

# Os direitos humanos no direito penal reintegrador: a afirmação do direito penitenciário<sup>1</sup>

Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>2</sup>

*Prender é fácil,  
mas reeducar e reinserir é muito difícil.*<sup>3</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Fundamentos da prisão. O encontro com os direitos humanos; 3. O princípio da necessidade e da utilidade: uma nova Prisão; 4. A queda da utopia; 5. Alguns apontamentos finais.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Prisão. Direito penitenciário. Princípios. Política Criminal.

## 1. Introdução

1. A viagem ao Direito humanitário penitenciário é um desafio atemorizado e respeitoso perante os dogmas positivistas de negação do ser com que muitos olham o recluso, pessoa não detentora de direitos pes-

---

1 Conferência proferida na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo no ato de assinatura de Protocolo de Cooperação entre a Escola de Administração Penitenciária e a Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Investigação financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do projecto (PTDC/CPO/64365/2006).

2 Diretor do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal – ISCPSI. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e Professor da Universidade Autónoma de Lisboa e do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

3 Frase do autor.

soais como os demais cidadãos, e a prisão, método adequado a afastar os indivíduos perigosos do seio da comunidade humana, e o humanismo que deve orientar a nossa posição quanto à solução mais adequada possível em um mundo de mutabilidade constante. Este confronto dialéctico é um dilema diário e um grande desafio para encontrar linhas de equilíbrio entre o desejado em abstracto pela comunidade e o desejado em concreto na prossecução da realização da justiça. Os dois pólos não se encontram na nascente, mas tão só na foz: decisão jurisdicional de condenação ou de absolvição do suspeito da prática de um crime.

Esta busca de equilíbrio entre um Direito penal securitário, ou mesmo belicista ou do inimigo<sup>4</sup>, e o garantismo imbuído de humanismo dos penalistas defensores da afirmação dos Direitos humanos através do Direito penal integrador ou reintegrador é uma viagem de conquista de cada minuto de afirmação dos seres humanos. Não podemos proclamar qualquer Direito penal na nova ordem mundial, designada por muitos de ordem jurisdicional, sem que se respeitem os primados valorativos históricos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): *v. g.*, «o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade»<sup>5</sup>.

A despersonalização da pessoa humana e a respectiva coisificação em prol da defesa absoluta inequívoca do Estado e do colectivo e a mistificação de que os criminosos são indivíduos perigosos não merecedores de serem tratados como cidadãos dotados de direitos e liberdades, foram dois pensamentos delatores da humanidade: conduziu o homem ao positivismo puro e à negação do ser humano nos Estados de direito formal e inseriu na ordem interna de cada Estado sistemas jurídico-políticos detractores da personalidade humana<sup>6</sup> – *v. g.*, , segurança nacional, nazismo, fascismo, estalinismo.

4 Quanto ao direito penal do inimigo e ao desenvolvimento da teoria do sistema integral penal do inimigo, MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O «Progresso ao Retrocesso»*, São Paulo: Almedina Brasil, Lda., 2010.

5 Cfr. Preâmbulo da DUDH.

6 GUSTAV RADBRUCH, que era positivista até ao surgimento do nacional-socialismo, após 1945, defendeu que o positivismo «deixou “tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas”». Cfr. ROBERT ALEXY, *Conceito e Validade do Direito*, (Tradução de GERCÉLIA BATISTA DE OLIVEIRA MENDES), São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 55.

Não obstante este nosso desabafo alerto-vos para não esperarem grandes novidades, nem grandes soluções deste mortal desconhecido, nem esperem qualquer solução. Esperem as dúvidas que nos açambarcam desde os primeiros dias em que nos dedicamos ao estudo do crime e das reacções jurídico-criminais e sociais ao seu «filho pródigo»: consequências jurídicas e respectiva execução. Desde já podemos-vos garantir e defender que os Direitos Humanos não se esgotam no quadro da legislação jurídico-criminal nem nas fases de persecução e julgamento criminal. Nestes quadros, muitos penalistas<sup>7</sup> têm sido uma voz forte e crítica na defesa dos Direitos Humanos como materialização de um Direito penal material e processual garantista e humanista.

Um Direito penal que assenta em um equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos e a defesa do delinquentes face ao Direito de punir do Estado e colhe como fim das sanções jurídico-criminais a reintegração do delinquentes – prevenção especial positiva – não pode continuar olhar para a terceira parte jurisdicional de intervenção penal como o ente pobre do sistema penal integral. A valência do Direito penitenciário como pressuposto essencial da e na reintegração do ser humano é, hoje, um desafio de todos os Estados de Direito e democrático material e social.

2. Sufragamos a constatação de NIEVES SANZ MULAS: muitos de nós, hoje aqui sentados, pensamos que *o encarceramento ou a doença, como a morte, é só para os outros*<sup>8</sup>. Esse lugar de ninguém – a “terra do nunca” e da inexistência ou da proscricção – é de todos e pode ser para todos. Não podemos fechar os olhos à desenfreada astúcia para, por um lado, querer aumentar as penas – principalmente as privativas da liberdade –, por se considerar que o temor e o respeito abstracto alcança-se, mas o concreto respeito pelas regras jurídicas desvanecese à primeira ventania do outono, e, por outro, para incriminar novas condutas de modo que aqueles que nos

---

7 Dos quais destacamos CLAUS ROXIN, URS KINDHAUSER, WINFRIED HASSEMER, ALBIN ESER, LUIGI FERRAJOLI, FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, CESAR ROBERTO BITENCOURT, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, LANDROVE DÍAZ, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., SANTIAGO MIR PUIG.

8 Cfr. NIEVES SANZ MULAS, *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*, Madrid: Editorial Colex, 2000, p. 205.

acercam a segurança sejam imediatamente colocados na «ordem preestabelecida dos mais fortes», *i. e.*, sejam afastados do seio da comunidade.

Não duvidamos de que os crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade, contra o património, contra a paz pública, afectam fortemente o íntimo de cada um de nós: ofendem os bens jurídicos individuais essenciais à vida em comunidade. Mas, também não duvidamos de que são este tipo de crimes que mais fomentam as audiências e venda de jornais, por enquanto outros crimes como *os económico-financeiros, os crimes fiscais e contra a previdência*, são esquecidos, *tabu* no nosso dia-a-dia ou neutralizados axiologicamente. Continuamos, todos, a considerar que criminoso é o outro, que a conduta do outro é que é mais grave, que a pena aplicada ao outro é sempre diminuta. A nossa conduta nunca é crime, sendo crime é sempre justificável ou não culpável e a pena que nos é aplicada, ou a um ente nosso querido, é sempre demasiado grave e pesada.

Trazemos à colação uma pergunta do ilustre penalista GERMANO MARQUES DA SILVA a um aluno em uma oral de Direito penal: “*que conduta deve ser considerada mais grave no ordenamento jurídico: matar ou não pagar impostos?*”. Sem dúvida que o aluno trémulo retorquiu que deve ser a *conduta matar*, crime de homicídio. É este o raciocínio que a todos nos prende. Deixamos de lado qualquer outra hipótese por considerarmos que a vida é o primeiro dos valores e bens jurídicos a tutelar pelo sistema integral do Direito penal. Um homicídio cria maior impacto imediato.

Mas, eis que surge a questão ôntica: quantas pessoas não morrem por não se pagar impostos, por impedir o Estado de possuir os proventos financeiros necessários para adquirir os fármacos ou o aparelho adequado ao tratamento de várias doenças. Face a esta interrogação, perguntamos como se pode medir e punir mais assídua e severamente o homicídio do que a fuga ao fisco<sup>9</sup>?

<sup>9</sup> Não queremos afirmar que a vida não é digna de uma tutela jurídico-criminal intensa na qualidade e na quantidade atribuída pelos códigos penais. Queremos tão só provocar o debate e fazer despertar as consciências humanas quanto à gravidade de condutas, ditas de cidadania fiscal, e ao efeito perverso e detractor da sociedade e à não assumpção de uma censurabilidade jurídica e social.

Os nossos pensamentos ainda não encontraram uma resposta lógica e legítima, nem congruente com toda a quadridimensionalidade do sistema jurídico.

Os nossos ouvidos surdos apenas conseguem ouvir as vozes a pedir mais criminalização ou mais penas de prisão para o indivíduo que furta, que rouba, que danifica, que agride, que falsifica, que trafica, que contrabandeia, que mata. Mas, não ouvem qualquer pedido para que se criem condições humanas que evitem os caminhos vertiginosos do crime ou que se extingam as causas da incidência criminal: *p. e.*, não condenar a pena de prisão um indivíduo que praticou um crime de furto qualificado pela primeira vez por ser uma negação do Direito penal reintegrador de bens jurídicos e do agente do crime.

KARL POPPER alertou-nos para os “plúrimos mitos da opinião pública”, que poderá ter um fim bom, apesar de imprudente, mas também um objectivo pernicioso<sup>10</sup>. Ao lado desta cascata de emergência curativa com o aumento do *ius puniendi* do Estado, a sociedade em geral – o povo – manifesta-se contra os direitos fundamentais dos indiciados ou acusados, contra a benevolência dos juízes, contra os «diabos» dos advogados que apenas sabem emperrar o andamento da justiça e não deixam que a Polícia, o Ministério Público e o Juiz interpretem e apliquem a lei com a serenidade necessária ao exercício da sua função. Este mesmo povo defende o aumento de maiores atribuições e competências de investigação criminal para as polícias, maior capacidade de decisão dos juízes e diminuição dos recursos. Este mesmo povo defende um retrocesso na afirmação dos Direitos Humanos que são património da humanidade construído pelo suor e sangue vertido dos nossos antepassados.

O mesmo povo, manipulado pelo discurso palpiteiro e populista de políticos e especialistas de opinião<sup>11</sup>, que reclama esta mudança de pa-

10 Cfr. MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Almedina, 2006, p. 35.

11 Seguimos as expressões «populismos» e «palpiteiro» de EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI quando crítica os ventos de criminalização esquizofrénica e de promoção de excluídos sem que as mutações legislativas sejam sujeitas a um disreiteamento científico e conducentes a um direito punitivo irracional. Cfr. EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI, *Direito Penal do Inimigo*, (Tradução de SÉRGIO LAMARÃO), 2.<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 49-59 e 70-91 (74-75).

radigma, a negação dos Direitos humanos, elege o político condenado a pena de prisão com pena suspensa ou o político acusado ou condenado a pena de prisão maior com a execução suspensa por motivo de recurso. Vivemos um processo de implosão conceptual e de organização sistemática jurídica do povo.

Tudo em prol da segurança colectiva e da defesa da mãe sociedade. Contudo, esquece-se de que os arguidos, os indiciados, acusados e condenados, são seus filhos e merecem a mão protectora da sua mãe. Este povo olvida, por interesse directo, que os direitos fundamentais pessoais – Direitos Humanos – têm dimensão material igualitária independentemente da condição do ser humano, cuja restrição ou privação da liberdade se encontra jus internacional e jus constitucionalmente consagrada.

3. A atitude cognitiva e activa do povo resulta do silogismo simplista da dialéctica liberdade/segurança e prisão. O crime afecta a liberdade e a segurança. A prisão retira o criminoso da rua. Sem criminoso há mais liberdade e mais segurança. Logo, o criminoso terá de ser encarcerado. Simples e fácil, cómodo e instantâneo. O criminoso é um ser perigoso, é uma doença, é uma não pessoa. Coloquem-se nos grilhões e salve-se o Estado legal. Eis a solução apreçada pelos *palpiteiros* de serviço.

Não podemos, espíritos esclarecidos, estudar o fenómeno do crime de uma forma simplista. O crime e a conduta criminosa não são de análise silogística simplificada, nem de uma análise matemática. Do mesmo modo, acrescentamos que a legiferação, as sanções jurídico-criminais e respectiva execução, não podem ser silogisticamente tratadas.

Há diversas formas de alcançarmos a meta: devagar, rápido ou muito rápido. Depende da idade e da condição física de cada um de nós. Desta feita, a dialéctica liberdade/segurança e prisão deverá ser um estudo interdisciplinar e interinstitucional, partindo do pressuposto real, único e objectivo de que quem praticou um facto ilícito é um ser humano e não um objecto dos operadores judiciários em primeira linha e, posteriormente, da sociedade.

O recluso (preso) é um ser humano que tem de ser tratado com humanidade e com respeito pelos princípios da autodeterminação e autoconformação com o Direito. Não podemos exigir uma integração sem

auto-responsabilização do agente e esta depende do modo de intervenção formal e do respeito pelos valores legitimadores da acção penal.

A prisão é o caminho mais fácil. Imaginem que o médico vos diagnosticava um tumor numa perna e, para que a cura fosse mais eficaz, evitando que se espalhasse pelo corpo, antes de tentar os procedimentos medicinais adequados à doença com a perna no corpo, amputava a perna e mais tarde, extirpado o tumor, procurava voltar a colocar a perna no corpo. É uma imagem anedótica, mas hoje a medicina é capaz de tudo. Eficaz, talvez. Prudente, duvidamos.

Se A cometeu o crime X, perturbou a comunidade democraticamente organizada, para que não volte a perturbar, o caminho a seguir é colocá-lo na prisão e procurar que, fora da sociedade que o criou, inculca as regras da socialização no meio da total desocialização. Assinamos a sentença do fracasso ou a sentença de morte do Direito penal integrador. Este pensar viola o art. 7.º da DUDH ao consagrar a proibição do incitamento à discriminação.

A dialéctica liberdade/segurança e prisão deve ser vista em um sentido científico amplo. Deve centrar a sua discussão científica nos pressupostos legitimadores e limitadores da intervenção integral penal: os princípios históricos e contemporâneos; os fundamentos; a nova era; e as alternativas. Este estudo dialéctico implica a afirmação do Direito penitenciário, dotado de juridicidade e jurisdicionalidade, como fracção do sistema integral penal reintegrador e edificado sob a égide dos Direitos humanos.

4. Outra questão introdutória e de relevante prisma prende-se com a lógica dos princípios históricos da pena de prisão, cujo teor escarpamos com o cuidado devido à nossa jovem idade. Não é nosso intuito abordar a história da prisão ou percorrer cada passo do seu percurso.

Queremos tão só relembrar o ensinamento de CESARE BECCARIA quando escreveu que os homens “só após terem passado por mil erros nas coisas essenciais à **vida** e à **liberdade**, cansados dos males sofridos e no extremo das suas forças, dispõem-se a **reconhecer as verdades mais palpáveis**, as quais, pela sua própria simplicidade, **escapam às mentes vulgares**, não habituadas a analisar os objectos, mas a captar as suas im-

pressões como um todo, antes por tradição que por exame”<sup>12</sup>. A prisão surge para substituir penas cruéis degradantes e desumanas expostas ao público e ao escárnio do povo. Surgiu para dignificar a pessoa do delinquente de modo a reinseri-lo na sociedade activa.

Esta ideia pode ser encontrada no trabalho do Coronel MANUEL MONTESINOS<sup>13</sup> como governador do presídio de Valência, cargo para o qual foi nomeado em 1835. MONTESINOS, humanista e eficiente, optou por diminuir o “rigor dos castigos e preferiu orientar-se pelos princípios de um poder disciplinar racional”. Quando assumiu a direcção do presídio a taxa de reincidência era de 30 ou 35% e passou para 1% e, em alguns momentos, desapareceu. Este sucesso deveu-se à comunicabilidade desenvolvida com os reclusos que gerou relações de confiança e de estímulo e promoveu a auto consciência. Exerceu o seu mandato com o equilíbrio entre a autoridade e a atitude pedagógica.

A prisão – efectiva – coarcta o direito à liberdade, limita-o com a ideia benévola de «reintegrar o agente na sociedade»<sup>14</sup>. Perigoso é, indubitavelmente, transformar a prisão preventiva em prisão efectiva, contrariando de fundo e ferindo o *princípio da presunção de inocência*<sup>15</sup>, consagrado no n.º 1 do art. 11.º da DUDH, no art. 5.º, inciso LVII da CRFB<sup>16</sup>.

Os caminhos tenebrosos da prisão demonstram a necessidade de olhar-mos para o sistema penitenciário com «O Novo Olhar» de que nos fala ANABELA M. RODRIGUES de modo a que possamos voltar a estar “na vanguarda de projectos, sistemas e realizações”<sup>17</sup> históricas.

12 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, (Tradução de LUCIA GUIDICINI e de ALESSANDRO BERTI CONTESSA), S. Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, Ltda., 1991, p. 41. Negrito nosso.

13 Quanto à acção de Montesinos na transformação de um presídio em um centro de reabilitação e reinserção comunitária com autoridade e pedagogia, CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão. Causa e Alternativas*, 3.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 89-90.

14 Cfr. in fine n.º 1 do art. 40.º do CP português.

15 Quanto a este assunto, MANUEL M. GUEDES VALENTE et Alii, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 119 e ss..

16 Cfr. n.º 2 do art. 32.º da CRP.

17 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 7.

Olhar que deve partir e chegar sempre do e para o recluso como um ser humano dotado de direitos (fundamentais pessoais) e adstrito a deveres. Só nesta linha de raciocínio podemos ver alguma brecha no mundo dos mortais e deixarmos a arrogância, que, como afirma NIETZSCHE, é a característica dos ignorantes.

O preso, que preenche o nosso pensamento com a ideia de «drama judiciário», convertido em «drama ignorado ou escondido»<sup>18</sup>, não pode ser olhado como o resultado da solução de um problema – crime/segurança –, mas como o início de um percurso cheio de vulnerabilidades merecedor de tutela<sup>19</sup>. Se olharmos para o Direito penal como um instrumento político, metódico de garantia de segurança, esgotamos o nosso olhar na planície securitária, medicamento exacerbadamente aclamado como promotor de uma sociedade sem infecção criminógena. Os perigos da política securitária emergem com mais clareza e mais profundidade no designado processo penal dotado de permanente e desejada eficácia coadjuvada por uma «*rentabilidade* da justiça»<sup>20</sup>. Este processo origina a prisão de inocentes e a negação da justiça.

A evolução vanguardista e/ou conservadora da pena de prisão depende do momento sócio-económico comunitário, que por sua vez influi na visão que cada um de nós tem sobre o outro – se objecto ou se sujeito, se coisa ou se pessoa – e na visão que o Estado tem de cada um dos seus cidadãos.

Se optamos por um modelo de preservação total e «a todo o custo» do Estado e das suas estruturas inabaláveis, teremos um sistema integral penal securitário ou belicista – normas jurídicas materiais e processuais penais e penitenciárias securitárias, belicistas e penas expiatórias da intervenção dolosa e/ou negligente da comunidade quanto ao seu filho pródigo, permitindo-lhe a reintegração e reeducação em uma cela.

---

18 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., pp. 8 e 9.

19 Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., p. 9.

20 Quanto aos perigos da visão securitária da sociedade, Anabela Miranda Rodrigues, O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., pp. 9 e 15. A eficácia – como irmã gémea da celeridade – pode ser um instrumento de socialização e reintegração do infractor, desde que funcione como limite e obstáculo à estigmatização e à proscricção, performances típicas dos nossos dias.

Mas, se optarmos por um modelo de preservação e valorização do Homem como ser humano e membro activo e útil da comunidade<sup>21</sup>, quer na perspectiva de homem ético quer na de homem político<sup>22</sup>, não duvidamos de que promovemos um sistema integral penal humanista: olha para o homem como um ser frágil e, sequentemente, pecador, ao qual devemos dar as oportunidades que JESUS CRISTO anunciou ao afirmar: «Quem nunca pecou, que atire a primeira pedra!».

## 2. Fundamentos da prisão. O encontro com os direitos humanos

5. A fundamentação da existência da pena de prisão enraíza-se na história e nos princípios que, nos últimos dois séculos, têm dado corpo a uma pena cabalmente conhecida por dessocializadora. Acompanhando o ensinamento de GERMANO MARQUES DA SILVA de que *as leis mudam, mas os princípios permanecem*, consideramos que os defensores da pena de prisão se refugiam em argumentos históricos e olvidam os princípios regentes do Direito penal do ser humano. Não devemos fugir da história nem esquecer-la nem arrumá-la em uma gaveta na nossa secretária, pois é uma aliada no estudo e na mutação de pensamento ou de acção. Mas, a história não encerra em si a verdade absoluta e o único caminho de acção e de intervenção penal, em especial no campo da execução das penas.

O fundamento actual da pena de prisão nasce com o início da afirmação do Estado de direito formal em que o indivíduo, não sendo o centro nevrálgico da intervenção estatal, ganha dimensão dentro do espírito do estado de legalidade e no abandono do estado de natureza. Esta acepção ganha expressão positiva na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, na Declaração Universal dos Direitos dos Cidadãos

21 O Homem, mais do que nascer igual e livre, nasce como membro participante da comunidade onde vive e desenvolve o seu ser e dever ser. O ser individual só é possível dentro do ser colectivo. Neste sentido, LÉON DUGUIT, *Fundamentos do Direito*, (Tradução de MÁRCIO PUGLIESI), São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 29-31.

22 Quanto à doutrinação destas teorias, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Filosofia do Direito*. Coordenadas de uma Reflexão sobre o Sentido Actual do Direito, (lições policopiadas), Lisboa: Universidade Católica Portuguesa – Centro de Publicações, 2002/2003, pp. 34-46, e JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, (Tradução de CARLOS PINTO CORREIA), Lisboa: Editorial Presença, 1993.

de 1789 e na Constituição francesa de 1893, cuja magnitude limitativa do poder estatal (do déspota) se pode beber na *Magna Charta* de 1215.

A afirmação da individualidade dotada de direitos de personalidade como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a humanidade – expressão do pensamento kantiano – reflecte a força de bloqueio a quaisquer ingerências do poder punitivo que não se espelhasse na máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta, praevia, praeclara* e na intervenção penal do *quantum* necessário e na mutabilidade das sanções penais com o fundamento de não negação da pessoa humana, mas da sua reabilitação. A pena de prisão nasce para substituir a barbárie e a crueldade inerente as penas corporais, cumpridas como acto público e de expiação do mal, e a pena capital. Não se pode olvidar que esta mutabilidade assenta em uma lógica de afirmação de Direitos Humanos inalienáveis e inegociáveis sob pena de detracção capital da comunidade humana.

O nosso pensar não apela à extinção das penas privativas da liberdade – prisão, prisão domiciliária ou medidas de segurança – que são necessárias e úteis para uma determinada criminalidade e para determinado tipo de delincente. O que nos preocupa é a aspereza da sua aplicação sistemática e o pequeno recurso medidas alternativas de privação da liberdade inscritas nos códigos penais actuais: *v. g.*, prisão por dias livres; o regime da semidetenção; pena de multa; ou a prestação de trabalho a favor da comunidade. Podemos acrescentar a este leque a vigilância electrónica, cujo regime se deve estender à própria substancialidade do Código Penal e não se ficar na mera, mas importante, aplicação como medida substitutiva da medida de coacção «prisão preventiva».

A humanidade da intervenção do sistema integral do Direito penal é um princípio reitor em todo o processo de reintegração dos bens jurídicos e de reinserção plena do delincente na sociedade. Esta assumpção impõe que o princípio da *ultima ratio* da intervenção penal seja primado na decisão de aplicação da medida privativa da liberdade e seja um lema na respectiva execução. Como escrevera BECCARIA, na linha de MONTESQUIEU, “Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – ... – é tirânica”. Nesta linha de pensamento, toda a execução de pena, que não derive da necessidade de reeducar e reinserir com responsabilidade o delincente e de evitar que este e outros possam delinquir, é desnecessária e, por conseguinte, estigmatizante, desumana e cruel, porque

abandona o valor da liberdade que deixa de existir “*todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa*”<sup>23</sup>.

A negação da personalidade jurídica do recluso não é o fundamento das medidas privativas da liberdade, em especial da pena de prisão, caso se opte por este caminho violamos o direito humano do reconhecimento em qualquer lugar e situação da personalidade jurídica do ser humano<sup>24</sup>. A opção pela perda total de direitos do recluso ou parcial, excepto a restrição ao direito à liberdade de locomoção plena, não se enquadra na arquitectura de um Direito penal reintegrador, mas estigmatizante e dessocializador.

6. Revolvendo as memórias do jovem sistema integral penal, encontramos os princípios que, durante muitos anos, legitimaram o recurso à pena de prisão como meio coercivo por excelência da valência dos fins do direito punitivo de *ultima ratio*: a prevenção geral – positiva e negativa – e a prevenção especial.

Esses princípios nasceram e cimentaram a ideia de que a sua interpretação e aplicação cumulativa, tendo em conta o indivíduo infractor, fundamentavam, por um lado, a convicção da sociedade de que a privação da liberdade compensaria o mal infligido por aquele e, por outro, a ideia geral de que a privação da liberdade infligiria um mal no infractor que lhe proporcionaria a possibilidade de se curar da doença maligna e de limitar o regresso à actividade delituosa.

Nos dois últimos séculos, são apontados sete princípios regentes da condição ou da necessidade penitenciária<sup>25</sup>: o princípio da correcção; o princípio da classificação; o princípio da modulação das penas; o princípio do trabalho como direito e dever do cidadão; o princípio educação penitenciária; e o princípio das instituições anexas ao sistema penitenciário.

23 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, (Tradução de JOSÉ DE FARIA COSTA), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 64 e 105.

24 Cfr. art. 6.º da DUDH.

25 Sobre os princípios ou «as sete máximas universais da boa “condição penitenciária”», MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, (Tradução de RAQUEL RAMALHETE), 22.ª Edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2002, pp. 224 e 225.

O **princípio da correcção** consiste na ideia de que a pena de prisão deve funcionar como instrumento de transformação da conduta do infractor, como meio de recuperação. Nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a pena privativa da liberdade encerra, em si mesma, uma “finalidade «correctiva» ” conducente à “recuperação social do delinquente”<sup>26</sup>.

O **princípio da classificação** preconiza que os presos devem ser estratificados de acordo com a gravidade do crime que cometeram, com a sua idade, a sua formação, a sua cultura, a sua profissão, as disposições diferenciadas e as técnicas de intervenção psicossociológica de socialização do delinquente. Hoje, em Portugal, há a preocupação de não colocar menores com adultos. Existe um regime para menores entre os 12 e os 16 anos de idade que pode ser estendido aos 21 anos – Lei Tutelar educativa –, um regime especial para menores de 16 a 21 anos de idade – Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro – e o regime geral do Código Penal, e um regime de execução de penas diferenciado: não se encarceram indivíduos de certas profissões com os demais presos. A ideia de fundo é de louvar e de manter, mas o perigo reside na perversidade de colocar um polícia condenado por homicídio qualificado com um outro polícia condenado por extorsão.

O **princípio da modulação das penas** consigna que a pena aplicada deve ser adequada e evoluir de acordo com a regeneração do preso: subordina-se aquela à prevenção especial positiva. A *liberdade condicional* e a *substituição da pena de prisão pela prisão domiciliária* são um reflexo deste princípio secular, pois não faz sentido manter em prisão um indivíduo ressocializado, pois a necessidade e a utilidade da privação da liberdade extingue-se.

O **princípio do trabalho como direito e dever de cidadão** é a afirmação plena do ser humano e a dualidade invencível dos nossos dias. O trabalho do recluso não pode funcionar como uma segunda pena, mas como suavização da pena de prisão e como método integrador na sociedade. O problema do trabalho na prisão por parte do recluso,

---

26 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., p. 11.

como afirma ANABELA MIRANDA RODRIGUES<sup>27</sup>, afasta-se da questiúncula constitucional de restrição de direitos fundamentais e enraíza-se na dialéctica “da racionalidade e da estratégia” face ao efeito perverso que a obrigação ou imposição de trabalhar possa ter sobre o recluso, de modo a que não se sinta como “um objecto de um novo sofrimento” e, conseqüentemente, venha a “rejeitar a ocupação laboral”. Continuando, o direito/dever de trabalhar do recluso deve, primeiramente, partir do próprio e só a não-aceitação *injustificada* de trabalhar deveria ser sancionada. O trabalho nas prisões difere da pena substitutiva da pena de prisão *trabalho a favor da comunidade*, apesar dos fins se encontrarem.

O princípio da educação penitenciária, como afirma M. FOUCAULT, exige a educação pública do recluso é “*uma precaução indispensável ao interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento*”<sup>28</sup>. Consideramos que não há correcção nem reintegração sem (re)educação de modo que se possa alcançar uma ressocialização geral e profissional.

O princípio do controle técnico da prisão preconiza que as pessoas, que diariamente lidam com o preso, devem ser detentoras de capacidades técnicas, éticas e morais capazes de influenciarem positivamente a transformação da conduta do recluso<sup>29</sup>. Hoje, temos os serviços prisionais dotados de pessoal técnico especializado no trabalho de reeducação e reinserção do infractor<sup>30</sup>. Não podemos entregar o controlo técnico dos reclusos a indivíduos como os descritos no filme *Slippeers*: agressores físicos e sexuais dos menores internados no estabelecimento de correcção e exemplo prático da degradação do ser humano integrante do sistema educativo coercivo.

O princípio das instituições anexas ao sistema penitenciário propõe que a assistência ressocializadora do recluso deve ser ampla: de-

27 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., pp. 94 a 101.

28 Cfr. MICHEL FOUCAULT, Vigiar e Punir, p. 224.

29 Neste sentido se deve promover a formação adequada do Corpo da Guarda Prisional e dos técnicos que lidam diariamente com os reclusos. Neste sentido e na defesa de um Corpo da Guarda Prisional profissional e detentor de conhecimentos científicos próprios para a intervenção no espaço do sistema prisional, MANUEL M. GUEDES VALENTE, Natureza Jurídica do Corpo da Guarda Prisional, Lisboa: EDIUAL, 2008.

30 É neste sentido que devemos interpretar a Lei de Política Criminal do biénio 2009/2011, aprovada pela Lei n.º 39/2009, de 19 de Agosto.

ve-se verificar ao longo do tempo em que se mantém na prisão, no momento da sua saída e ao longo do seu percurso de ressocialização ou reclassificação. As instituições de reinserção social, formais e não formais, são, por excelência, as instituições adequadas ao desenvolvimento deste princípio. É aterrador, mas é verídico: «após ter cumprido a sua pena de prisão por crime de homicídio, ANTÓNIO é colocado em liberdade com apenas a sua roupa, com o dinheiro para ir da prisão para sua aldeia – onde não residia ninguém da sua família – e, apesar de várias insistências para o deixarem ficar na prisão, a resposta foi não»<sup>31</sup>. Como se pode falar em reintegração do ANTÓNIO? Será a lei que deve ser alterada? Não! O problema não está no ordenamento jurídico, mas nas pessoas membros integrantes das instituições que têm o dever de zelar para que a reintegração se processe sem a negação do ser em comunidade.

Estes princípios, ao longo dos dois últimos séculos, legitimaram a voz dos defensores da pena de prisão como a mais adequada à segurança da comunidade e à liberdade dos cidadãos. A prisão foi aceite e defendida como *benévola metamorfose do criminoso*.

Mas, ANTÓNIO sofreu duas condenações: a primeira, aplicada por um tribunal colectivo por ter cometido um crime de homicídio; a segunda, aplicada pela instância penitenciária por ter vivido e ter construído como sua casa física e moral a prisão. Não basta que se respeitem os direitos humanos ao longo da execução da pena de prisão ou da medida de segurança, impõe-se jus internacional e jus constitucionalmente que a o tempo de execução da pena ou da medida de segurança seja de reeducação para o direito e para a cidadania, o que exige do sistema penitenciário – subordinado a um direito penitenciário garantista e humanista – um trabalho de construção de raízes sólidas no seio da comunidade para onde regressará o ser humano, sob pena do sistema penitenciário ser promotor público da negação do princípio da igualdade: valor e direito humano<sup>32</sup>.

---

31 O nome é fictício e o relato frio e cru é de uma técnica dos serviços prisionais portugueses, cujo nome não pode ser revelado.

32 Cfr. art. 7.º da DUDH.

7. Com os olhos na história recente, reconduzimos o olhar para a problemática das penas privativas da liberdade – *v. g.*, prisão – duas vertentes do valor supremo da justiça: a liberdade. A primeira, como direito fundamental em concreto de cada cidadão, cujas garantias de defesa desse direito atravessam o nosso ordenamentos jurídico desde a Constituição até à mais drástica tutela jurídica: a penal. A segunda, como princípio inerente ao homem ético/político, cujas garantias efetivas emergem da Constituição e se materializam em todo o sistema integral penal: material, processual e penitenciário<sup>33</sup>. A liberdade como Direito fundamental pessoal de proclamação universal<sup>34</sup> e “princípio de justiça do mais alto valor político”<sup>35</sup>.

Da dialéctica liberdade e prisão – liberdade como bem supremo, de cujo antípoda emerge a sua privação máxima<sup>36</sup> – sobressai a dúvida da própria privação da liberdade em geral e da privação da liberdade por longos anos em particular. Dúvida que se entranha por discorrermos se haverá alternativa à pena de prisão que a substitua integralmente, principalmente relativo à criminalidade grave<sup>37</sup>: *v. g.*, homicídio, tráfico de seres humanos, abuso sexual de menores, terrorismo, tráfico de droga e de armas, crimes fiscais, (...). A liberdade dos agentes deste tipo de crime seria propícia à sua prática. Raciocínio lógico e matemático, completado com a ideia de que a retribuição do mal se executa com maior fervor quando o agente de um determinado crime é condenado a grandes penas de prisão, aparecendo o juiz como o salvador dos «pobres e oprimidos». A nossa preocupação estende-se e alonga-se ao pensarmos que o cidadão e, até mesmo, as instâncias formais de controlo olham para a pena de prisão como uma *vindicta*.

33 Na vertente de liberdade como princípio, MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Processo Penal – Tomo I*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 257-276.

34 Cfr. art. 1.º da DUDH, art. 1.º do PIDCP, artigos 4.º e 5.º da CEDH.

35 Cfr. HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, (Tradução de JOÃO BAPTISTA LOPES), Coimbra: Almedina, 2001, p.81.

36 Quanto a este assunto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, São Paulo/Lisboa: Verbo, Vol. III, 1999, p. 67.

37 Quanto a este assunto, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p. 112.

Os justiceiros levaram a MADALENA perante JESUS CRISTO que lhes lançou o desafio: “Quem nunca pecou que atire a primeira pedra!”. Desta passagem bíblica devemos retirar três ensinamentos: por um lado, a justiça não pertence aos justiceiros; por outro, a aplicação das penas emerge da autoridade – jurídica, ética e moral – do legislador, do intérprete e aplicador da lei; e, por último, a execução da pena não deve ser desumana e cruel.

A autoridade de acção do sistema penitenciário exige uma intervenção sob a égide dos Direitos Humanos e, desde logo, sob a garantia da sua efectividade: a submissão da intervenção penitenciária ao **princípio da jurisdicionalização**. As decisões, que incidem sobre os reclusos e que restrinjam os direitos e as liberdades não coarctados pela aplicação da prisão efectiva, devem estar sob o crivo da jurisdição quer sob a autorização prévia quer sob a apreciação e validação posterior. A serenidade da decisão exigida à jurisdição, mesmo em espaço do sistema prisional, é uma condição *sine qua non* da afirmação do direito penitenciário.

O juízo da aplicação da pena de prisão ou da medida de coacção ou da medida de segurança privativas da liberdade impõe, por um lado, a obrigação da fundamentação de facto e de direito e o exame crítico das provas que convenceram o juiz a decidir pela condenação e, por outro, a afirmação da garantia de defesa do direito concreto à liberdade e garantia do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, da justiça, da solidariedade e da liberdade. A justiça, como “*uma simples maneira de conceber os homens*”<sup>38</sup>, exige o afastamento das penas dotadas de atrocidade pela sua inutilidade e por reduzir aquele à condição de escravo, *i. e.*, à condição de *não pessoa*, a *coisa*. A execução da pena de prisão não pode ser contrária ao ideário de justiça e da dignidade da pessoa humana.

### **3. O princípio da necessidade e da utilidade: uma nova Prisão**

8. Aos princípios enumerados, realçamos dois princípios essenciais e fulcrais na aplicação e na execução das medidas privativas da liberdade: por um lado, o princípio da **necessidade** de se aplicar a pena de

---

38 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, p. 46.

prisão ou a medida de coacção ou a medida de segurança privativas da liberdade; e por outro, o efeito positivo ou negativo – **utilidade** – a longo prazo da pena de prisão ou da medida de coacção ou medida de segurança privativas da liberdade.

Perguntamo-nos muitas vezes se um indivíduo, que cometeu uma conduta negativa típica, antijurídica, culpável e punível criminalmente considerada leve deve cumprir pena de prisão ou se deve se optar por uma pena alternativa não privativa da liberdade: *v. g.*, trabalho a favor da comunidade ou frequência obrigatória escolar<sup>39</sup>. Não duvidamos que devemos ter em conta os ditames legais que estipulam uma e outra punibilidade, mas perguntamo-vos se não era altura de ampliarmos o campo de aplicação desta pena ou se já não é tempo de determinadas penas alternativas ou substitutivas passarem a pena principal.

Alocamos a este nosso discurso três vértices de reflexão: **a necessidade** de que o povo tem em defender o recurso à pena ou medida de coacção ou medida de segurança privativa da liberdade por parte do aplicador; **o labor do legislador** que expressa em lei as penas principais, as substitutivas e as acessórias; e **a execução** das penas se rege sob o paradigma de um Direito penitenciário regenerador e ressocializador. Em nenhum quadrante de intervenção do sistema integral penal pode o visado ser tratado como coisa e como escória da sociedade: mesmo tratando-se do maior psicopata da história da humanidade. Se a lei admitir esse tratamento e se a necessidade obrigar o legislador a optar por essa solução e se os operadores penitenciários cumprirem essa lei, face à CRFB, toda a actuação legiferante, hermenêutica e de execução não só está ferida de inconstitucionalidade material, como viola o primado da dignidade humana como «fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo». É o regresso ao passado.

Toda a intervenção estatal do sistema integral penal está presa ao princípio da necessidade e da indispensabilidade sob pena de ser tirâni-

<sup>39</sup> Quanto à frequência obrigatória escolar como pena a prever e aplicar no futuro Direito penal, MANUEL M. GUEDES VALENTE, “La Política Criminal y la Criminología en Nuestros Días. Una Visión desde Portugal”, in *Derecho Penal y Criminología Como Fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, (Dir. Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos e Eugenio Raúl Zaffaroni), Madrid: Dykinson, 1309-1318.

ca. Os operadores penitenciários devem reger a sua conduta sob o prisma de que o labor do dia-a-dia é o contributo para salvar a humanidade. Este salvamento só é possível se não actuarem sob a égide de um Direito que assenta na cura pela tortura e pela não subordinação à jurisdicionalização a restrição de quaisquer direitos dos reclusos.

9. Na afirmação do Direito penitenciário se impõe a visão e concretização do princípio da **utilidade** da pena privativa da liberdade. Importa apurar se o efeito foi ou não positivo e se a comunidade em geral e o infractor em especial admite a pena como útil aos fins da prevenção ou se a pena é mais um instrumento de dessocialização. Nesta linha, chamamos à colação a ideia beccariana de que as penas inúteis são atroztes e contrárias “à justiça e à natureza do próprio contrato social” com o qual os homens cederam “parte da própria liberdade”<sup>40</sup>.

Os **juízos de utilidade** da pena devem ser uma realidade quer no plano legiferante quer no plano da *interpretação e da aplicação* da lei. Esta arquitectura impõe-se no plano do Direito penitenciário, cuja restrição de direitos do recluso implica que esteja justificada e limitada por juízos de utilidade. Interrogamo-nos muitas vezes porque é que, depois dos vários estudos desenvolvidos ao longo dos vários decénios que nos levam a concluir que **a prisão não socializa, mas dessocializa**, se continue a defender a ideia *presumivelmente inútil* de que a prisão serve os fins da prevenção geral e especial. A cada dia que passa, nos convencemos de que a prisão tem servido os fins da *vindicta* colectiva e individual personificada na decisão do tribunal.

Cabe-nos aqui abrir espaço de reflexão para que se concretize o ensinamento de ANABELA MIRANDA RODRIGUES: “*a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado*”, que a par do estímulo pela sua participação, promove-se “*o seu sentido de responsabilidade*”. O estímulo e a responsabilidade passam pelos juízos de utilidade – efeitos positivos ou negativos – do intérprete e aplicador da norma punitiva.

A aceitação da sanção e o reconhecimento da responsabilidade da sanção é um dos arquétipos construtivos de um Direito penitenciário

---

40 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas*, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, pp. 45 e 47.

inserido no sistema integral penal subordinado à lógica de defesa e garantia dos direitos humanos dos reclusos e dos familiares que os visitam nos estabelecimentos penitenciários. A quebra da regra de aferição da utilidade da pena privativa da liberdade agrava-se com a edificação de um sistema jurídico penitenciário belicista e do inimigo e delator dos mais básicos direitos património da humanidade. Os direitos humanos, como afirma RAÚL ZAFFARONI<sup>41</sup>, não são uma «*mera “ideologia instrumental”, mas um certo grau de consciência mais ou menos universal que constitui uma ideologia programática para toda a humanidade*», que deve estar inculcada no Direito penitenciário.

#### 4. A queda da utopia

10. A prisão que surge, utopicamente, como medida mais humana de intervenção do *ius puniendi* com o intuito de correcção e socialização do infractor e de substituição de penas cruéis e desumanas. Este ideário foi votado ao fracasso. A benevolência em que tanto se inspiraram os iluministas aparece metamorfoseada. Cumpriu-se o vaticínio de BECCARIA: que “às vezes os homens, com a melhor das intenções, causam o maior mal à sociedade”<sup>42</sup>.

A prisão apresentou-se inicialmente como inovação de um direito penal em nascença e em crescimento lento e consistente. Denuncia-se, hoje, como o “grande fracasso da justiça penal”<sup>43</sup>. Encontramos residuais vantagens, e sufragando a posição de FIGUEIREDO DIAS<sup>44</sup>, apontamos apenas três lógicas e aceites universalmente:

- a convicção da comunidade de que “a privação da liberdade é o único meio adequado de estabilização contrafáctica das suas expectativas, abaladas pelo crime, na vigência da norma violada”;

41 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal, (Tradução de VANIA ROMADO PEDROSA e AMIR LOPEZ DA CONCEIÇÃO), Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 148.

42 Cfr. CESARE BECCARIA, Dos Delitos e Das Penas, S. Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991, p. 56.

43 Cfr. MICHEL FOUCAULT, Vigiar e Punir, p. 221.

44 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português – As Consequências..., pp. 112 e 113.

- a privação da liberdade como mal, compensa o mal infligido pela conduta delituosa;
- e, ainda, a convicção de que a prisão serve a socialização do agente do crime.

Mas, as desvantagens são inúmeras e perversas face ao que se propõe alcançar e ao resultado final, onde se insere a manifestação do Direito penitenciário. Acompanhamos as desvantagens/inconvenientes apontadas por FIGUEIREDO DIAS<sup>45</sup>:

- O peso da privação da liberdade depende da personalidade de quem é aplicada;
- As finalidades de socialização da execução da pena – prevenção especial – forçosamente sofrerá contrariades de dessocialização emergente do corte com a família, com os colegas de trabalho, com a afectação da reputação e do bom nome – honra –, com a subcultura do meio prisional, com o ambiente fortemente marcado pela névoa do crime.
- Os custos financeiros da pena de prisão.

Nesta linha apontamos como elementos de reflexão académico-científico-política as desvantagens enumeradas por MICHEL FOUCAULT<sup>46</sup>:

- a ideia de que a prisão, como meio de prevenção geral e especial, permite diminuir a criminalidade malogrou: Os estudos científicos dos últimos anos demonstram que a criminalidade aumenta, transforma-se, multiplica-se e, ainda mais preocupante, aumenta o número de reincidências: o mundo da violência não germinou o mundo da não-violência;
- a prisão, designada por muitos e conhecida por todos como uma *escola do crime*<sup>47</sup>, não devolve os infractores «corrigidos», mas, como afirma MICHEL FOUCAULT, “espalha na população delinquentes perigosos”, cujos artifícios e aperfeiçoamentos de *modus operandi* se desenvolveram e se cimentaram;

---

45 Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências...*, p.113.

46 Cfr. MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, pp. 221 e ss..

47 Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- O modo de vida dos presos – isolamento nas celas, o trabalho inútil – propícia ao aprimoramento do delinquente, cujo sentimento de medo, de incapacidade e, até mesmo de corrupção, dos guardas prisionais fomenta à sua proliferação;
- O meio prisional pode conduzir a que exista uma delinquência organizada hierarquicamente quer no interior quer no exterior da prisão, onde criam laço de amizade e de obediência;
- A saída da prisão e a forma como se encontram no seu habitat – sem trabalho, muitas vezes sem tecto, sem laços familiares e sem amigos ou desprezado e odiado por todos – cria a ocasião para a reincidência do ladrão;
- Várias vezes o preso é o único instrumento de subsistência da família e, após a prisão daquele, esta cai na miséria e na rua, propiciando que os seus filhos, quantas vezes crianças de idades inferiores a 10 anos, se dediquem à mendicidade ou sejam introduzidos em redes de criminalidade de massa sob controlo de uma associação criminosa ou de uma estrutura criminal.

O fracasso da prisão não pode ser centrado na legislação ou nos regulamentos ou nos guardas prisionais ou no serviço de apoio de reinserção social. **O fracasso é de toda a comunidade que apregoa a segunda oportunidade** e que, ao primeiro bater da porta, não a abrem, antes a fecham à chave. Todos nós membros activos da comunidade democrática. Esta acepção deve orientar um Direito penal prévio humanizante reintegrador e um Direito penitenciário ressocializador.

A utopia da benevolência da correcção ou da possível reinserção promovida pela pena privativa da liberdade transformou-se em instrumento de poder e de abuso de poder, fomentando o medo e o terror sobre aqueles que discordam e defendem novas e diferentes ideias, caminhou e implementou-se democraticamente como peça essencial e crucial da defesa da sociedade, como meio de prevenção geral positiva e negativa, e, ainda, como maestro de reinserção e correcção do infractor. A «ilha de ninguém» sofre de metamorfose aguda e irreversível e negadora de um Direito penitenciário edificado sob os valores enformadores do Estado de direito democrático constitucional.

## 5. Alguns apontamentos finais

10. A filosofia dos ordenamentos jurídicos da actualidade deve consignar como princípio vertical e horizontal a *ultima ratio* das penas privativas da liberdade e a restrição de direitos do recluso deve não só obedecer à precedência de lei e sob a reserva de lei. Valor essencial e profundo da política criminal dos novos dias que deve ser complementada pela “previsão de penas de substituição generosa” de modo que a pena se reconforme “em sentido positivo, prospectivo e socializador”<sup>48</sup>.

Desta feita, a nova política criminal deve reconhecer ao preso a necessidade de prestar o seu “*consentimento esclarecido*”, a importância de o colocar em condições de optar pela adesão à intervenção (motivação) e a elucidação das vantagens da utilização da noção de «contrato» quando se quiser obter a sua *participação* num programa de tratamento”. A teoria do consensualismo gera a **co-responsabilização na reinserção e na reeducação** parte da central ideia de que devemos colocar no meridiano da decisão o homem enquanto homem para que se traça o verdadeiro paralelo.

A par **teoria da consensualismo**, não olvidando a problemática da constitucionalidade de algumas alterações, gostaria de inventariar quatro propostas para uma nova política criminal de reeducação e reinserção do delinquent e para um futuro direito penitenciário:

- Que os agentes dos crimes menos graves passem todos pelo instituto da **suspensão provisória do processo**, materializando-se o famigerado *princípio da oportunidade* e, quando condenados, sejam integrados nos processos de reinserção comunitária, conforme impõem as leis de Política Criminal.
- Que se **amplie o regime do trabalho a favor da comunidade** e se imponha ao decisor a obrigação de fundamentação da sua não aplicação quando, face à moldura penal, seria possível substituir a pena de prisão por uma pena alternativa e, quando condenado, seja integrado em programas de ressocialização e reeducação para o direito e o viver em comunidade.

48 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, O Novo Olhar Sobre a Questão..., p. 146.

- Prever-se a aplicação de **penas de pequena duração**, pondo em prática o princípio da celeridade processual, adequando-se a necessidade de execução à utilidade da execução. Reflectia-se a afirmação dos direitos humanos sob o chapéu do princípio da proporcionalidade material e processual penal e penitenciária.
- A aplicação da **vigilância electrónica** como pena de substitutiva da pena de prisão. **Proclamar os direitos humanos é fácil, mas vivenciá-los é muito difícil**, e este novo paradigma de execução de penas seria uma forma de inscrever os direitos humanos como «um programa de longo alcance de transformação da humanidade»<sup>49</sup>.

Mudar não é fácil. O lavar as mãos, como PILATOS, gera actos de cobardia e de afastamento da comunidade prisional multifacetada e multicultural da égide de um Direito penitenciário integrado em um sistema integral penal reintegrador. Só o Direito que trata o recluso/preso com dignidade penal e respeita os direitos fundamentais pessoais vingará na construção de um mundo melhor e permitirá que **seja mais fácil reeducar e reinserir**.

Muito Obrigado!

---

49 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Em Busca das Penas Perdidas..., p. 149.