidades *a se*. Tomemos as penas de substituição como mostração: elas são, ao mesmo tempo, uma forma de resolver um conflito penal, lidando com ele (*handling*) ainda dentro do sistema mas através de outras formas julgadas comunitariamente preferíveis e, na medida em que o processo penal o previr, acedendo a vítima à participação possível e desejável nessa solução.

⁽⁸⁷⁾ Sobre os *conflicts as property* e o «roubo dos conflitos», remete-se, entre muitos, para o nosso *A mediação penal de adultos...*, pp. 21-23.

minimalista: «que o Estado seja o mais pequeno possível»⁽⁸⁸⁾.

Não convencem as contracríticas antecipadas por Christie⁽⁸⁹⁾: a punitividade da vítima está indemonstrada; há crimes impassíveis de compensação e este mecanismo exigiria, do mesmo modo, a existência de peritos, assim se perpetuando o «roubo dos conflitos» por profissionais. Igualmente, a concepção de base ético-retributiva surge como contraditória com os objectivos perseguidos⁽⁹⁰⁾.

Louk Hulsman⁽⁹¹⁾, outro dos grandes autores em matéria de abolicionismo, patrocinando muitas das teses de Christie, acaba por ter um pensamento próprio. O criminólogo holandês entende que o desenvolvimento do Direito Criminal foi afastando o agente do próprio delito e da vítima, na medida em que este ramo de Direito como que petrifica o acontecimento num dado espaço e num certo tempo, procurando determinar quem foi por ele responsável. A culpa sempre assumiu, nesta construção, um papel central. Ora, face aos efeitos negativos deste modo de lidar com o conflito penal — que advém da centralização do poder numa entidade estadual, em especial os efeitos desfavoráveis das respectivas penas —, Hulsman realça que a circunstância de a maior parte da criminalidade efectivamente ocorrida não ser conhecida das instâncias formais de controlo demonstra que, de facto, são as alternativas ao Direito Penal aquelas que representam a regra e a administração da justiça criminal a excepção. O termo «crime» é evitado pelo autor e substituído pelo de «*situação-problema*» ou «*facto indesejável*», aparecendo uma efectiva solidariedade entre as «partes» em litígio como a respectiva solução (a que acresce outra solidariedade com a própria cidadania e com os funcionários do sistema de justiça), num

⁽⁸⁸⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, p. 124.

⁽⁸⁹⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, pp. 104-107.

⁽⁹⁰⁾ NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, p. 114.

⁽⁹¹⁾ Entre inúmeros textos do autor, veja-se a síntese enxuta em *Alternativas a la justicia penal*, disponível em http://www.alfonsozamorano.com/louk_hulsman/hulsman.htm, acedido em 19/7/2013.

modelo conciliatório que Hulsman entende concretizável, tanto mais que defende a abolição do sistema penal e uma «desinstitucionalização do Estado»⁽⁹²⁾.

As críticas a que os ramos substantivo e adjetivo a que nos dedicamos conhecem só podem ser ultrapassadas por uma visão comunitária do delito, em que na solução do mesmo exista uma expressa participação da sociedade e não somente — ou não de todo — de profissionais, neste ponto concordando Hulsman com o diagnóstico do «roubo de conflitos». Acresce que, para autor, o recuo do Penal deve fazer-se à custa da maior importância atribuída ao Direito Civil, apontando o pedido de indemnização civil como uma via com maior êxito no que diz respeito a acautelar os interesses das vítimas. Esquece, todavia, que o «princípio da adesão» é um dado adquirido nos países de tradição continental europeia e que a responsabilidade civil e criminal têm fontes, objectivos e formas de reacção distintos⁽⁹³⁾, parecendo caminhar para uma espécie de «pancivivilização» de todo

⁽⁹²⁾ ALI LASSER, «Peines perdues. Le système pénal en question, de Louk Hulsman», disponível em <http://www.defensesociale.org/revista2003/11.pdf>, acessado em 28/9/2013, pp. 172-175. Ainda, ADOLFO CERETTI, «A homage to Louk Hulsman», in: *Cahiers de Défense Sociale* (2003), pp. 50-51.

⁽⁹³⁾ Ainda hoje é essencial a dissertação de doutoramento de JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*, Coimbra: Almedina, 1978. Depois, sobre o mesmo tema, do autor, sucessivamente, «O processo de adesão segundo o novo Código de Processo Penal: reflexões muito breves», sep. de *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, in: *BFD*, 1986, e «Ainda a indemnização do lesado por crime», in: AA. VV., *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 393-417. Já F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal portuguez*, vols. I e II, Lisboa: Typographia Universal, 1856, p. 198 ensinava que do facto criminoso «nascem dos malefícios, para os seus autores, duas obrigações, uma *ad poenam*, como *direito da sociedade*, e outra *ad damnum resarciendum*, como *direito da parte offendida*». Porque bastante recente, veja-se o aresto do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) 3 ARs 29/14, de 5/3/2015, recenseado na *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, 16, 5 (2015), pp. 203-204, no qual se decidiu que a situação económica do agente deve ser tida em conta na determinação do *quantum* indemnizatório a atribuir ao ofendido, não sendo necessário ter em linha de consideração essa mesma situação, mas do prisma da vítima.

o Direito, muito a par de uma tendência de «fuga para o Direito Privado» que se vai assinalando ao Direito Penal⁽⁹⁴⁾.

Ferrajoli⁽⁹⁵⁾, o *caput scholæ* do *garantismo* e do «Direito Penal mínimo», *modalidades modernas de abolicionismo*, é defensor de uma ainda maior limitação da pena de prisão aos delitos mais graves, dando como exemplo os crimes contra «a vida, a integridade física e semelhantes» e propendendo para uma duração máxima de 15 a 20 anos⁽⁹⁶⁾. A prisão é encarada como uma instituição antiliberal, mais perniciososa que vantajosa, onde as aflições físicas e morais em muito ultrapassam aquelas que resultam do próprio conteúdo da sanção principal. Propõe o autor que ela deixe de ocupar a actual centralidade no sistema, em favor de um reforço das penas de substituição e até mesmo da transformação de algumas sanções (hoje, pelo menos entre nós, fundamentalmente, penas acessórias) em reacções principais, como a interdição de direitos⁽⁹⁷⁾ ou o regime de prova (esta, hoje, em Portugal, modalidade de uma das penas substitutivas)⁽⁹⁸⁾. Por outro lado, defende a descriminalização dos delitos somente puníveis com pena de multa (é conhecida a frontal discordância do autor quanto a esta sanção principal, tida como instrumento de desigualdade⁽⁹⁹⁾), excepto se houver vantagens

(94) Claro, entre tantos, EMILIO DOLCINI, «Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente», in: *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, II-III (2005), p. 76.

(95) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9.^a ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 45.

(96) LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», in: *Julgar*, número especial (2008), pp. 61-62.

(97) Tão criticadas por BENTHAM (*The rationale of punishment*, London: Robert Heward, 1830, pp. 149-154), que só via a vantagem de consagrar a proibição de aproximação do condenado do ofendido nas hipóteses em que a presença do primeiro pudesse pôr em causa a vítima, o que seria adequado em crimes contra a integridade física e contra a honra.

(98) LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», pp. 61-63.

(99) O que é potenciado pelo incompreensível aumento do valor mínimo da sua taxa diária, após a reforma de 2007 do CP, em que o mesmo subiu 500%. Bastará atentar em países mais ricos que Portugal, como p. ex., na Áustria, onde esse valor é de 4 € (§ 19, Abs 2, do *Strafgesetzbuch – StGB*: Código Penal alemão) daquele Estado).

político-criminais em transformá-los em crimes de perigo ⁽¹⁰⁰⁾.

Toda a justificação da intervenção penal faz-se em nome das garantias, tidas como a protecção dos direitos subjectivos dos cidadãos em variados ramos do Direito e, mais do que isso, alçando-se o garantismo a doutrina filosófica e política. O nosso ramo de Direito visa a diminuição da quantidade e qualidade da violência existente na sociedade, mas também da violência com que o sistema reage a esse estímulo ⁽¹⁰¹⁾. A legitimação interna e externa do Direito Penal, em particular, reside na lei do mais fraco, ou seja, na criação de condições efectivas para que aquele que, em dado momento processual, ocupa uma posição mais débil, possa exercitar todas as garantias que as leis substantiva e adjectiva lhe concedem (no primeiro domínio, com especial relevo, a legalidade ⁽¹⁰²⁾, a culpa, a ofensividade, a proporcionalidade). Não é tanto a prevenção de futuros delitos, mas a defesa em relação àquele específico crime. Donde, se bem vemos, o garantismo ferrajoliano — de que o «Direito Penal mínimo» é apenas um sinónimo ⁽¹⁰³⁾ — é das teorias justificadoras do crime

⁽¹⁰⁰⁾ LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», p. 60.

⁽¹⁰¹⁾ LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», p. 53.

⁽¹⁰²⁾ O autor defende uma «reserva reforçada de Código», no sentido em que as leis penais devem estar todas incluídas nos Códigos e não em legislação extravagante, visto que esta seria a forma de concretizar dois objectivos: exigir uma maioria qualificada para a sua aprovação e fazer com que o legislador mais facilmente se confrontasse com a necessidade de verificar da compatibilidade dessas novas regras jurídicas com a arquitectura global do sistema — LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», pp. 63-64 — (coerência e até certeza sistémica, acrescentamos nós). Manifestamos o nosso acordo com tal posição, embora em Portugal a questão da maioria exigida e da reserva de lei formal estar assegurada em qualquer das duas vias: legislação codificada ou avulsa — cf. o art. 165.º, n.º 1, al. c) da Constituição. A questão da coerência intra-sistémica é da maior relevância, embora também sejamos sensíveis à evidência de que a codificação de todas as matérias com reflexo criminal tornaria o CP impraticável.

⁽¹⁰³⁾ LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», p. 52. E também, se não erramos, concepções como as de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas...*, pp. 111-112, de acordo com a qual o Direito Penal deve mesmo ampliar o seu campo de aplicação sempre que «a [sua] intervenção seja menos violenta que as outras formas ou modelos efectivamente disponíveis de decisão dos conflitos» nada mais for que uma diversa maneira de colocar o problema e uma proclamação da

mais orientadas para o *presente*. Se o desiderato é assegurar as garantias, percebe-se que tal só se possa fazer por referência ao núcleo mais pequeno possível de bens jurídicos, o que importa um cuidado trabalho de escolha daqueles sem os quais, *de facto*, a sociedade humana não pode subsistir. O garantismo apresenta-se como um baluarte do liberalismo e como absolutamente contrário à «panpenalização».

Ferrajoli⁽¹⁰⁴⁾ entende que a falácia de todas as demais construções tem sido a de procurarem uma legitimação para o Direito Penal baseada em dados *a priori*, o que o transformaria em *ideologia*. Estar-se-ia convencido de que esse ramo de Direito servia para determinado fim e com esses olhos se enfrentariam as normas jurídico-criminais, em um juízo, por isso mesmo, já enviesado. Ao invés, o garantismo basear-se-ia em uma legitimação *a posteriori*: «um determinado Direito Penal justifica-se apenas se e na medida em que forem satisfeitas as garantias que o compõem». Donde, o autor parte de uma *perspectiva utilitarista* e que vê na minimização da intervenção do nosso ramo de Direito um modo de impedir a vingança ou, ao menos, de obviar a que outras reacções ainda mais limitadoras de direitos fundamentais ganhem espaço⁽¹⁰⁵⁾. Se é verdade que, assim encarada, a legitimação é orientada para os resultados, a pergunta surge: mas como foram elaboradas essas mesmas garantias? Com base em que princípios foram elas construídas? Por outras palavras, quando se asseguram garantias, elas têm de obedecer a um plano, a um conjunto de finalidades do sistema a que só se acede quando elas são a concretização de uma ideia mais ampla para a totalidade da intervenção criminal. Ora, se assim é, então não se nos afigura exacto considerar que a legitimação penal é sempre um *posterius*. Pelo contrário, mesmo monitorizando o

subsidiariedade da intervenção criminal.

⁽¹⁰⁴⁾ «Garantismo e Direito Penal», p. 54.

⁽¹⁰⁵⁾ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas...*, p. 100. Donde, «o Direito Penal mínimo seria (...) a lei do mais fraco. A pena justificar-se-ia como um mal menor» (*idem*).

Direito Criminal em função dos resultados por ele alcançados e das garantias por si asseguradas, as mesmas só existem se enquadradas em considerações político-criminais, as quais, por sua vez, receberam o influxo de ideologias, filosofias e concepções éticas de base. Inexiste Direito Penal sem bases político-criminais.

Tem-se escrito que Ferrajoli rechaça o mundo do empirismo como comprovativo da eficácia da lei penal ⁽¹⁰⁶⁾, todavia, não a temos por uma crítica acertada, dado que o autor já escreveu que, «[c]omo teoria jurídica, o garantismo é (...) uma teoria *empírica* e também normativa» ⁽¹⁰⁷⁾. Manifesta-se contra o tradicional abolicionismo que intentava terminar com o Direito Penal, afirmando que tal conduziria ou a uma anarquia punitiva ou a uma sociedade disciplinante. Acrescentamos nós, correr-se-ia o risco de caminhar ou para um «modelo de sociedade de vigilância permanente» ou para um «modelo autoritário». Onde, a proposta de «Direito Penal mínimo» de Ferrajoli, ao invés daquilo que o mesmo denomina por «utopias regressivas», as quais liga ao «estado da natureza» hobbesiano ⁽¹⁰⁸⁾.

A alguns autores parece insuficiente a justificação da intervenção penal para evitar vinganças privadas, pondo mesmo em causa a maior violência operada pelo processo de centralização e estadualização do *ius imperium* que aquele resultante do período da *compositio* ou mesmo da *Blutrache*. Do mesmo passo se nega que um sistema penal possa construir-se com base naquilo que designa de «mito da prevenção geral», tida como uma teoria que, de um prisma empírico, nem se deixa confirmar nem infirmar, o que a torna quase perfeita, de modo paradoxal, na fundamentação criminal.

Questiona, então, oportunamente, Elena Larrauri: assente que é a indemonstrabilidade empírica preventiva-geral,

⁽¹⁰⁶⁾ ELENA LARRAURI, «Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo», in: *ADPCP*, L (1997), pp. 135-141.

⁽¹⁰⁷⁾ LUIGI FERRAJOLI, «Garantismo e Direito Penal», p. 57. Itálicos nossos.

⁽¹⁰⁸⁾ ELENA LARRAURI, «Criminologia crítica...», pp. 141-142.

porque continuam os sistemas a basear-se nela? Por quatro razões essenciais: o núcleo desta teoria é o de que os comportamentos humanos são modificáveis através de estímulos exteriores e o mal da pena, o sofrimento que ela implica, pode bem ser esse fundamento. Todavia, em segundo lugar, curiosamente, sempre que pensamos no motivo pelo qual não cometemos delitos, associamo-lo a considerações éticas e/ou morais que tal nos impedem, mas consideramos que «eles», os criminosos, são influenciáveis pelo medo. Acresce que tendemos a repetir o modelo educativo que tivemos em grande parte da nossa vida, de jeito que o castigo paterno se associa ao castigo pelo Estado, esquecendo-se que a visão estatal paternalista ⁽¹⁰⁹⁾ comporta muito mais desvantagens que vantagens e olvida que o cumprimento das prescrições paternas se baseava no receio de perder os seus laços de afecto, o que inexistia quanto ao Estado, corporização do todo social. Por fim, aquilo que se designa por «prova contrafáctica»: o que faríamos se não existisse o Direito Penal? De novo, aqui, somos confrontados com um momento de introspecção e cremos que, de igual modo, nos afastaríamos da prática delitual ainda que inexistisse o nosso ramo de Direito ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Tendência hoje actual no nosso ramo de Direito, o que pode levar à inconstitucionalidade material de certas incriminações, pela impossibilidade de se divisar um verdadeiro bem jurídico — cf. BERND SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2008), disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77884/101739>, acessado em 12/9/2013, p. 17. Um exemplo eloquente na actual realidade portuguesa encontra-se nas tentativas de o anterior Governo criminalizar o «enriquecimento ilícito», objecto de pronúncia de inconstitucionalidade material, entre o mais, exactamente devido à impossibilidade de divisar um claro bem jurídico, para além da violação do mandato de determinabilidade penal e da inversão do ónus da prova. O Tribunal Constitucional, no seu ac. n.º 377/2015, de 27/7/2015, Proc. n.º 658/2015, MARIA LÚCIA AMARAL, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acessado no mesmo dia da prolação, julgou violados os artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, e 32.º, n.º 2 da CRP.

⁽¹¹⁰⁾ ELENA LARRAURI, «Criminologia crítica...», pp. 146-159.