



MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

**PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE:  
A OPORTUNIDADE DE UMA SANÇÃO CRIMINAL  
QUALITATIVAMENTE HOMOGÉNEA**

Dissertação com vista à obtenção do grau  
de Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Sandra Oliveira e Silva

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Junho de 2018





MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

**PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE:  
A OPORTUNIDADE DE UMA SANÇÃO CRIMINAL  
QUALITATIVAMENTE HOMOGÉNEA**

Dissertação com vista à obtenção do grau de  
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Sandra Oliveira e Silva

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Junho de 2018



## DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro, por minha honra, que o trabalho que seguidamente apresento é original e que todas as citações efetuadas estão corretamente identificadas.

Compreendo que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, junho de 2018

Maria Miguel Oliveira da Silva

*À Matilde, até porque viverá nos dias que virão.*

## AGRADECIMENTOS

Sem embargo da lida solitária que só o trabalho de investigação sabe ser, várias são as pessoas a quem devo um especial agradecimento pelos seus contributos na elaboração desta dissertação que, também por isso, lhes pertence.

À Doutora Sandra Oliveira e Silva, minha orientadora, pela pronta concordância em nortear esta dissertação, pela delimitação do perímetro das minhas reflexões e pela invulgar característica de afastar o julgamento prévio. Só nesta conjugação pôde emergir este trabalho.

Aos meus pais, pelo financiamento ético, emocional e económico, sem os quais esta tese, mas especialmente a minha vida, teriam alcançado uma paleta de tonalidades muito mais opaca.

Ao Martim Riva, meu companheiro de todas as horas e fiel partidário do rumo que tomou este trabalho, por todos os não que deveriam ter sido sins ao longo do amplo percurso académico que agora termina. O tempo incumbir-me-á da devida compensação.

À Cristina Marques, minha professora de português nos entretantos, pela habilidade em remendar-me a poesia.

À Daniela Mirante que, pela fervilhante capacidade argumentativa para divergir mesmo quando convergia, soube incutir renovado fôlego às minhas inquietações.

Ao Micael Teixeira, pela constante e sempre serena provocação intelectual na revisão deste trabalho.

À Paula Rodrigues, por uma vez mais amparar a minha incapacidade de reconhecer na língua inglesa a pulcritude que identifico na língua portuguesa.

E a todos os transeuntes deste rodopio que é a vida que tiveram, perante as minhas exposições, a ousadia do contraditório, essa atividade capital no Direito e no Mundo.

## MODO DE CITAÇÃO E OUTRAS CONVENÇÕES

### I. Acordo Ortográfico

O presente trabalho de dissertação está redigido ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República nº 35/2008, publicada na Série I do Diário da República nº 145/2008, de 29 de julho.

### II. Modo de citação

O presente trabalho de dissertação segue o modo de citação, em notas de rodapé, com respeito pela seguinte estruturação:

#### i) Monografias

As citações de monografias em notas de rodapé são identificadas segundo a ordem PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, *Título principal da obra* e página(s) ou capítulo(s) que se pretende(m) referenciar, encontrando-se as demais referências detalhadamente identificadas na bibliografia;

#### ii) Coletâneas

As citações de textos integrados em coletâneas são identificadas segundo a ordem PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, "*Título principal do texto consultado*" e indicação da(s) página(s) ou capítulo(s) que se pretende(m) referenciar, ficando integrado o nome da coletânea e demais referências na bibliografia;

#### iii) Artigos

As citações de artigos de periódicos ou revistas em notas de rodapé são identificadas segundo a ordem PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, "*Título principal do artigo consultado*" e indicação da(s) página(s) ou capítulo(s) que se pretende(m) referenciar, ficando

integrado o nome do periódico ou da revista na bibliografia, seguido da preposição *in*, bem como as demais referências bibliográficas;

iv) Documentos recolhidos da Internet

As citações de obras ou artigos consultados na internet em notas de rodapé são identificadas segundo a ordem PRIMEIRA LETRA DO NOME DO AUTOR e APELIDO, *Título principal da obra* ou "*Título principal do artigo consultado*" e a indicação da(s) página(s) ou capítulo(s) que se pretende(m) referenciar (se existirem), ficando integrado na bibliografia o sítio da internet onde os mesmos podem ser consultados, assim como as demais referências bibliográficas;

Os textos referidos foram consultados, pela última vez, no dia 21 de maio de 2018;

v) Acórdãos

As citações de acórdãos em notas de rodapé são identificadas segundo a ordem NOME DO TRIBUNAL QUE TOMOU A DECISÃO, data, número de processo e o sítio da internet onde podem ser consultados;

vi) A expressão *idem* é utilizada sempre que a obra a citar tenha sido citada na nota de rodapé imediatamente anterior e as páginas a referenciar sejam também as mesmas das da nota de rodapé anterior;

vii) A expressão *cit. in* é utilizada sempre que o autor da obra citada transcreva *ipsis verbis* as palavras de outro autor;

viii) As transcrições são apresentadas ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, ainda que o próprio autor não o adote.

### III. Traduções

As transcrições de excertos de obras de autores estrangeiros estão integralmente traduzidas sob a minha inteira responsabilidade.

### IV. Outras convenções

É utilizado o modo itálico para destacar as palavras escritas em língua estrangeira, latinismos e nas situações em que se pretende salientar o tema que está a ser abordado.

## LISTA DE ABREVIATURAS E LATINISMOS

AA. Vv.	Autores Vários
Art.	Artigo(s)
Cap.	Capítulo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEPMPL	Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
Cf.	Confrontar
<i>Cit. in</i>	Citado em
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGRSP	Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DGSP	Direção-Geral dos Serviços Prisionais
Ed.	Edição
EP	Estabelecimento Prisional ou Estabelecimentos Prisionais
EUA	Estados Unidos da América
ICPR	Institute for Criminal Policy Research
Nº	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
P.	Página(s)
<i>Passim</i>	Em várias páginas
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
S/d	Sem data
S/p	Sem página
Ss.	Seguintes
Trad.	Tradução de
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Vol.	Volume

## DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARATERES

Declaro que o corpo da dissertação possui um total de 199.990 caracteres, incluindo notas de rodapé e espaços.

“Há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever ou como quer que lhe chamem.

Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos claros, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias, procura, tateando, a unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz

lhe abra caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma conceção unitária do mundo, se superem todas as aparentes antinomias”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F. VON LISZT *cit. in* E. CORREIA, *"A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa"*, p. 33.

## RESUMO

A presente dissertação assume-se como uma interrogação ao *status quo* que impera na previsão legal das penas principais, debruçando-se exclusivamente sobre a análise da pena privativa da liberdade. Partindo de algum escrutínio histórico do instituto da prisão, prossegue com uma análise da teoria da pena, declaradamente orientada para a resposta à questão de saber à luz de qual das hipóteses teóricas (eventualmente) se concebe a aplicação de uma pena de prisão. O trabalho avança com a análise do problema carcerário, denunciando a desilusão que a consagração do instituto significa no hodierno Direito Penal, dissecando a inoportunidade da sua aplicação, vindo a desaguar numa proposta de solução ao problema apresentado, qual equação jurídico-humanista.

Palavras-chave: Direito Penal; pena privativa da liberdade; fins das penas; questão carcerária; reclusos; medidas alternativas; nova cultura penal.

## ABSTRACT

The present dissertation intends to be a questioning of the *status quo* that prevails in the legal prevision of the main sentences, focusing exclusively on the analysis of the custodial sentences. Starting with some historical scrutiny of the prison, it proceeds with an analysis of the purpose of sentencing, stately directed to the answer to the question of knowing in light of which of the theoretical hypotheses the application of a prison sentence is (eventually) conceived. The work continues with the analysis of the prison problem, denouncing the disillusionment that the consecration of the institute means in the modern Criminal Law, scalping the inexpediency of its application, arriving at a suggestion of a solution to the problem presented, as if it were a legal-humanistic equation.

Keywords: Criminal Law; prison; the purpose of sentencing; prison issue; inmates; alternative sentences; new penal culture.

## I. Considerações iniciais

*A pena privativa da liberdade* dá o mote ao trabalho que vimos encetar, este que prontamente conheceu a sua subjacente motivação nas primeiras aproximações ao Direito Penal, ainda nos meandros dos nossos preambulares estudos jurídicos, tendo vindo a reprimatizar a mesmíssima inquietação num momento posterior: as circunstâncias de agora.

Partindo da convicção de que à pena privativa da liberdade se acercam problemas de variadas índoles, convocando questões filosóficas, dogmáticas, estruturais e de carácter funcional, somos incitados a desenvolvê-las em maior profundidade. De facto, por entendermos que a privação da liberdade é elevada, no mundo jurídico, a um estatuto demasiado benigno face às inquietações que provoca, propomo-nos analisar, de seguida, cada um daqueles pontos aprofundadamente.

Suscita-se, em primeira linha, a explanação do título aplicado à presente dissertação. Empregámos a nomenclatura *pena privativa da liberdade*, ao invés de pena de prisão, por ser também essa a designação adotada pela lei penal portuguesa, sem prejuízo da posterior utilização do vocábulo prisão, à ordem de um funcionalismo linguístico.

No tocante ao subtítulo apontado, procurámos interrogar qual a *oportunidade* – na sua aceção de tempestividade e de racionalidade – de aplicar uma sanção que se revela, no fim de contas, qualitativamente homogénea.

*Qualitativamente*, no sentido em que versa sobre uma das penas principais propriamente dita, enquanto sanção abstratamente aplicável. Qualitativamente, em oposição ao que seria uma análise quantitativa, lugar onde a discussão seria centrada no problema da medida da pena.

*Homogénea*, porquanto verte a discussão sobre a pena abstratamente aplicável a todos os ilícitos penais tipificados no CP português, que apresenta igual sanção para os mais diversificados tipos de crime. Sanção essa que, dotada de um grau de suficiente aflicção, nem por isso se exime a ser aplicável a qualquer ato criminoso, mesmo que de reduzida nocividade.

Tendo em vista o tratamento da questão de uma forma suficientemente funcional, lucrámos em subdividir este trabalho em quatro partes essenciais, sem as quais pensamos ser inexecutável oferecer um enquadramento justo às controvérsias que a problemática convoca.

Assim, numa primeira abordagem, apresentaremos uma breve perspectiva histórica que, não querendo ser uma narração aturada da história da prisão, não pretende todavia eximir-se à assinalação dos casos em que a sanção era aplicada, de que forma o era efetivamente e como era percebida pelas civilizações mais anteriores a nós. Consideramos ser um capítulo inultrapassável, já que é no confronto temporal que podemos compreender que a aspiração ao progresso não conhece século.

Num segundo momento, lograremos em expor as diferentes teorias que, ao longo do tempo, se geraram em torno das finalidades punitivas e que, dali, procuraram antever qual delas a mais salutar. A nossa abordagem será, antes de mais, uma abordagem crítico-reflexiva que, perpassando, é certo, pela enunciação das hipóteses erguidas pelos maiores vultos desta nobre ciência jurídica, deparar-se-á, também, com uma linha de orientação voltada para a tentativa de identificar, eventualmente, nalguma delas, uma estruturação argumentativa suficientemente capaz de sustentar a aplicação da pena privativa da liberdade. Sabemos que, não encontrando o objeto da nossa busca, não se desvirtuam as construções teóricas em redor dos fins das penas. Destarte, apenas quisemos deslindar se o alicerce filosófico que orienta a totalidade do Direito Penal, auxiliando-o no desentranhamento das mais variadas irresoluções, ampara também uma das duas penas que lhe sustenta a gama sancionatória principal.

Questionado sobre qual a sanção mais oportuna a oferecer ao criminoso, THOMAS MORE soube responder que a melhor é muito mais fácil de encontrar do que a pior<sup>2</sup>. Motivados pela afirmação, iremos proceder ao escrutínio da forma como a pena privativa da liberdade é executada em terreno nacional, olhando brevemente para alguns ordenamentos jurídicos

---

<sup>2</sup> T. MORE, *A Utopia*, p. 27.

transnacionais, visando perceber se as críticas que se dirigem à nocividade desta pena conhecem fundamento prático.

Também porque o trabalho de investigação não há de esgotar-se numa apreciação crítica puramente desinteressada, antes querendo ser um exercício que se revele profícuo, tencionamos avançar com uma proposta eventualmente solucionadora da paradoxal conjuntura que se agregará ao longo da dissertação.

Além do mais, devemos dizer que a presente investigação apenas se dirige ao tratamento da pena privativa da liberdade, contendo como principal objeto de estudo o instituto da prisão, não versando, por isso, sobre a pena de multa, ainda que a ela se façam pontuais referências. A exclusão da abordagem prende-se com o facto de não considerarmos que a mesma padeça de uma nocividade suficientemente forte para ser englobada na crítica que se tentará levar a cabo, antes consubstanciando uma sanção declaradamente apta a responder a alguns ilícitos-típicos. Do mesmo modo, a abordagem das medidas de segurança não encontra espaço neste trabalho.

Além de tudo, as demais considerações serão tecidas em torno da atual configuração típica do CP, não integrando este trabalho a problemática da neocriminalização ou aquela dos movimentos tendentes à descriminalização de certas condutas.

## II. *Ius Puniendi*: a pena privativa da liberdade

### A) Breve abordagem histórica

A identificação da circunstância histórica em que emerge determinada instituição social ou jurídica, acoplada ao acompanhamento do desenvolvimento teórico-prático que se lhe segue, é tarefa incindível do seu profundo entendimento. É, também por isso, incontornável no trabalho que por ora nos propomos realizar.

Considerando o objeto em estudo, importará para o efeito acompanhar a cadência evolutiva da pena privativa da liberdade, aproveitando admitir que a origem da pena se confunde com a origem do próprio Direito Penal, prevalecendo numa relação simbiótica desde então, na medida em que, ao menos nos dias de hoje, a pena se traduz na mais relevante consequência jurídica do crime<sup>3</sup>.

Ora, a concretização do conceito de pena conheceu uma ampla variabilidade ao longo das fases de evolução da vingança penal. O período da vingança privada contemplava, se não somente, ao menos a possibilidade de reagir à agressão pela própria mão, traduzindo-se na insurgência primitiva por conta do ofendido face ao seu agressor<sup>4</sup>. Contudo, o direito de vingança, a *vindicta*, assentava sobre a ideia de fraternidade do sangue, isto é, desencadeava a solidariedade da família face aos perpetradores (o ofendido acolhia o apoio da sua família e o agressor recolhia o auxílio da sua), determinando o extermínio de famílias inteiras<sup>5</sup>.

A época da vingança divina, caracterizada sobretudo pelo surgimento de um poder social apto a determinar normas de condutas e a aplicar severos corretivos, conheceu o ascendente da classe sacerdotal. Este período histórico assistiu à confusão do Direito com a Moral, assim como à conversão da

---

<sup>3</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 3.

<sup>4</sup> Cf. E. FERRI, *Sociologia Criminale*, p. 520.

<sup>5</sup> Cf. J. CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, p. 14-17.

Jurisprudência num ramo das ciências sagradas onde o sacerdote era o seu natural intérprete<sup>6</sup>.

Paulatinamente, o Estado assume a manutenção da ordem social, desencadeando a fase da vingança pública. Embora se pudesse almejar o contrário, certo é que também neste período se assistiu à aplicação de penas aflitivas e não menos desumanas comparativamente com a época que lhe antecedeu<sup>7</sup>. De facto, o panorama descrito hospedou-se na Antiguidade Clássica e prosperou na Idade Média, conhecendo o seu auge com o Absolutismo e apenas declinando perante os preceitos do Iluminismo, de onde terá surgido o esboço da construção do Direito Penal enquanto ciência<sup>8</sup>.

Vejamos então, por ora em poucos traços, o *iter* histórico-doutrinário percorrido pela pena privativa da liberdade, a “flor negra da sociedade civilizada”<sup>9</sup>.

### 1. Antiguidade<sup>10</sup>

A pena privativa da liberdade enquanto meio repressivo de um comportamento ilícito não é uma realidade assim tão ancestral quanto se possa imaginar. De facto, as “prisões como locais de punição são instituições relativamente modernas; como locais de detenção são quase tão antigas quanto o próprio homem”<sup>11</sup>.

Durante largos séculos, a prisão respondeu à necessidade de assegurar a presença do criminoso até ao momento do julgamento, um esboço do que será a prisão preventiva<sup>12</sup>, sendo utilizada como uma validada

---

<sup>6</sup> Cf. J. CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, p. 20-21.

<sup>7</sup> Com efeito, “as condições da justiça penal eram desoladoras; a complexidade de foros e de leis ferozes e desiguais, expressão das diferenças profundas que existiam entre as classes, tornava os juízes piores do que os delinquentes. Procurava-se, com os mais requintados suplícios, compensar a malvadez do delito; e a sociedade, na convicção de que a pena cruel era o melhor antídoto contra o crime feroz, não notava que, não obstante os suplícios, os crimes aumentavam constantemente”. J. CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, p. 24.

<sup>8</sup> Cf. E. CORREIA, *Direito Criminal*, p. 88-89.

<sup>9</sup> N. HAWTHORNE, *A letra escarlata*, p. 53.

<sup>10</sup> Período histórico comumente associado ao ciclo compreendido entre 4.000 a.C. e 476 d.C.

<sup>11</sup> R. HINDE, *The british penal system*, p. 11.

<sup>12</sup> Cf. E. CORREIA, “*La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963*”, p. 230.

“antecâmara de suplícios”<sup>13</sup>. Assim, não é possível afirmar um ascendente histórico que ratifique a existência da pena de prisão enquanto sanção efetiva, exceto se se considerar a *détention dite coercitive*, com vista a obrigar os condenados ao pagamento de penas pecuniárias<sup>14</sup>.

Pelo exposto, apenas desenvolveremos a vertente histórica da aplicação da pena de prisão a partir do período associado à civilização da Roma Antiga, dada a frugal consideração atribuída à pena privativa da liberdade pelas civilizações antecedentes<sup>15</sup>. De todo o modo, podemos afirmar que nos casos em que a pena de prisão era realmente aplicada, não configurava mais do que a intenção de causar sofrimento ao condenado em virtude da abstinência de autonomia, acentuada pelo “uso dos grilhões, das torturas ou dos trabalhos forçados”<sup>16</sup>.

a. Se no período monárquico da *Roma Antiga* a pena privativa da liberdade mostrou parca expressão<sup>17</sup>, o período republicano acolheu amplamente a aplicação da prisão como medida preventiva e disciplinar. De facto, escravos e plebeus que houvessem praticado delitos de diminuta gravidade, poderiam esperar o encarceramento em prisões públicas<sup>18</sup>. Aqui, os prisioneiros eram inseridos num regime de detenção simples ou num regime de detenção com ferros ou correntes, com a agravante de a duração do

---

<sup>13</sup> L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, p. 73.

<sup>14</sup> Cf. E. CORREIA, “*La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963*”, p. 230.

<sup>15</sup> Para estas, a prisão era um mecanismo insuficientemente punitivo, sendo ilustrativo atender a que a *civilização chinesa* dispunha de um catálogo de punições assente na pena de morte, na castração, no enclausuramento, na amputação dos pés e do nariz, na marca a ferro quente e na decapitação e considerando que a *civilização egípcia* previa o espancamento, o empalamento, a mutilação e o lançamento aos crocodilos, não descurando que a *civilização assíria* aplicava, entre o mais, uma pena baseada na provocação de cegueira pela extração dos olhos. Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 17-51; R. VERSTEEG, *Law in Ancient Egypt*, p. 154-156; L. THÓT, *A evolução histórica do Direito Penal*, p. 5.

<sup>16</sup> E. CORREIA, “*La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963*”, p. 230.

<sup>17</sup> Apesar da fraca expressão, importa apontar que, curiosamente, foi durante este período histórico que emergiu a primeira grande prisão do mundo, o Cárcere Mamertino, no decurso do século VII a.C.

<sup>18</sup> Por outro lado, os cárceres privados (*ergastulum*) eram utilizados na punição dos escravos pelos respetivos senhores e no encarceramento dos devedores civis, apesar de terem sido abolidos, posteriormente, por imposição do Imperador Adriano “que, durante o seu reinado, procurou humanizar a condição dos escravos”. Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 52-57.

encarceramento poder ser perpétua ou temporária, determinação muitas vezes deixada ao arbítrio dos magistrados<sup>19</sup>.

Inicialmente, as prisões romanas previam um regime de encarceramento comum, não se distinguindo qualquer separação por género, idade, gravidade do crime ou mesmo situação processual (isto é, distinção entre agentes meramente acusados e agentes já condenados). Posteriormente, já no período imperial, a promiscuidade de sexos haveria de conhecer a separação em 5 de abril de 340<sup>20</sup>.

Efetivamente, é no período imperial – e mais concretamente com o Imperador Constantino – que as condições de vida dos prisioneiros são pela primeira vez tidas em consideração, ainda que minguadamente, procurando diminuir o sofrimento infligido àqueles em contexto prisional<sup>21</sup>. A título de exemplo, aponte-se a abolição da pena de prisão perpétua, a determinação de saída da prisão aos domingos para serem levados a banhos públicos, a eliminação da violência gratuita e a obrigação de o Estado custear as despesas necessárias à vida dos reclusos<sup>22</sup>.

Apesar do louvável progresso, neste âmbito, face às anteriores civilizações, não deve deixar de se apontar que as prisões da época eram lugares subterrâneos, insalubres e repelentes, constituindo “verdadeiras masmorras do desespero e da fome”<sup>23</sup>. Apesar do meritório avanço, não deve deixar de se sublinhar que o Direito Penal romano representou uma ideologia criminal que, não satisfeita com a previsão da pena capital, discutiu até a sua execução<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. C. DAREMBERG, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, p. 918.

<sup>20</sup> Cf. THE THEODOSIAN CODE, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions*, p. 229.

<sup>21</sup> Cf. T. MOMMSEN, *El Derecho Penal romano*, p. 310.

<sup>22</sup> Cf. F. G. RODRÍGUEZ MAGARIÑOS E J. NISTAL BURÓN, *La historia de las penas*, p. 42.

<sup>23</sup> P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 67.

<sup>24</sup> Os condenados à morte eram, inicialmente, executados por crucificação, passando posteriormente a ser queimados vivos, lançados às feras, degolados ou sufocados em água, sendo um saco cosido no próprio condenado para o efeito. Cf. L. THÓT, *A evolução histórica do Direito Penal*, p. 43.

## 2. Idade Média<sup>25</sup>

A queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., motivada pela ocorrência das invasões bárbaras, convocou uma substancial modificação das relações institucionais de então. Motivada pela aura de insegurança vivida nas cidades, a população encetou um intenso processo de ruralização social, determinando múltiplas situações de subordinação de um camponês a um senhor feudal que, mediante certa contraprestação, lhe conferia proteção.

Surgia o feudalismo.

Perante a descentralização do poder político, não admirará que o sistema de punição estatal se tenha tornado impraticável<sup>26</sup>, permitindo a implementação da arbitragem privada.

Como mecanismos de punição emergiam a composição pecuniária e a fiança que, a seu tempo, foram substituídas por castigos corporais e pela pena de morte, apenas mais tarde cedendo espaço à pena de prisão<sup>27</sup>.

A privação da liberdade era concebida, naquela que era uma sociedade altamente religiosa, como uma oportunidade de penitência, uma oportunidade de arrependimento e redenção divina.

Apesar da concepção nada concordante com os valores penais dos dias de hoje, certo é que às instituições cristãs se ficou a dever uma certa humanização do sistema carcerário do início da Idade Média. É neste contexto que se assiste à diferenciação entre prisão laica e prisão eclesiástica, na medida em que estas introduziram o conceito de edificação de lugares destinados ao encarceramento, sendo que até então o encarceramento era levado a cabo dentro de castelos, fortalezas ou conventos<sup>28</sup>.

O sistema penitenciário eclesiástico abraçou, portanto, o objetivo da reforma moral do indivíduo, procurando diminuir em larga escala as medidas consideradas bárbaras à época. Apesar desse intuito, o sistema penitenciário eclesiástico previa dois tipos de encarceramento: o *murus largus*, que admitia o contacto dos reclusos com o exterior, inclusivamente a sua saída; e o *murus strictus*, que envolvia o acorrentamento dos reclusos às paredes das celas

---

<sup>25</sup> Período histórico comumente associado ao ciclo compreendido entre 476 d.C. e 1453.

<sup>26</sup> Cf. T. CHIAVERINI, *Origem da pena de prisão*, p. 19.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 73.

subterrâneas e obscuras<sup>29</sup>. O isolamento celular era a regra, servindo o propósito da penitência e motivando a prática da meditação.

Assim, se por um lado as instituições cristãs davam decisivos passos no caminho da humanização do Direito Penal, desde logo introduzindo conceitos inovadores como o da abominação do sangue, o da remodelação do caráter do criminoso ou mesmo a necessidade de melhoramento das condições de vida dos condenados, por outro fundamentava esses valores em conceitos díspares que envolviam a ideia de expiação, castigo e retribuição, não tendo sido capazes de levar uma concepção verdadeiramente inovadora até às últimas consequências.

Ainda assim, e apesar de todas as suas limitações, o sistema penitenciário eclesiástico não deixou por isso de significar um firme progresso face ao sistema penitenciário laico, o qual se afigurava como mero depósito de um fenómeno de triagem social e onde a delinquência obedecia à política da exclusão. Aí, os reclusos poderiam contar com dois obstáculos à própria sobrevivência: as temerosas condições de existência e as temerosas ações dos carcereiros.

### 3. Idade Moderna<sup>30</sup>

A crise do feudalismo germinou fortes convulsões sociais, também motivadas pela substituição da visão religiosa do mundo pela ótica da nova classe que havia despontado: a burguesia. Impulsionada pelo ideal lucrativo propagandeado pela economia urbana, a população estreou um movimento de migração para a metrópole, provocando sérias dificuldades à sua absorção. A criminalidade, assim como a mendicidade emparelhada com a vagabundagem e a prostituição, não tardaram a desabrochar num cenário propício à sua proliferação.

A conjugação de todos estes fatores culminou numa relevante questão penal: que destino dar aos delinquentes?

Por um lado, impunham-se os ideais do Renascimento que, também assentes na máxima do individualismo, arrasavam qualquer tipo de consciência

---

<sup>29</sup> Cf. T. BURACCHI, *Origini ed evoluzione del carcere moderno*, cap. 2.2.

<sup>30</sup> Período histórico comumente associado ao ciclo compreendido entre 1453 e 1789.

social. Por outro, prosperava a necessidade de otimização de recursos na busca infundável dos proventos prometidos pelo sistema económico que eclodia. Assim, estavam criadas as condições para que a classe dominante concluísse que, melhor do que a política da eliminação, seria o aproveitamento da força de trabalho dos criminosos.

Por esta altura surgia na Europa um instrumento capaz de ritmar o dia a dia, marcando-o segundo a precisão racional das horas: o relógio<sup>31</sup>. Esta nova forma de organização do tempo significou uma mudança de paradigma que veio contribuir para a instituição da pena de prisão nos contornos atuais.

Despontava ainda a oportunidade de questionar as práticas edificadas no plano jurídico. THOMAS MORE destinava a conceção da pena a uma finalidade reeducativa e exaltava a necessidade da compreensão das motivações do crime, sem por isso deixar de sugerir a utilidade dos criminosos não violentos no serviço à comunidade e a oportunidade da aplicação da escravidão aos perpetradores de crimes mais graves<sup>32</sup>.

Emergiam prisões e casas de correção na Europa destinadas à recolha dos protagonistas do pauperismo – mendigos, vagabundos e prostitutas – com a finalidade de os corrigir segundo os ditames do trabalho obrigatório economicamente produtivo<sup>33</sup>.

Primeiro em Londres, foi inaugurada em 1555 a *Bridwell - House of Correction*, orientada para o incitamento do trabalho árduo aos prisioneiros, designando-lhes por um lado a suportaçã das suas próprias despesas e por outro a venda externa do resultado desse trabalho com vista à promoção da recuperação económica da nação<sup>34</sup>. Perante o êxito obtido, seguiram-se-lhe EP semelhantes em Oxford, Salisbury, Norwich e Glouchester. O trabalho como parte integrante da formação reeducativa havia sido promovido à categoria de trabalho forçado como medida puramente penal<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. A. JÚNIOR, *Coleção História*, p. 144-145.

<sup>32</sup> Note-se que, pelo critério da utilidade pública, renegava a pena de morte. Além disso, defendia o direito premial, convidando os cidadãos à virtude. Cf. T. MORE, *A Utopia*, p. 25-27 e 88-89.

<sup>33</sup> Cf. T. BURACCHI, *Origini ed evoluzione del carcere moderno*, 2.2.

<sup>34</sup> Cf. E. CORREIA, "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963", p. 236-237; P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 87-88.

<sup>35</sup> L. FOX, *The english prison and borstal systems*, p. 24.

O triunfo exordial das *Bridwells* desencadeou nos anos subsequentes a implementação de casas de correção em países como a Holanda<sup>36 37</sup>, a Alemanha e Itália<sup>38 39</sup>.

#### 4. Idade Contemporânea<sup>40</sup>

Se até então os sistemas punitivos ofereceram essencialmente a aplicação de penas corporais e infamantes aos delinquentes, remetendo a detenção em prisões a uma finalidade preventiva ou excecional, o certo é que o século XVIII veio anunciar a pena privativa da liberdade como o suporte de todo o sistema de repressão criminal dali em diante<sup>41</sup>. A prisão convertia-se, portanto, na “pena rainha dos sistemas jurídicos ocidentais”<sup>42</sup>. A partir desse momento, e em grande medida devido ao afloramento do movimento iluminista, a pena de prisão adquiriu o estatuto de reação constante ao crime, por ora fundamentada em ideais regenerativos e pedagógicos que descartavam a vereda do suplício<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> A casa de correção proposta por JAN LAURENSZON SPIEGEL em 1589, no âmbito de uma proposta preparada por magistrados de Amesterdão, sugeria um tratamento não infamante para com os prisioneiros, a não publicação das sentenças, o sigilo da identidade dos condenados, o incitamento ao trabalho em diferentes indústrias (que haveria de ser remunerado e entregue no dia da sua libertação), a disponibilização de bons alojamentos, salutar alimentação e ainda um espaço de recreação. Cf. R. DA COSTA ANTUNES, *Problemática da pena*, cap. VII, §39.

<sup>37</sup> Em 1595 surgia em Amesterdão a *Tuchthuis* (casa correcional masculina) e em 1596 a *Spinhuis* (casa correcional feminina). Apesar da considerável melhoria das condições de vida dos prisioneiros, os castigos decorrentes da violação das regras disciplinares ainda se mantinham fiéis à crueldade, importando salientar o corretivo em *cela d'água*, onde o castigado era deixado num compartimento sistematicamente inundado de água vinda do andar superior e onde apenas tinha à sua disposição uma bomba de escoamento que, depois de constantemente acionada para evitar o afogamento, provocava o seu desfalecimento. Cf. R. DA COSTA ANTUNES, *Problemática da pena*, §39.

<sup>38</sup> Em Florença foi fundado o Hospício de São Felipe Neri em 1653, importante antecedente histórico da prisão do século XIX, na medida em que o seu regime penitenciário previa já a imposição de um isolamento celular bastante rigoroso que impedia os próprios prisioneiros de conhecerem a identidade dos seus pares. Cf. T. BURACCHI, *Origini ed evoluzione del carcere moderno*, 2.2.

<sup>39</sup> Em Roma foi criada a Casa de Correção de St. Michel, em 1704. Cf. E. CORREIA, *"La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963"*, p. 238.

<sup>40</sup> Período histórico comumente associado ao ciclo decorrido desde 1789 até à atualidade.

<sup>41</sup> Cf. E. CORREIA, *"La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963"*, p. 230-232.

<sup>42</sup> S. OLIVEIRA E SILVA, *"A liberdade condicional no direito português"*, p. 349.

<sup>43</sup> Cf. E. CORREIA, *"La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963"*, p. 230-232.

A concepção filosófica e doutrinal da pena *lato sensu* exprimiu na época importantes mutações, contribuindo para o melhoramento das condições de vida nas prisões<sup>44</sup>. Foi, também por isso, o tempo da experimentação para os reformadores penitenciários<sup>45</sup>. Neste contexto, são incontornáveis os preciosos contributos ofertados por JOHN HOWARD, JEREMY BENTHAM e CESARE BECCARIA.

JOHN HOWARD deixou um legado de denúncia das condições de vida praticadas nas prisões do final do século XVIII. Viajante e filantropo, teve conhecimento de causa do seu objeto de estudo quando em 1755 se dirigia a Portugal para socorrer a população que havia sido devastada pelo terramoto e foi retido por corsários franceses que o aprisionaram em Brest<sup>46</sup>. Movido pela situação que havia experienciado e após inúmeras visitas a instituições penitenciárias europeias, apresentou em 1777 os resultados da sua pesquisa na obra *The state of the prisons in England and Wales*, descrevendo a promiscuidade e a imundície daquelas<sup>47</sup> e avançando com algumas propostas de cariz pragmático.

Para HOWARD era imperativo que os delinquentes fossem regenerados pelo trabalho (*"make them diligent and they will be honest"*<sup>48</sup>), devendo ser mantidos num contexto de isolamento celular ao menos no período noturno<sup>49</sup>, mas proporcionadas as devidas condições de alimentação, higiene, educação religiosa e inspeções periódicas<sup>50</sup>. Apesar das suas investidas, a concepção não foi suficientemente considerada no seu país, pois não obstante o *Penitentiary Act* de 1779, as prisões idealizadas não chegaram a ser construídas.

Contudo, a ideologia de HOWARD foi importada com enorme fulgor pelos EUA que, sob a égide da *Philadelphia Society*, criou a *Newgate Prison*: a primeira prisão celular.

---

<sup>44</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 95-96.

<sup>45</sup> A propósito, "foi este tão bem-intencionado, e sem dúvida necessário, protesto contra a velha ordem das coisas que deu início a uma série de experiências em animais vivos – os prisioneiros – e que, removendo grande parte dos escândalos e das crueldades então existentes, inaugurou uma máquina para a aplicação de sofrimento, em comparação com o qual as velhas barbaridades eram relativamente curtas e misericordiosas". G. IVES, *A History of penal methods*, p. 171.

<sup>46</sup> Cf. E. MENDOZA BREMAUNTZ, *Derecho Penitenciario*, p. 75.

<sup>47</sup> Cf. T. CHIAVERINI, *Origem da pena de prisão*, p. 96-97.

<sup>48</sup> Fá-los diligentes e serão honestos.

<sup>49</sup> Cf. E. CORREIA, "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963", p. 239.

<sup>50</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 98-99.

Por seu turno, JEREMY BENTHAM amplificou o trabalho que havia sido realizado até ao momento por HOWARD, designadamente no ideal de reforma e correção dos reclusos. Na exata medida com que rejeitava firmemente a pena de morte, com a mesma convicção defendia o encarceramento para os delinquentes, desde que o regime penitenciário assentasse em algumas diretivas fundamentais: a separação dos reclusos por género, a prestação de alimentação, vestuário e higiene adequada e a aplicação de um rigoroso regime disciplinar<sup>51</sup>. Ademais, o regime carcerário não deveria deixar de implementar uma política capaz de conjugar os conceitos de “doçura”, “rigor” e “severidade” para com os encarcerados<sup>52</sup>.

Como utilitarista, BENTHAM mantinha uma conceção muito estrita do catálogo de crimes penalmente puníveis, limitando a atuação do Estado laico na exata medida em que somente as lesões aos bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade deveriam ser encaradas como um crime<sup>53</sup>.

Na sua obra *Panopticon* arquiteta um edifício ideal de acordo com o qual, transportando para o plano prisional, existiria uma vigilância constante das celas dos prisioneiros levada a cabo por um observador – o guarda prisional – a partir da torre de observação, com o intuito de refrear os seus impulsos<sup>54</sup>.

Sem prejuízo da originalidade da conceção do sistema prisional que à época representou a sua proposta, não deixa nem por isso de significar uma solução demasiado primária que aglutina múltiplas ciências numa “simples ideia arquitetónica”<sup>55</sup>. Seja como for, a sua obra realçou a virtualidade de inverter a máxima da masmorra que tranca, priva de luz e esconde, apesar de impossibilitar qualquer contacto entre reclusos<sup>56</sup>. Seja como for, a sua obra viria a inspirar a construção dos EP de *Eastern State Penitentiary* (Filadélfia) e *Pentonville Prison* e *Millbank Prison* (Londres)<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> Cf. L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, p. 93.

<sup>52</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 104-105.

<sup>53</sup> Neste contexto, considerava não existir uma justificação racional para considerar a homossexualidade um crime, numa época em que por toda a Europa se punia a sodomia com a pena de morte. Cf. T. CHIAVERINI, *Origem da pena de prisão*, p. 102-103.

<sup>54</sup> Cf. B. BARTON E M. BARTON, *Modes of power in technical and professional visuals*, p. 138.

<sup>55</sup> J. BENTHAM, *The Panopticon Writings*, p. 1.

<sup>56</sup> Cf. T. CHIAVERINI, *Origem da pena de prisão*, p. 110.

<sup>57</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 106.

É todavia com CESARE BECCARIA que, em 1764, o universo jurídico é confrontado com um novo paradigma assente no postulado da “doçura penal”. Em *Dos Delitos e das Penas* apresenta um sistema penal tendencialmente apartado da previsão da pena de morte, da tortura e das penas tormentosas, advogando que as sanções penais deveriam ser públicas, prontas, necessárias, tipificadas, proporcionais aos delitos e as mais curtas possíveis<sup>58</sup>. As suas considerações em muito se deviam ao critério da prevenção criminal, procurando afastar os delinquentes do caminho do crime através das normas penais – que deveriam desencorajá-los a todo o tempo.

Percebendo a prisão com uma verdadeira pena, BECCARIA considerava, contudo, que esta expunha um cenário de miséria e fome, onde escasseava a compaixão e a humanidade (os grandes pilares da sua proposta), o que apenas contribuía para converter a privação da liberdade num suplício infligido aos prisioneiros<sup>59</sup>. Seja como for, no seu papel de magistrado político camarário da Lombardia austríaca pugnou pela melhoria das condições de vida dos condenados, procurando garantir substanciais modificações como a disponibilização de lençóis aos doentes, o fornecimento de uma dieta adequada e o alongamento dos grilhões de forma a facilitar o trabalho e o passeio.

#### 4.1. Os sistemas penitenciários do século XIX

Inspirados pelo movimento penal que desabrochava na Europa, os EUA iniciaram, por volta do ano de 1788, aquele que haveria de constituir um movimento de proliferação de EP. Contudo, e apesar das variadas reflexões que até ao momento já haviam sido produzidas na matéria, o que sucedia na prática nas prisões americanas desprezava qualquer conceção educativa da pena privativa da liberdade<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cf. C. BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p. 92- 99, 118-126 e 163.

<sup>59</sup> Cf. C. BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p. 127.

<sup>60</sup> Nas palavras de S. PLAWSKI, *Droit Pénitentiaire*, p. 52-53, a propósito do que ocorria no EP de Walnut Street, “por todo o lado se pode assistir ao espetáculo do sexo sem restrições. Ninguém trabalha e os acusados que ainda aguardam julgamento, bem como aqueles que estão simplesmente presos por dívidas, não estão separados dos condenados pelos crimes mais repugnantes; nenhuma separação é feita em função da idade ou do sexo, seja de dia ou de noite; os detidos espalham-se pelo chão, ao lado uns dos outros, não tendo a maioria nada que se assemelhe a uma cama ou cobertores. A partir do momento em que os presos foram colocados em alas diferentes consoante o sexo, as trinta ou quarenta mulheres

Perante as circunstâncias, a *Philadelphia Society for Alienating the Miseries of Public Prisons* – sociedade de clara inspiração *Quaker*<sup>61</sup> – agendou o termo da libertinagem vivida no seio dos EP, estabelecendo uma política de abstinência de bebidas alcoólicas, trabalhos forçados e isolamento celular<sup>62</sup>. Este movimento de reforma do sistema penitenciário viria a dar origem ao Sistema (penitenciário) de Filadélfia, em 1790.

O sistema dito *filadelfiano*<sup>63</sup> preconizava a solidão compulsória, de acordo com a qual a pena deveria ser individual e individualizante, isolando o recluso de qualquer contacto. Graças a um sistema de prisão celular integral, os reclusos deveriam permanecer na cela todo o dia e toda a noite, dedicando o seu infundável tempo à oração e à meditação, a fim de gerar a sua reconciliação com Deus e promover o exame de consciência, transformando a consciência de cada indivíduo num instrumento penal<sup>64</sup>. A única possibilidade de convívio decorria das visitas restritas ao diretor, ao responsável pela instrução religiosa e aos membros da *Philadelphia Society*<sup>65</sup>.

Se de um ponto de vista social os reclusos eram completamente castrados, ainda mais o eram do ponto de vista ocupacional, já que estavam vinculados à procrastinação, apesar de esta situação ter acabado por ceder espaço à permissão do trabalho artesanal, pois a ausência de atividade conduzia os reclusos à loucura<sup>66</sup>.

Em virtude das inúmeras críticas à severidade do sistema dito filadelfiano e à impossibilidade de readaptação social do recluso devido ao isolamento absoluto, surge em 1824 o Sistema (penitenciário) de Auburn.

Contudo, conforme afiançou FRANCISCO LASTRES, “querendo evitar a crueldade do sistema pensilvânico, criou-se um outro que é todavia mais

---

que haviam sido detidas deixaram-na imediatamente; as mulheres tinham, de facto, o hábito de se fazerem deter por dívidas fictícias, a fim de participarem nas orgias que lá ocorriam. As bebidas alcoólicas jorravam como água. Após o julgamento, os detidos libertados permaneciam ainda durante algum tempo na prisão, desde que ajustassem com o carcereiro o custo da sua estadia.”

<sup>61</sup> Cf. P. NETO, *A prisão e o sistema penitenciário*, p. 53.

<sup>62</sup> Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 109.

<sup>63</sup> Sistema que foi aplicado, por exemplo, em algumas prisões dos EUA (na *Walnut Street* e na *Eastern Penitentiary*) e nas prisões francesas, belgas, espanholas, alemãs e portuguesas. Cf. E. CORREIA, “*La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963*”, p. 243.

<sup>64</sup> D. MELOSSI e M. PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 198-204.

<sup>65</sup> A exigência valia plenamente, ou não fosse o recluso vendado quando excepcionalmente saía da cela.

<sup>66</sup> Cf. L. GARRIDO GUZMÁN, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, p. 82.

terrífico”<sup>67</sup>. De facto, o *sistema dito auburniano*<sup>68</sup> prescrevia o isolamento celular noturno e o trabalho em comum durante o dia mas em absoluto silêncio. A vinculação ao silêncio atuava com plenitude: os reclusos não tinham permissão para dialogar, trocar cartas, sorrir, gesticular, entreolhar-se, cantar, assobiar nem dançar. O regime disciplinar era rigoroso, sendo qualquer infração ao regulamento punida imediatamente com recurso a castigos corporais<sup>69</sup>. Era obrigatória a utilização de uniforme e cabelo rapado, assim como a marcha em fila indiana<sup>70</sup>. E, além disso, era ministrada a formação escolar mínima e o acompanhamento religioso.

O sistema dito auburniano acabou por alcançar acolhimento na maioria das prisões sitas nos Estados Unidos, de tal forma que se traduziu em sinónimo de sistema penitenciário norte-americano<sup>71</sup>. Contudo, se os propósitos da sua génese colhiam inspiração no desejo reforma, a aplicação das suas sugestões não contribuiu para a melhoria da sanidade mental dos reclusos, pois a perpetuação do isolamento fora da cela tornava insuportável a resistência ao impulso natural da interação humana.

Estreitava, pois, a urgência de um regime penitenciário renovado que atribuísse um carácter humano à pena de prisão. Novos conceitos não tardaram a chegar, assumindo diversas variantes do regime penitenciário progressivo.

O *sistema progressivo* consiste, justamente, na execução da pena de prisão de uma forma gradual, apresentando uma função reintegradora da vida moral e social dos reclusos ao prepará-los para a vida em sociedade através de uma liberdade sucessiva<sup>72</sup>. Rompendo com os cânones do isolamento absoluto, o sistema progressivo previa que a execução da pena de prisão se iniciasse com um curto período de total isolamento celular, evoluindo para um período de trabalho em comum apesar de silencioso e culminando num último

---

<sup>67</sup> F. LASTRES, *Estudios sobre Sistemas Penitenciarios*, p. 123.

<sup>68</sup> Sistema aplicado, primeiramente, na penitenciária de Auburn. Na Europa, foi acolhido na Suíça, Sardenha e Baviera por um curto período de tempo.

<sup>69</sup> Cf. L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, p. 130.

<sup>70</sup> Por isso se deve ao sistema dito auburniano o estilo de vida militar existente até hoje no seio das prisões. Cf. D. MELOSSI e M. PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 205.

<sup>71</sup> Cf. D. MELOSSI e M. PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, p. 171.

<sup>72</sup> Cf. E. CORREIA, *"Estudo sobre a evolução histórica das penas no direito português"*, p. 126.

período de liberdade condicional, que poderia contudo ser precedido por um período de estada numa prisão intermediária<sup>73</sup>.

De entre as variantes decorrentes do sistema progressivo importa destacar o sistema de Maconochie<sup>74</sup>, o sistema inglês<sup>75</sup>, o sistema de Crofton<sup>76</sup> e o sistema de Montesinos<sup>77</sup>.

#### 4.2. Um aceno objetante à pena privativa da liberdade

O desfecho do século XIX e a primeira metade do século XX revelam-se densos nas questões que colocam à esfera punitiva, em particular no que respeita à manutenção da pena de prisão nos moldes até aqui previstos. Desgastada pelas sucessivas reformas ideológicas de que foi alvo, a pena privativa da liberdade vê-se a braços com uma ala denunciadora das suas deficiências.

---

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> Também designado *mark system*, este sistema penitenciário aspirava à reabilitação efetiva do condenado prevendo que, através do bom comportamento e da realização do seu trabalho, recebesse um determinado número de pontos. A soma dos pontos alcançados haveria de, numa certa meta, conferir-lhe a chave da sua liberdade. Assim, numa primeira fase, era aplicado ao recluso o sistema filadelfiano durante um período mínimo de nove meses, para de seguida ver ser-lhe aplicado o sistema auburniano, com a previsão de passagem por quatro estádios que compreendiam a melhoria da sua situação carcerária consoante a subida. Por fim, era concedida a liberdade condicional mediante a soma dos referidos pontos. Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 118-121.

<sup>75</sup> Também designado *penal servitude system*, decorreu do aperfeiçoamento do sistema de Maconochie, estabelecendo que o período de isolamento celular não deveria ser inferior a um ano e aconselhando ao trabalho no interior da cela. Durante a segunda fase, o recluso já era autorizado a manter diálogo com os seus companheiros de jornada, apesar de serem vigiados e estarem adstritos à soma de um mínimo de seis pontos diários para passagem à fase seguinte, sob pena de permanência no mesmo estádio por mais seis meses. Era admitida a remuneração do trabalho do recluso. Cf. P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 121-122.

<sup>76</sup> Apesar de se basear no sistema inglês, o também denominado *regime progressivo irlandês* apresenta um desvio de fulcral relevo face ao sistema seguido em Inglaterra, já que ao invés de permanecer na mesma fase por mais seis meses quando não obtinha os pontos necessários, o recluso regredia de estádio. Além do mais, o sistema irlandês determinava que, após a passagem pelo isolamento celular (período penal) e pelo período da vida em comum durante o dia (período da reforma), os reclusos fossem transferidos para outras instalações (período da prisão intermédia) a fim de transitarem entre a vida no cárcere e a fase da liberdade condicional. Cf. F. LASTRES, *Estudios sobre Sistemas Penitenciarios*, p. 133-143.

<sup>77</sup> A execução da pena de prisão segundo os ditames do sistema de Montesinos estabelecia a passagem dos reclusos pelo “período de ferros”, pelo “período do ofício” e pelo “período da liberdade intermédia”. No primeiro período dedicavam-se aos serviços de limpeza do estabelecimento, estando vinculados à utilização da grilheta ou do ferro. No segundo período recebiam formação profissional e trabalhavam nas oficinas e *ateliers* da prisão. No último período, passavam pelas “*duras pruebas*”, que consistiam na respetiva preparação para a vida em sociedade e através das quais cumpriam trabalhos fora da prisão sem qualquer escolta policial. Cf. L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, p. 135-140; P. CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade*, p. 126-128.

Com efeito, estrearam-se vozes na comunidade jurídica propugnando a aplicação de penas distintas da pena de prisão, uma ode à manutenção do equilíbrio diário do delinquente que não o desancorasse do contacto social. Os patrocinadores desta conceção diagnosticavam, então, que o modelo até então aplicado falhava redondamente os seus intentos ressocializadores, além de que fomentava os índices de reincidência, falecendo no seu próprio propósito reabilitador. ENRICO FERRI, por seu turno, desencadeou a primeira campanha contra a pena de prisão e o seu posicionamento crítico motivou uma crescente atenção doutrinal face à possibilidade de aplicação de penas substitutivas e alternativas<sup>78</sup>.

Assim, é neste contexto que se inicia, por volta dos anos 70, o desenho do catálogo que viria a ser designado por penas substitutivas da pena de prisão, pelo que estava iniciado o movimento de pesquisa de “sanções que fossem vistas como eficazes para realizar o nível adequado de reprovação, tendo em consideração, para tanto, as características qualitativas da sanção, a natureza do delito e, bem assim, se o autor da infração [era] um adulto ou um jovem”<sup>79</sup>.

Por outro lado, vozes bradavam pela manutenção do regime até aqui estabelecido, esclarecendo que a pena de prisão era útil e necessária à preservação da paz social, constituindo um mecanismo de controlo da ordem pública. Além disso, apontavam a ineficácia de penas distintas da prisão no combate à alta criminalidade.

O certo é que, após o seu período apogético (séculos XVIII e XIX), a pena privativa da liberdade não mais deixou de ser questionada, tendo-lhe sido inclusivamente apontado o fracasso dos seus fins, reconhecida a sua nocividade e denunciada a sua abusiva aplicação. Diante da falência da instituição, não tardaram a abeirar-se novas propostas de resolução da “questão penal”, de onde conseguimos sobretudo destacar o *movimento abolicionista radical*<sup>80</sup> e a *perspetiva reformista*<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Cf. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 21.

<sup>79</sup> V. MARINOS, “*Thinking about penal equivalents*”, p. 451.

<sup>80</sup> Para os defensores do *abolicionismo*, a pena de prisão constitui um “sequestro institucional” que acarreta a corrupção da substância humana. Perseguem, por isso, o objetivo de alcançar “não um Direito Penal melhor, mas algo melhor do que o Direito Penal”, advogando a abolição da pena privativa da liberdade e desconsiderando inclusivamente as propostas alternativas, que afirmam constituir “mais do mesmo”. Ora, perante o corte radical com a

---

conceção então vigente, apresentam uma solução baseada no *prevencionismo*, de acordo com o qual o crime deve, antes de mais, ser prevenido através da intervenção direta nos potenciais delinquentes, preferencialmente através de medidas de caráter não policial. Os abolicionistas, apesar de levarem a cabo uma relevante denúncia (segundo os quais a letra da lei penitenciária prolonga um estado de esquizofrenia entre a imagem da prisão legal e a prisão real), não se fizeram crer na comunidade jurídica pela ausência de propostas palpáveis, perecendo na rua da utopia e da demagogia. Cf. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 42-44.

<sup>81</sup> Por seu turno, o *reformismo* aspira à apresentação de fórmulas que superem a execução clássica da pena de prisão, sugerindo modernas e humanitárias formas de cumprimento da sanção penal, inaugurando o conceito de penas substitutivas. Importa sublinhar que os reformistas não almejam a supressão da pena privativa da liberdade do catálogo penal, apenas aconselhando a recondução ao seu devido lugar no plano legal e prático: constituir a *ultima ratio* da reação estatal. Neste contexto, negam convictamente a aplicação de penas privativas de curta duração. Cf. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 44-45.

### III. O lugar das finalidades punitivas na privação da liberdade

A pena é o ponto de partida e o ponto de chegada do Direito Penal. Talvez por isso a discussão acerca dos fins das penas nunca tenha estancado. Conforme diagnostica FIGUEIREDO DIAS, “a razão de um tal interesse e da sua pertinência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal”<sup>82</sup>, confirmando que “qualquer análise dos fundamentos do Direito Penal não pode ainda hoje furtar-se à tentativa de fazer o ponto da querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo. Até porque, quantas vezes, sob o manto de problemas e designativos velhos se escondem novidades emergentes ou mesmo progressos já consolidados”<sup>83</sup>.

Assim sendo, aproveitará refletir sobre as principais tentativas de resposta que a ciência penal, bem como a teoria do Estado e a própria filosofia, procuraram facultar à *vexata quaestio*: porquê punir?

EXNER diz-nos que “uma das maiores singularidades da história do nosso pensamento [é] que, desde que se conhecem, os homens tenham punido crimes e que, desde que se conhecem, disputem entre si acerca do fim para que o fazem e acerca do modo como o fazem”<sup>84</sup>. Na narração penal portuguesa a tendência não foi e não é, hoje, diferente<sup>85</sup>. Torna-se verdadeiro assumir, por isso, que também no nosso trabalho hermenêutico se revela imperiosa a abordagem de uma tal temática já que, quando identificarmos a nossa esteira ideológica, estaremos francamente mais dotados a nortear as futuras irresoluções. Todavia, além da auscultação das principais teorias que procuraram legitimar a aplicação da pena em geral, procuraremos também nelas encontrar um fundamento que eventualmente justifique a aplicação, em

---

<sup>82</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 44.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> F. EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt*, p. 6.

<sup>85</sup> Vejam-se, entre outros, E. CORREIA, *Direito Criminal*, p. 39-76; M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, p. 119-144; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 43-64.

especial, da pena privativa da liberdade, desde logo pelo encargo que suporta enquanto elevada a sanção principal.

### 1. Teorias absolutas ou da retribuição

As doutrinas da retribuição encerram há muito os conceitos de expiação, castigo, reparação e compensação dos prejuízos que advêm do crime, desconsiderando algum sentido utilitário em sede punitiva.

A pena afirma-se, por isso, uma exigência absoluta, um dever-ser metajurídico<sup>86</sup>, uma necessária causa-efeito que encontra simetria no facto praticado e na respetiva sanção: *punitur quia peccatum est*<sup>87</sup>. No fundo, aproveitará, em breves vocábulos, admitir que as teorias absolutas sugerem que o delinquente deve ver ser-lhe aplicada uma pena “tão-somente porque delinuiu”<sup>88</sup>.

Porquanto nas teorias absolutas a finalidade punitiva se revela independente e desvinculada do seu efeito social, a pena não almeja a alteração do porvir<sup>89</sup>. Neste sentido, a legitimidade da punição declara-se apriorística, por não fundamentar a pena em finalidades extrapunitivas<sup>90</sup>.

Não descurando a incontestável inspiração na lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), é adequado encontrar no idealismo alemão, mais concretamente em IMMANUEL KANT, o expoente desta conceção. Ao qualificar a lei penal como “imperativo categórico”<sup>91</sup>, KANT eleva a pena a um patamar de exigência ética e natural de justiça, anterior a qualquer ordenamento jurídico positivo e a qualquer opção política concreta<sup>92</sup>, de tal maneira que, nas suas palavras, se o Estado e a sociedade tivessem de desaparecer, “teria o último assassino que se encontrasse na prisão de ser previamente enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus atos”<sup>93</sup>.

Donde, esta exigência pura de justiça na resposta ao mal do crime com o mal da pena prevê realizar um ideal ainda mais vasto que, com inegável

<sup>86</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 204.

<sup>87</sup> O castigo pelo pecado. Cf. SÉNECA, *De Ira*, Liber I, cap. XIX, 7.

<sup>88</sup> Cf. L. RÉGIS PRADO, *Teoria dos fins da pena*, p. 145.

<sup>89</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 82.

<sup>90</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 205.

<sup>91</sup> I. KANT, *A metafísica dos costumes*, p. 71.

<sup>92</sup> Cf. P. PATTO, *Os fins das penas e a prática judiciária*, p. 2.

<sup>93</sup> Cf. I. KANT, *A metafísica dos costumes*, p. 177.

“correspondência a sentimentos profundamente ancorados na comunidade”<sup>94</sup>, aplique ao delinquente um castigo ético-retributivo, apresentando-lhe a conta do seu ato. Para KANT, trata-se de uma retribuição ética<sup>95</sup>.

Por sua vez, apresentando uma concepção dialética também dotada de contornos retributivos, FRIEDRICH HEGEL percebe o crime como a negação do Direito. Ora, se o crime constitui essa negação, então a pena consubstancia a negação da negação – afirmando o Direito que havia sido negado pelo delito – por forma a anular o ato criminoso que, sem semelhante reação, continuaria a valer no ordenamento jurídico<sup>96</sup>. Todavia, a teoria hegeliana pressupõe, ao contrário da teoria kantiana, uma feição jurídica na necessidade de aplicação da pena, pois a urgência de restabelecer a ordem jurídica que foi negada pela vontade do delinquente encontra justificção na vontade geral<sup>97</sup> e já não num ancestral conceito de justiça. Trata-se, para HEGEL, de uma retribuição jurídica<sup>98</sup>.

A argumentação erigida pela teoria absoluta, ao menos na sua aceção clássica, convoca a barbaridade na previsão e na aplicação da sanção, na medida em que persegue um fim perigosamente próximo da vingança<sup>99</sup> ao infligir um mal suficientemente penoso pela falta cometida<sup>100</sup>. Despida de qualquer atuação benigna e dissociada de qualquer finalidade punitiva, a teoria absoluta parece como “entidade sancionadora do pecado e do vício”<sup>101</sup> ao elevar o Estado a “instância destinada à realização terrena da ideia pura da ‘Justiça’”<sup>102</sup>.

Ora, a pertinência da doutrina retributiva para a previsão da pena privativa da liberdade em letra de lei não se afirma particularmente relevante. Se a sanção quer representar, ao menos na sua aceção pura, a justa paga do delito cometido, então qualquer castigo que se conceba no ideário penal serve

<sup>94</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 45.

<sup>95</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 205.

<sup>96</sup> Cf. F. PANSIER, *La peine et le Droit*, p. 11-12.

<sup>97</sup> Cf. C. R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 123-124.

<sup>98</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 205.

<sup>99</sup> Para M. CUSSON, *Porquoi punir?*, p. 40 e ss., entre pena e *vindicta* não existe verdadeiramente uma oposição radical, mas antes uma equivalência funcional. A justiça penal não será, portanto, a antítese da vingança, antes a sua “domesticação”.

<sup>100</sup> Note-se que KANT admitia a aplicação da pena de morte se em causa estivesse a prática de um homicídio. Cf. P. PATTO, *Os fins das penas e a prática judiciária*, p. 3.

<sup>101</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 48.

<sup>102</sup> *Idem*.

perfeitamente os propósitos propugnados pela teoria. Dito isto, quer a aplicação da privação da liberdade, quer a amputação de um membro, quer a pena de morte, quer a pena de multa, completarão as prerrogativas do ideal retributivo. E, importa dizê-lo, não duvidamos de que privação da liberdade do agente fica perfeitamente legitimada enquanto consubstanciação do efeito sancionatório a que a causa delitual deu origem. Mas não poderíamos dizê-lo sobre outra qualquer sanção que responda ao mal do crime?

Se, por um lado, os signatários da teoria absoluta assentaram o seu raciocínio lógico-jurídico no ideal retributivo e na ideia de equivalência entre o delito praticado e a respetiva punição, por outro, impulsionaram uma das grandes proposições que ainda hodiernamente representa um dado adquirido do património jurídico-penal: o princípio da culpa.

O conceito de “compensação” proclamado não há de ser apreendido como uma igualação absoluta entre os prejuízos do crime e os rombos da pena, mas antes uma igualação forçosamente normativa, em função da ilicitude do facto e da culpa do agente<sup>103</sup>. Aqui reside o importante contributo das teorias absolutas, ao fundar o referido princípio segundo o qual não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa<sup>104</sup>.

De facto, a doutrina da retribuição não frustra em todas as frentes. Apesar de, entre nós, a tendência da doutrina penal ser a de rejeitar esta conceção<sup>105</sup>, importantes vozes têm ecoado no sentido da sua aceitação<sup>106</sup>.

Todavia, o hodierno ideal retributivo, mesmo pautando-se pelo princípio da proporcionalidade, não responde à questão que colocámos: porquê privar os agentes criminosos da liberdade? Será, porventura, porque não ocorre melhor ideia?

KANT – e norteado pela mesma linha de pensamento também HEGEL – destacaram desde cedo a necessidade de aplicação de uma sanção ao criminoso que tomasse em consideração a atividade ilícita que foi levada a

---

<sup>103</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 46.

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> Nomeadamente J. DE FIGUEIREDO DIAS e A. MIRANDA RODRIGUES.

<sup>106</sup> Vejam-se, por exemplo, M. CAVALEIRO DE FERREIRA e também E. CORREIA, “A doutrina da culpa na formação da personalidade”, p. 30, inaugurando este, na doutrina portuguesa, o conceito de “culpa na formação da personalidade” do agente para fundamentar o fim último do Direito Penal.

cabos, sugerindo que a espécie e a medida da pena aplicada deveria ser encontrada na medida do crime cometido e orientada pela medida do mal causado à comunidade<sup>107</sup>. Ora, a pena, essa justa paga, pelo menos à luz das teorias retributivas, é capaz de verificar a vigência da sua finalidade numa qualquer sanção – mais ou menos proporcional, mais ou menos adequada – desde que retribua a prática delitual. Parece-nos, por isso, que é precisamente o facto de prescrever a aplicação de uma pena, pressupondo a culpa do agente, mas não atendendo às causas motivadoras do crime<sup>108</sup> nem à sanção mais adequada ao tipo de agente, que as doutrinas absolutas não podem ser por nós acolhidas<sup>109</sup>. De facto, alojando-se na crença de que existe um nexo irremediável entre culpa e punição, as teorias absolutas ignoram que o conceito de culpa, mais do que fundamentar a pena, deve servir-lhe de limite<sup>110</sup>.

## 2. Teorias relativas ou de prevenção

As doutrinas da prevenção<sup>111</sup> alheiam-se do puro imperativo de justiça, estabelecendo, aliás, a sua finalidade no conceito de profilaxia criminal<sup>112</sup>. A utilidade da pena traduz-se, portanto, na circunstância de operar como um obstáculo à prática de novos crimes<sup>113</sup>, transformando-se dessa forma num mecanismo de proteção da comunidade face à suscetibilidade ao crime. A pena justifica-se, então, por razões utilitárias, rejeitando as punições

---

<sup>107</sup> Também, apenas neste sentido, F. CARRARA, *Programa del curso de Derecho Criminal*, p. 85-86, garantindo que quando deixamos de considerar o crime em abstrato e nos debruçamos sobre as suas particularidades, encontramos diferenças muito relevantes em cada um deles.

<sup>108</sup> Nas palavras de A. MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 214, “impor uma pena ‘porque sim’, porque o delinquente podia (era livre para) determinar-se de acordo com a lei e não o tinha feito. Acresce que este conceito de culpa, em coerência com a sua essência e fundamento, se fechou às exigências de política criminal”.

<sup>109</sup> Como diria G. MARQUES DA SILVA, no prefácio da obra *A pena privativa da liberdade*, p. 9, “a pena simplesmente retributiva está ultrapassada e não só por moda, mas na sua própria legitimidade democrática”.

<sup>110</sup> Neste sentido, A. MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 216.

<sup>111</sup> Relativamente à respetiva proveniência, a primeira enunciação da teoria da prevenção remonta a SÉNECA que, invocando a expressão de PROTÁGORAS, afirmou que *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* (nenhuma pessoa sensata castiga porque se pecou, mas sim para que não se volte a pecar). Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 85.

<sup>112</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 49.

<sup>113</sup> Cf. P. PATTO, “Os fins das penas e a prática judiciária”, p. 3.

socialmente escusadas e agindo como pressuposto de toda a doutrina penal sobre os limites punitivos do Estado<sup>114</sup>.

Consoante se entenda que essa prevenção deve ser feita no sentido de evitar que o concreto agente pratique novos crimes no futuro, ou se aceite que essa prevenção deve ser feita no sentido de acautelar que os agentes sociais em geral os pratiquem, estaremos respetivamente diante da doutrina da prevenção especial ou da doutrina da prevenção geral. Vejamos.

## 2.1. Teoria da prevenção geral

A ramificação da teoria relativa que conflui na doutrina da prevenção geral apresenta um leque de destinatários constituído pela totalidade dos sujeitos que integram uma comunidade. A prevenção geral norteia-se para o futuro, visando o afastamento do crime pelos agentes que compõem a coletividade. Ao conferir à pena a finalidade de prevenção da prática de futuros delitos, procede à tutela da “maioria não desviante”<sup>115</sup>.

Também no domínio da doutrina da prevenção geral, é comum fazer-se a bipartição entre duas orientações que, apesar de brotarem da mesma conceção preventiva, chegam a verdades discrepantes.

a. Para a *teoria da prevenção geral negativa* (ou de *intimidação*), a pena opera de forma a intimidar a comunidade através do sofrimento que é infligido aos criminosos<sup>116</sup>. Assim, é esperado que tal receio funcione como inibidor de novas práticas ilícitas, desincentivando especialmente os agentes que nunca as tenham levado a cabo.

Deste modo, a doutrina da intimidação pode operar sobre a generalidade dos cidadãos através do exemplo que é fornecido pela condenação do agente à pena<sup>117</sup> ou, por outro lado, pode exercer esse desincentivo através da ameaça que a própria cominação penal representa<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 209.

<sup>115</sup> L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 212.

<sup>116</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 50.

<sup>117</sup> Enquanto primeira formulação da teoria, neste sentido, GRÓCIO, HOBBS, LOCKE, PUFENDORF, THOMASIIUS, BECCARIA e BENTHAM.

<sup>118</sup> Neste sentido, pela mais moderna doutrina da prevenção geral negativa, FEUERBACH, SCHOPENHAUER e CARRARA.

Para FEUERBACH, a finalidade basilar da pena assenta na necessidade de criação, na consciência dos potenciais delinquentes, de um “contra motivo” capaz de os repelir do caminho do crime<sup>119</sup>. A doutrina da coação psicológica, assim denominada, preconiza então a estatuição de normas “suficientemente poderosas” que permitam aos agentes que ponderam delinquir a identificação de um motivo que os dissuada<sup>120</sup>. Através do processo de previsão legal do comportamento ilícito, da estatuição da respetiva cominação penal e da consequente aplicação e execução da pena ao delinquente, a comunidade é informada sobre as efetivas e efetuáveis consequências do crime<sup>121</sup>.

Ora, debruçando-nos sobre a pertinência da doutrina da intimidação para a fundamentação da aplicação de uma pena privativa da liberdade ao agente, urge afirmar que também esta teoria não serve aqueles propósitos. Em primeiro lugar, remetendo-nos à primeira formulação baseada na aplicação da pena como forma de servir de exemplo à comunidade, importa questionar, por um lado, se não aproveitaria melhor a aplicação de uma pena menos gravosa quando se trata de um crime de diminuta dimensão e, por outro lado, se um crime de elevada magnitude não lograria com a aplicação de uma pena substancialmente mais gravosa do que a privação da liberdade. É que, para todos os efeitos, a identificação da concreta pena que dissuade a comunidade de se desviar do caminho da legalidade implica um trabalho intelectual e científico muito mais desgastante do que a previsão da pena privativa da liberdade para todos os ilícitos-típicos. Aliás, empreender a doutrina da intimidação até às últimas consequências conduzir-nos-ia à trágica constatação de que a pena privativa da liberdade é, por exemplo, no caso do crime de homicídio, um “mal menor” face aos proveitos advenientes do crime.

Em segundo lugar, referindo-nos à formulação da ameaça que advém da previsão sancionatória, repetimo-nos no que tange à ligeireza que a pena privativa da liberdade constitui quando chegado o momento de criar um motivo que dissuade os potenciais criminosos, pelo menos nos moldes prisionais necessariamente respeitosos do princípio da dignidade humana. É que, se o objetivo intimidatório da teoria passa necessariamente pela previsão de

---

<sup>119</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 51.

<sup>120</sup> Cf. P. R. VON FEUERBACH, *"The foundations of Criminal Law and the nullum crimen principle"*, p. 1006.

<sup>121</sup> Cf. C. R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 135.

sanções substancialmente aflitivas e suficientemente desmotivadoras, uma vez mais a hipótese de restar na prisão por um período de tempo concretamente determinado e tendencialmente curto subverteria os seus propósitos ao não constituir um motivo suficientemente demovedor. Por tudo quanto se disse, não nos parece que a doutrina da intimidação pudesse singrar completamente num Estado Democrático de Direito, garante dos direitos fundamentais do indivíduo.

b. A *teoria da prevenção geral positiva* (ou de *integração*) compreende a pena como mecanismo capaz de “manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”<sup>122</sup>.

Nesta sede, o entendimento de ROXIN dirige-se para uma conceção de pena que condensa três efeitos capazes de atuar sobre a generalidade dos membros: o efeito de aprendizagem (consubstanciando a fase da ameaça penal), que recorda ao sujeito as regras sociais básicas e cuja transgressão não é admitida pelo Direito Penal; o efeito de confiança (derivado da fase condenatória do agente), que informa a comunidade do alcance que as normas penais detêm quando se impõem; e o efeito de integração verdadeira e própria (efeito pacificador), expectável depois de executada a pena e produzido aquando do restabelecimento da paz jurídica<sup>123</sup>.

A intenção de reforçar os padrões de comportamento adequado às normas, a par da demonstração da infrangibilidade da ordem jurídica, coloca em evidência a intenção de dirigir a função das consequências penais, nesta teoria, aos cidadãos que naquela confiam. Ora, neste sentido, a pena funcionará como interpeladora social que expõe a relevância do bem jurídico atingido no momento da prática do crime que, sem essa interpelação, poderia suscitar dúvidas sobre a sua efetiva importância<sup>124</sup>. Assim, a pena adquire uma finalidade pedagógica, no sentido em que visa a interiorização dos bens jurídico-penais pela própria comunidade, ainda que nenhum facto ilícito haja sido praticado pelos destinatários da norma. É nesta sede, então, que se revela útil questionar se a pena privativa da liberdade responde à máxima da

---

<sup>122</sup> Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 51.

<sup>123</sup> Cf. C. ROXIN, *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*, p. 219.

<sup>124</sup> Cf. P. PATTO, *Os fins das penas e a prática judiciária*, p. 10.

prevenção geral positiva, ou se não seria mais adequada a pena dotada de contornos pedagógicos capazes de informar coerente e ponderadamente a comunidade que convive com a sanção.

Ora, mas se para ROXIN a função precípua da pena assenta na salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico-penal, já para JAKOBS, na esteira de WELZEL<sup>125</sup> e com clara inspiração na Teoria Sistémica de LUHMANN, a pena apresenta uma função primordial de proteção da vigência da norma<sup>126</sup>, apenas cedendo espaço à tutela dos bens jurídicos num plano indireto. De outro modo, quando a própria norma orientadora da ação é questionada pelo agente que delinqui, a confiança institucional dos seus pares perante o Direito é afetada, motivo pelo qual se torna imperiosa essa reação<sup>127</sup>.

Donde, JAKOBS confere à pena a tarefa de estabilização das expectativas normativas da comunidade e de padronização da atitude comunitária perante as normas jurídicas, fortalecendo a disposição ético-social do cidadão perante o Direito e a consequente fidelidade ao comando normativo<sup>128</sup>. Entende JAKOBS que uma estrutura social não se pode consolidar com base em bens jurídicos, pois os cidadãos – enquanto parte de um sistema – devem ser considerados segundo o seu próprio contexto social, pois é esse sistema o visado pela tutela normativa<sup>129</sup> <sup>130</sup>. Deste modo, a tese propugnada pauta-se pela vontade de reagir punitivamente ao crime, por forma a “restabelecer a confiança e a reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz na estabilidade do sistema e na integração social”<sup>131</sup>.

Seja como for, a teoria da prevenção geral positiva persegue o objetivo último de acautelamento da prática delitual, orientando-se – contrariamente à

---

<sup>125</sup> Apesar de H. WELZEL, *Direito Penal*, p. 30 não propugnar uma conceção assente na prevenção positiva. Aliás, para o autor, a pena é dotada de uma finalidade de natureza ético-social que visa o fortalecimento do sentimento de permanente fidelidade do cidadão ao Direito.

<sup>126</sup> Cf. G. JAKOBS, A. CALLEGARI, E. LYNETT e M. MELIÁ, *Direito Penal e funcionalismo*, p. 31.

<sup>127</sup> Cf. A. BARATTA, *"Integración-prevención"*, p. 9-10.

<sup>128</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 805.

<sup>129</sup> Cf. G. JAKOBS, *"O que é protegido pelo Direito Penal"*, p. 167.

<sup>130</sup> Em sentido diverso, M. DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, p. 115 considera que “a des-subjetivação da pessoa tem como reverso a acentuação da subjetivação do sistema social”.

<sup>131</sup> Cf. A. BARATTA, *"Integración-prevención"*, p. 10.

teoria da retribuição – para a proteção do Direito Penal, não perdendo o seu sentido no reconhecimento da validade da teoria da prevenção especial<sup>132</sup>.

## 2.2. Teoria da prevenção especial

Inversamente às doutrinas da prevenção geral, as da prevenção especial fundam uma concepção jurídica segundo a qual a pena deve constituir um instrumento destinado a atuar diretamente sobre o indivíduo delinquente. Não se dirigindo à coletividade, a prevenção especial tende, por outro lado, a adiantar a função preventiva da reincidência<sup>133</sup> daquele concreto agente que transgrediu o ordenamento jurídico-penal. Na medida em que não se dirige à generalidade dos membros da comunidade, mas aos indivíduos concretamente determinados – os delinquentes –, é apelidada de prevenção especial, não deixando nem por isso de integrar as teorias relativas, já que também ela aspira à prevenção do delito<sup>134</sup>.

Nesta sede, não podem olvidar-se as teses da Escola Correcionalista, que FIGUEIREDO DIAS aponta como a corrente influenciadora das teorias da prevenção especial<sup>135</sup>, tão-pouco as contribuições das Escolas Positivistas Sociológicas italiana<sup>136</sup> e alemã da segunda metade do século XIX.

É habitual apontar LISZT como o expoente das doutrinas preventivas especiais e a atribuição justifica-se na medida em que aquelas desabrocharam sob a sua égide. De facto, salientando que a função da sanção e do próprio Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, sublinhava a importância de fazer incidir a pena sobre a personalidade do delinquente, a fim de evitar um novo delito<sup>137</sup>. É, aliás, no seu Programa de Marburgo<sup>138</sup> que LISZT vem propugnar

---

<sup>132</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 92.

<sup>133</sup> A expressão é de ESER, falando em “prevenção da reincidência”. Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 54.

<sup>134</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 85.

<sup>135</sup> A Escola Correcionalista parte do pressuposto de que todo o indivíduo é capaz de corrigir o seu caráter, pelo que a pena deve constituir um mecanismo idóneo para alcançar esse objetivo e, por sua vez, diminuir a hipótese de cometimento de um novo delito. Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 55.

<sup>136</sup> A Escola Positivista Italiana, com expoente em LOMBROSO e seus contemporâneos FERRI e GAROFALO, expôs uma teoria baseada na ideia de que todo o delinquente apresenta uma tendência para o crime, motivada por fatores antropológicos, sociais ou psíquicos.

<sup>137</sup> Cf. W. HASSEMER, *Três temas de Direito Penal*, p. 27-29.

<sup>138</sup> Na sua aula inaugural em Marburgo, mais tarde apelidada de Programa Marburgo, LISZT desenvolveu considerações fundamentais acerca da sua visão do Direito Penal, apresentando uma perspectiva científica baseada na conjugação da antropologia, da psicologia

que a atuação da prevenção especial pode operar em três níveis: na proteção da comunidade face aos delinquentes, privando-os da sua liberdade; na intimidação do agente, através da pena, para que não mais delinqua; e na corresponsável correção do criminoso, prevenindo a reincidência<sup>139</sup>. Para tanto, advoga um tratamento diferenciado para com os delinquentes segundo o tipo em que se insiram: ao “delinquente habitual”, impassível de correção, o destino seria a neutralização; ao “delinquente ocasional”, a função intimidatória seria suficiente; ao “delinquente emendável”, a correção<sup>140</sup>.

Também no âmbito da teoria da prevenção especial se detetam divergências quando chegado o momento de concretizar o modo como deve a pena executar a sua finalidade preventiva especial. E, neste contexto, é comum proceder-se à distinção entre a sua vertente negativa e a sua aceção positiva.

a. Assim, a *teoria da prevenção especial negativa* (ou de *neutralização*) adianta um entendimento do conceito de pena assente numa perspetiva capaz de intimidar o delinquente na prática de delitos futuros, manifestando-se como uma advertência individual. Baseada na perigosidade do agente, a prevenção especial negativa preconiza, se não a imediata eliminação do delinquente, ao menos a sua segregação, mitigando-o de forma a diminuir o impacto social da ameaça que ele representa face aos bens jurídicos protegidos.

Na sua aceção radical, parte de um pressuposto determinista, negador do livre arbítrio, segundo a qual o agente que pratica o crime fá-lo por motivações estranhas à sua vontade<sup>141</sup>. Perante o perigo que um indivíduo de tal índole representa, para os partidários da prevenção especial negativa, a

---

e da estatística criminal, conceção esta absolutamente revolucionária à época. Motivado pela superação dos ideais vigentes, apontou os efeitos que as predisposições criminais e o meio ambiente tecem no momento do cometimento do crime. Cf. F. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho Penal*, p. 132-133.

<sup>139</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 85-86.

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> No limite, C. LOMBROSO, *O Homem delinquente*, p. 73-83 parte da ideia de que a pessoa do criminoso apresenta singularidades físicas relativamente às pessoas que não delinquem, sugerindo a existência de alguma afinidade entre o criminoso, o homem primitivo e os animais. Tendo encetado a sua investigação, na qualidade de médico, pela análise de autópsias de delinquentes, concluiu, entre o mais, que a pessoa que comporta uma predisposição natural para o crime apresenta uma série de anomalias atávicas, designadamente assimetria craniana, maxilares proeminentes, lóbulos occipitais salientes, cabelos abundantes, barba escassa e/ou rosto pálido.

solução perpassa, naturalmente, pela sua neutralização, perseguindo o fim último de evitar um outro (inevitável?) delito.

É então nesta sede que encontramos, em toda a sua amplitude, a alusão à neutralização do delinquente habitual, os “irrecuperáveis” de que LISZT falava<sup>142</sup> pois, consubstanciando uma ameaça para a comunidade, havia que zelar pelo respetivo resguardo. Essa proteção, portanto, seria alcançada com o isolamento perpétuo ou temporário do delinquente – com obrigatoriedade do uso da força de trabalho, subtração dos seus direitos civis e, em caso de necessidade de sanção disciplinar, segregação celular com privação de luz e rigoroso jejum<sup>143</sup> –, já que a eliminação do agente não era um dado na sua equação<sup>144</sup>.

Apesar do entendimento de LISZT, não deixa de poder ser deduzido da conceção assente na teoria da prevenção especial negativa a suscetibilidade de aplicação de uma pena que neutralize o delinquente de forma absoluta (diga-se, sem mais, a determinação da pena de morte) e de forma relativa (a amputação da mão do assaltante, as pernas do ladrão, quem sabe a castração do pedófilo<sup>145</sup> ou a privação da liberdade de qualquer delinquente, incapacitando seletivamente os indivíduos considerados perigosos<sup>146</sup>).

Assim, igualmente brota da linha argumentativa da prevenção especial negativa que a duração da pena pode chegar a ser perpétua ou indeterminada<sup>147</sup>, desde que a perigosidade do agente se mantenha, o que, à luz do pressuposto determinista, será *ad aeternum*. Contudo, para quem rejeite esse pressuposto e se alicerce no princípio da dignidade humana e respetiva capacidade de metanoia<sup>148</sup>, já será admissível perspetivar uma pena que, não obstante a discussão da durabilidade das sanções, opere no sentido de

---

<sup>142</sup> Segundo F. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho Penal*, p. 115-116, “a luta pela delinquência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Esse conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo dessa corrente, frise-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de proletariado. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados e dados a prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos os dias para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo Estado maior parece formado por delinquentes habituais”.

<sup>143</sup> Cf. F. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho Penal*, p. 122.

<sup>144</sup> Cf. F. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho Penal*, p. 120.

<sup>145</sup> Cf. A. TORON, *Crimes hediondos*, p. 119.

<sup>146</sup> Cf. J. CIRINO DOS SANTOS, *Teoria da Pena*, p. 7-8.

<sup>147</sup> Em perspetiva crítica, W. HASSEMER, *Três temas de Direito Penal*, p. 29.

<sup>148</sup> Cf. P. PATTO, “Os fins das penas e a prática judiciária”, p. 17.

neutralizar o risco que advém da pessoa do delinquente enquanto aquele não se dissipar.

É também no domínio da prevenção especial negativa que importa ponderar a teorização de JAKOBS subordinada ao tratamento penal dos agentes considerados criminalmente perigosos, numa vertente distanciada daquela da prevenção geral positiva que referimos. O que diremos não anula as anotações que mostrámos relativamente às considerações que JAKOBS tece em torno da proteção da vigência da norma, já que o autor advoga o funcionamento do Direito em dois polos: um Direito Penal direcionado para o cidadão e um Direito Penal direcionado para o “inimigo”<sup>149</sup>.

Nesta conceção de JAKOBS, ao indivíduo que se desvia por princípio e que não demonstra qualquer garantia cognitiva mínima de que terá um comportamento dotado de obediência e fidelidade ao ordenamento jurídico – porque se afastou provavelmente de forma duradoura do Direito –, deve ser-lhe aplicado um regime diferenciado dos restantes cidadãos já que, se não atua “como pessoa”, se não admite ser obrigado a entrar num estado de cidadania, então não pode esperar que o Estado o trate como tal, tão-pouco pode beber dos benefícios adstritos ao conceito de cidadão, pois semelhante tratamento colocaria em risco a segurança dos demais<sup>150</sup>.

Frente à criminalidade disseminada pelo delinquente que se desvia por princípio – como o caso do terrorismo, do crime organizado, dos crimes sexuais e dos crimes económicos –, JAKOBS sugere a aplicação de uma pena ao inimigo que garanta a segurança dos cidadãos face aos (muito prováveis) factos ilícitos futuros, visando a eliminação do perigo<sup>151</sup>. Ora, é neste sentido que se encontra visivelmente expressa a conceção preventiva especial negativa, já que a aplicação da pena se esgota na neutralização do criminoso perigoso. Essa neutralização há de ser efetuada quer com recurso ao Direito Penal substantivo, quer ao Direito Processual Penal, diminuindo ou mesmo excluindo as garantias processuais que um normal cidadão teria. Contudo – e

---

<sup>149</sup> Assim e sempre considerando que constituem dois tipos ideais, o Direito Penal do cidadão é o Direito Penal de todos, o Direito Penal do inimigo é o daqueles que o constituem contra o inimigo: contra o inimigo, só coação física, até chegar à guerra. Donde, o Direito Penal do cidadão quer manter a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo quer combater perigos. Cf. G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 21 e 30.

<sup>150</sup> Cf. G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 35-36 e 42.

<sup>151</sup> Cf. G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 36.

JAKOBS di-lo claramente – o Estado não tem por que levar essa retirada de direitos até à exaustão, apenas devendo agir dentro da medida do necessário para controlar a fonte de perigo que o inimigo representa, devendo também por isso conter a sua atuação preventiva para que a porta a um eventual acordo de paz não se obstrua definitivamente<sup>152</sup>.

Todavia, devemos dizer, o grande paradoxo da teoria de Jakobs – e dizemo-lo como um cumprimento – é que apesar de sustentar a possibilidade de o Estado diminuir as garantias do inimigo, fá-lo envolto num objetivo maior, guiado pelo intuito de, precisamente, conceder a esse mesmo inimigo um conjunto de regras ordenado e claramente delimitado que regule a sua posição, subtraindo espaço à eventual consubstanciação de uma exceção legal ao Direito positivado<sup>153</sup>.

b. Por seu turno, a *teoria da prevenção especial positiva* (ou de *socialização*) tende a promover os ideais de regeneração, reeducação, ressocialização ou reinserção social – conforme a variante teórica que se adote – do delinquente.

As teses da Escola Correccionalista<sup>154</sup> compreendem a pena numa clara finalidade de reforma moral do agente, procurando influenciar o seu sentido ético, pelo que é nesta sede que os conceitos de regeneração moral e reeducação atingem o seu mais vital significado. Transformar o indivíduo através de uma pena que influencie a sua personalidade cumpriria a missão previamente projetada: conduzir o agente à socialização, levando-o a aderir aos padrões morais almejados por aquela comunidade e, dessa forma, reinserindo-o nos padrões estabelecidos socialmente como a melhor forma de condução da vida<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Cf. G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 30 e 39-41.

<sup>153</sup> Ou, com outra formulação: “um Direito Penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, na perspetiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo” (a propósito, por exemplo, da punição dos atos preparatórios). Cf. G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 42-44 e 49-50.

<sup>154</sup> Surgida na Alemanha em 1839, com KARL RÖDER sob influência de KRAUSE, integra o idealismo alemão da segunda metade do século XX. Pese embora o lugar do seu concebimento, é na Península Ibérica que a Escola Correccionalista encontra o seu expoente. Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 55.

<sup>155</sup> De um ponto de vista crítico, A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 39-40 considera que o conhecido *slogan* “odeia o delito e

Para RÖDER, que encara a pena como um benefício para o delinquente inversamente ao entendimento de que constitui um mal necessário, a melhor forma de atingir a emenda moral do agente seria a privação da liberdade praticada em isolamento, visando evitar o contágio entre reclusos<sup>156</sup>.

Sem conceder, a Nova Defesa Social<sup>157</sup>, enquanto concepção crítica do fenómeno criminal, atribui uma finalidade muito mais ressocializadora à pena, visando contornar a reincidência, por ora sem recurso ao induzimento de valores morais ao condenado. Neste sentido, MARC ANCEL apregoa o estabelecimento da confiança no destino do Homem, a proteção do ser humano, a reação contra a repressão cega e a humanização das instituições penais, assegurando a recuperação daquele que se tenha desviado para a delinquência<sup>158</sup>. Noutras palavras, o movimento pretende a disponibilização ao agente das ferramentas essenciais à continuação do seu percurso em sociedade, sem prejuízo da inalienável liberdade de conduzir a sua vida segundo o seu próprio aglomerado de valores.

Neste contexto, e considerando o incremento vertiginoso dos adeptos que se aliavam ao movimento do neodefensismo social, nasce a Sociedade Internacional de Defesa Social<sup>159</sup>. Sete anos volvidos, é aprovado o Programa Mínimo no Congresso de Anvers<sup>160</sup>, preconizando a aplicação de uma pena na

---

compadece-te do delinquente” não é exequível, desde logo porque não se compreende uma “filosofia de dupla moral” em que o delinquente, enquanto está na rua a cometer o crime, é um ser desalmado que deve ser perseguido sem tréguas pelas forças de segurança, mas quando atravessa a fronteira da prisão, o crime fica na rua e o agente entra no “mundo da reinserção”, convertendo-se num inválido necessitado de ajuda.

<sup>156</sup> Cf. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, p. 92.

<sup>157</sup> O período da Nova Defesa Social teve início em 1945 com o impulso de FILIPPO GRAMATICA, que impulsionou a pesquisa exaustiva dos tipos de delinquentes e suas respetivas motivações na prática do crime, propugnando a individualização da responsabilidade penal dos agentes. Advogando a eliminação do Direito Penal e do sistema penitenciário então vigente, apresentava uma proposta demasiado radical, apesar de bastante avançada para o seu tempo. Percursor deste movimento, mas despindo-se dessa veia extremada, MARC ANCEL torna-se um forte percursor do movimento. Cf. P. NETO, *A prisão e o sistema penitenciário*, p. 40.

<sup>158</sup> Cf. M. ANCEL, *La Défense Sociale*, p. 22.

<sup>159</sup> Mais concretamente no pós-guerra, em 1947, dando continuidade ao trabalho de LISZT, que havia fundado, em 1889, juntamente com PRINS e HAMEL, a União Internacional de Direito Penal, contribuindo em larga medida para a divulgação das novas abordagens político-criminais. Posteriormente, em 1924, é fundada a Associação Internacional de Direito Penal. Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 86.

<sup>160</sup> Apesar dos objetivos da Sociedade Internacional de Defesa Social não passarem pela fundação de uma Escola de Direito Penal nem de Criminologia, tão-pouco transformar-se num movimento de política-criminal, GRAMATICA e outros seguidores mais próximos formularam um conjunto de regras fundamentais que pudessem ser admitidas pelos seus partidários, a fim de serem aprovadas no III Congresso Internacional da Defesa Social, em Anvers. Cf. C.

estrita medida do necessário à prevenção da reincidência por parte do delinquente. A posição assumida no Programa Mínimo, ao menos considerada no seu conteúdo embrionário, representa uma definição completamente nova de proteção comunitária face ao crime: já não se trata de defender a sociedade do delinquente, mas nem mais nem menos do que defender o delinquente da própria sociedade que os ignora e recusa compreendê-los<sup>161</sup>.

Enfim, mesmo considerando a multiplicação de variantes que a Nova Defesa Social admite dentro dos seus fundamentos, bem como a evolução que conheceu desde o seu aparecimento, importa sumariar que a concepção prevê a intervenção da pena somente na prevenção da reincidência, interferindo da forma mais singela possível na esfera dos direitos do delinquente, implementando as medidas necessárias para que possa seguir a sua vida à distância do crime e sempre respeitando as suas liberdades individuais – dizemos, o direito à liberdade de adoção de valores, à liberdade de consciência e à liberdade de compreensão do mundo. Assim, torna-se apenas necessário que o agente adquira a capacidade de respeitar os bens jurídicos protegidos pela comunidade (não os lesando), não sendo imperioso nem sequer necessário que aquele atinja um estágio de concordância com esses bens jurídicos<sup>162</sup>.

Seja como for, a teoria da prevenção especial positiva, nas palavras de ROXIN, cumpre melhor os propósitos do Direito Penal e as exigências do princípio do Estado Social do que qualquer outra doutrina na medida em que, apesar de se dedicar exclusivamente à proteção do indivíduo e da sociedade, não afasta nem estigmatiza o agente, antes faz esforços pela sua integração<sup>163</sup>. Ao exigir um programa de execução que se dirige à preparação social, possibilita a reforma construtiva do delinquente e evita a esterilidade prática do princípio da retribuição<sup>164</sup>.

---

VOUYOUCAS, *"Pasado, presente y futuro de la Sociedad Internacional de Defensa Social por una política criminal humanista"*, p. 779 e ss.

<sup>161</sup> Cf. C. VOUYOUCAS, *"Pasado, presente y futuro de la Sociedad Internacional de Defensa Social por una política criminal humanista"*, p. 785.

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 87.

<sup>164</sup> *Idem.*

### 3. Posição adotada

Julgamos ser este o momento adequado para tecer algumas considerações em torno do quanto se disse, até porque nos parece de proveitoso relevo aderir a alguma das concepções, já que tal deliberação bussolará o nosso percurso.

Foi referido e não importunará grifar que as *teorias retributivas*, salvo melhor opinião, não podem servir as finalidades orientadoras do Direito Penal moderno nem singrar como corrente fundamentadora da pena privativa da liberdade, por variadas ordens de razões:

*Primo*, além de que se subtrai à apresentação de uma proposta de legitimação da intervenção penal que não se baseie em pura metafísica, no mero “valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado”<sup>165</sup> – porque não é, nem quer ser, uma teoria do fim das penas<sup>166</sup> –, afiança o dogma da punição, aquela inquestionável necessidade e urgência na aplicação da pena, sugerindo um modelo de política criminal paleorrepressivo que não se coaduna com o princípio da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal.

*Secundo*, diminuindo a relevância do ideal utilitário, a teoria absoluta incorre no sério risco de manter um catálogo de crimes e uma infinidade de reclusos por atos não carentes de sanção ou que não apresentem sequer interesse social punitivo<sup>167</sup>.

*Tertio*, esgotando-se na retribuição do mal praticado, equivoca-se na premissa de que é possível suprir todo o mal causado, sobretudo com um mal adicional<sup>168</sup>. Ora, se em alguns casos efetivamente pode haver lugar à anulação do mal causado sem infligir um novo<sup>169</sup>, noutras situações jamais, o que nos conduziria muito longe, tão longe quanto questionar se uma ofensa a um bem jurídico que admite regresso deve atingir dignidade penal<sup>170</sup>.

Todavia, sem prejuízo do que foi dito, as teorias absolutas inauguram algumas virtualidades, creditando, de certa maneira, um espaço para a amplificação dos seus corolários ao ceder relevantes conceitos às teorias que

---

<sup>165</sup> L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 205.

<sup>166</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 47.

<sup>167</sup> P. PATTO, “Os fins das penas e a prática judiciária”, p. 1.

<sup>168</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 84.

<sup>169</sup> Pense-se, por exemplo, no caso do agente que furta um relógio e o devolve.

<sup>170</sup> Conforme afirma F. CARRARA, *Programa del curso de Derecho Criminal*, p. 32, é a irreparabilidade que deve distinguir os ilícitos penais dos ilícitos civis.

lhe seguirem. Em primeiro lugar, não pode deixar de se lhe atribuir o baluarte do princípio da culpa que, estipulando um limite punitivo para a intervenção estatal, contempla já uma afirmação ideológica que não deve ser descartada pelo simples facto de partir das premissas erradas. Entendemos ser fundamental proceder à triagem do conteúdo dos movimentos penais emergentes, independentemente da veste com que se apresentam. E o certo é que, se a ideia de retribuição desagua na máxima de que a medida da pena deve representar, no limite, a medida da culpa do agente, proibindo a aplicação de uma sanção claramente drástica à situação de culpa leve<sup>171</sup>, então é urgente repensar se o ideário retributivo não é pertinente até certo ponto. Pertinente enquanto critério auxiliador, jamais como critério fundamentador.

Em segundo lugar, ao descartar-se de todo o propósito preventivo – ou nem sequer o equacionando –, a teoria retributiva apresenta uma virtualidade adjacente que, pensamos, não terá sido meditada. É que se a pena se afirma como imediata reação, voltada para o ato praticado no passado, então não parte do pressuposto de que o agente que foi condenado e cumpriu integralmente a sua pena voltará, em princípio, a reincidir. Assim, de outro ponto de vista, também não se prepara para a atividade criminosa iminente do mais comum dos cidadãos, restando sobre a simples aplicação da pena àquele agente que delinuiu e não àquele que delinquirá. Mas estamos já a adiantar caminho.

*As teorias da prevenção geral*, tencionando influenciar a comunidade a abster-se de práticas criminosas e socorrendo-se dos ensinamentos da psicologia mais profunda<sup>172</sup> – de acordo com a qual os cidadãos somente refreiam os seus impulsos antijurídicos quando identificam os inconvenientes que daqueles advêm – empreendem uma conceção quase *hobbesiana* da natureza humana e inauguram a ideia de que todo o cidadão arquiteta, a todo o momento, um plano de prevaricação, pelo que urge dissuadi-lo<sup>173</sup>. Acompanhamos FERRAJOLI no entendimento de que a doutrina tendente a atuar

---

<sup>171</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 84.

<sup>172</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 91.

<sup>173</sup> C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 92 di-lo claramente ao afirmar que a pena não deve atuar somente sobre os já reincidentes, devendo também atuar no sentido de evitar novos delitos em geral.

sobre a psique do indivíduo redu-lo à condição de subsistema físico-psíquico e subordina-o à autoconservação do sistema político, tornando-se inevitavelmente solidária com os modelos do Direito Penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos do indivíduo<sup>174</sup> e à própria ideia de consciência cívica, ética e educacional.

Na sua *vertente negativa*, ambicionando refrear os ímpetos dos potenciais criminosos através de cominações penais suficientes fortes, a prevenção geral gera a escalada de punições cada vez mais severas, capazes de intimidar, eficazmente, a população do crime. Esta lógica conduz-nos a um trágico ponto de chegada, pois levar-nos-ia a um lugar onde a pena privativa da liberdade deixaria de ser suficientemente intimidatória e onde urgiria a previsão da pena de morte para muitos delitos<sup>175</sup>. Importa, aliás, considerar que o triunfo da aceção negativa da prevenção geral em sede de execução da pena privativa da liberdade dependeria sempre da necessária precariedade das prisões, seguindo a dialética de que ali as condições de vida devem ser piores que as mais deterioradas circunstâncias de vida do homem não encarcerado<sup>176</sup>.

Equivoca-se também esta teoria no momento em que pressupõe que o criminoso eminente despende longas horas na ponderação entre as dádivas e as contrariedades advenientes do crime<sup>177</sup>, já que muitas dessas práticas são levadas a cabo por uma reação imediata, instantânea e irrefletida, especialmente quando estamos diante de um crime mais grave<sup>178</sup>.

Além do mais, particularmente na sua veste preventiva negativa, a pessoa do delinquente é instrumentalizada para fins a ele estranhos<sup>179</sup>, designadamente na prossecução de finalidades punitivas públicas, podendo chegar a sustentar a punição discricionária segundo as conveniências políticas ou o alarme social, momento em que o condenado servirá fins de repressão

---

<sup>174</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 222.

<sup>175</sup> Cf. G. BETTIOL, *Direito Penal*, p. 107.

<sup>176</sup> Cf. G. RUSCHE e O. KIRCHHEIMER, *Punição e estrutura social*, p. 16-20.

<sup>177</sup> Só desconsiderando essa premissa se poderá compreender o criminoso que, após assistir ao horror das execuções penais medievais, decidiu ainda assim delinquir. Cf. G. RUSCHE e O. KIRCHHEIMER, *Punição e estrutura social*, p. 24-28.

<sup>178</sup> Cf. P. PATTO, *"Os fins das penas e a prática judiciária"*, p. 8.

<sup>179</sup> Cf. M. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, p. 53 e ss.

exemplar<sup>180</sup>. E, ainda que a maioria dos signatários da doutrina não o defenda expressamente, o certo é que tal arquitetura se torna virtualmente solidária com os modelos de Direito Penal ilimitado, convocando esquemas processuais excludentes das garantias de defesa, particularmente quando chegado o momento de aplicar o princípio do *in dubio pro reo*<sup>181</sup>.

Por seu turno, a *vertente positiva* da teoria da prevenção geral é ainda menos pertinente à compreensão do fundamento da aplicação da pena privativa da liberdade. Se, por um lado, compõe uma doutrina fecunda à fundamentação da legitimidade punitiva, baseando-se na fundamental tutela dos bens jurídicos essenciais à comunidade<sup>182</sup>, por outro, sustenta a afirmação de uma teoria que, por si só, persegue uma finalidade facilmente alcançável com qualquer outra sanção. Senão vejamos: o efeito de aprendizagem, além de se poder argumentar que não constitui função do Direito Penal, não se compadece eventualmente com uma pena mais educativa? O efeito de confiança da comunidade jurídica não é também alcançado quer com uma pena menos drástica, quer com uma pena mais aflitiva do que a pena privativa da liberdade? E o que dizer do efeito pacificador, senão que apresenta manifestos vincos de fidelidade ao alarme social, alheio à própria tarefa de descoberta de renovadas sanções capazes de tutelar eficazmente aqueles bens jurídicos?

Se a entidade objeto de proteção é, na prevenção geral, a comunidade, novamente se lhe dirige a crítica de priorizar a proteção dos bens jurídicos abstratamente definidos, remetendo para segundo plano a responsabilização pessoal e proporcional à ofensa efetiva: chegamos a esse lugar indesejado onde a expectativa social é o ponto de partida e o ponto de chegada da sanção criminal. Chegamos ao lugar onde a tarefa julgadora não mais poderá fazer-se imparcial porque compreende o juiz como o arauto da consciência jurídica coletiva<sup>183</sup>, preterindo a avaliação do caso concreto à tomada de uma decisão

---

<sup>180</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 224.

<sup>181</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 223.

<sup>182</sup> Acompanhando, nesta sede, o entendimento de ROXIN, ao invés da premissa de JAKOBS.

<sup>183</sup> Cf. M. F. PALMA, "As alterações reformadoras da parte geral do Código Penal na Revisão de 1995", p. 40-41.

que inviabilize o perigo abstrato de uma decisão danosa das estruturas institucionais<sup>184</sup>.

Porém, apesar de tudo, não pode ser descartado o importante contributo da aceção positiva ao afirmar que devem ser os bens jurídicos protegidos por cada comunidade a ditar quais as práticas que atingem ou não dignidade penal pois, para todos os efeitos, é essa mesma comunidade que conviverá com o próprio ordenamento jurídico, foi essa mesma comunidade quem elegeu os órgãos legislativos e é essa mesma comunidade que, de tantas formas, faz saber as condutas que considera absoluta e transcendentemente inadmissíveis. Donde, não nos parece adequado que a tarefa hermenêutica da vontade popular, no tocante ao acolhimento de determinados bens jurídicos, tenha lugar do momento punitivo do Direito, antes deve ser previamente considerada em sede legislativa.

*As teorias da prevenção especial* exigem, contudo, uma abordagem diferenciada, já que partem de premissas suficientemente distantes das que até agora questionámos.

Não podemos eximir-nos à concordância de princípio com a arquitetura teórica destas doutrinas, desde logo porque se esquivam à principal crítica que dirigimos àquelas da prevenção geral, designadamente a de tenderem a fazer atuar a pena sobre uma comunidade em princípio impoluta e baseando-se numa probabilidade estatisticamente incorreta. Ora, se bem que as teorias da prevenção especial também presumem que determinado cidadão voltará a delinquir, apresentam todavia uma razão capaz de estruturar essa presunção, desde logo porque o agente representa um cidadão casto que, a seu tempo, delinuiu<sup>185</sup>. Alguns dirão que a prevenção especial se volta para a personalidade do autor, ao invés de se dirigir ao facto delitual, o que só será um argumento atendível no momento em que a legislação penal elaborar um catálogo de agentes puníveis em detrimento de um catálogo de ilícitos-típicos

---

<sup>184</sup> Conforme diagnostica T. LIMA VIANNA, "*Da ditadura dos sistemas sociais*", p. 75, "a manutenção de uma parcela de seres humanos absolutamente marginalizada, em condições sociais miseráveis, seria perfeitamente lícita desde que não prejudicasse a autopeise do sistema".

<sup>185</sup> É importante sublinhar, perante tal afirmação, que não entendemos que ao agente reincidente deva ser aplicado um estatuto diferenciado do agente não reincidente, como se esse facto, por si só, tivesse algum significado jurídico.

apurados segundo o critério dos bens jurídicos protegidos pela comunidade. Assim, censurando a ideia de adaptação da pena à personalidade do agente, concluem pela aplicação de uma sanção homogênea que não reflete a personalidade de nenhum deles: a prisão. Alguns dirão que a premissa de que parte a concepção especial possibilita uma aplicação subversiva da pena, confirmada pela experiência e cimentada na História. Todavia, não nos cansamos de sublinhar que os alicerces da mais genial construção teórica podem ser abalados por uma desviada aplicação prática, o que, por si só, não deve significar a clausura definitiva e irremediável de uma teoria que partiu de pressupostos benignos.

Não nos é espontânea a compreensão da *doutrina preventiva especial na sua bifurcação negativa*, desde logo pela bagagem nefasta que a sua aplicação determinou<sup>186</sup>, nem nos é inteligível uma concepção que, no limite, desencadeia a aplicação de uma pena diametralmente distante do nosso mais venerado bem jurídico, a vida. Mas também não nos é fácil descartar, sem mais, uma teoria que, transposta para os nossos dias, apresenta a virtualidade de nomear um conjunto de infratores claramente necessitados de especial vigilância legal e prática, de uma neutralização bem mais diferenciada do que a dos perpetradores dos crimes que JAKOBS descreveria como “aqueles que provocam um pouco mais de tédio”<sup>187</sup>, os crimes vulgares.

FERRI diz-nos que “entrar num estabelecimento para condenados produzirá, quando os dados científicos sobre a gênese do delito se tornarem consciência comum, os mesmos sentimentos desencadeados por uma visita a um hospital psiquiátrico”<sup>188</sup>, mas é evidente que essa percepção ainda não corre nas veias jurídicas, no direito constituído e ainda menos na impressão social. Não será, todavia, importante questionar o que mais é o pedófilo, o homicida e

---

<sup>186</sup> Não podemos esquecer que foi esta a orientação predileta dos sistemas políticos totalitários, justificadora dos modelos penais ilimitadamente repressivos, paternalistas, persuasivos e de aculturação coagida. Não podemos deixar de lembrar a interpretação subversiva deste entendimento que permitiu à doutrina nazi, assim como aos hospícios criminais soviéticos e às escolas de reeducação da China popular, a violenta manipulação da personalidade da pessoa do delincente. Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 221.

<sup>187</sup> G. JAKOBS e M. CANCIO MELIÀ, *Direito Penal do Inimigo*, p. 21.

<sup>188</sup> Cf. E. FERRI, *Sociologia criminale*, p. 526.

o sequestrador, senão um indivíduo claramente descompensado, necessitado de alguma atenção iátrica<sup>189</sup>?

JAKOBS destaca a especial necessidade de contenção dos autores de terrorismo, da criminalidade organizada, da criminalidade económica e dos delitos sexuais, para eles apontando a aplicação de um tratamento diferenciado, conforme tivemos oportunidade de referenciar. Ora, independentemente da anuência ou discordância com a tal bipolarização do Direito Penal, o certo é que JAKOBS introduz uma reflexão bastante pertinente. A identificação de um certo tipo de criminalidade altamente aprofundada constitui, por si só, uma chamada de atenção para os tipos legais que necessitam de um tratamento legal diferenciado dos demais, pelo simples facto de que são distintos: os autores movem-se por motivações muito mais profundas do que o autor de um furto simples; as vítimas arcam consequências muito mais traumáticas do que as que são sujeitas, por exemplo, ao crime de burla.

Todavia, é importante compreender a ideia subjacente à doutrina da neutralização com alguns refreios. Em primeiro lugar, nunca seria admissível no nosso ordenamento jurídico a inclusão de uma teoria que permitisse, em última instância, a aplicação de uma pena desumana, fosse ela qual fosse, pelo que o acolhimento da teoria da neutralização sempre implicaria a aplicação da sua estrutura integrada pela garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, bem como o respeito pelo princípio da proporcionalidade das penas.

Em segundo lugar, jamais seria razoável partir do pressuposto de que todo o delinvente constitui uma fonte de perigo em vias de reincidir, devendo reservar-se a prevenção especial negativa para os concretos ilícitos-típicos identificados como aqueles com os quais o ordenamento jurídico não poderia

---

<sup>189</sup> Referimo-nos a um tratamento médico totalmente desprendido da conceção referente ao Direito Penal Terapêutico, cuja finalidade se dirige à formatação mental dos delinquentes. O que vimos de dizer reporta-se à consideração de determinados crimes como consubstanciadores de atos puramente carentes de intervenção psicológica e/ou psiquiátrica. E se o poderíamos dizer reportando-nos à aplicação de outras sanções, dizemo-lo especialmente para a aplicação da pena privativa da liberdade aos autores destes comportamentos criminais em concreto, já que as lesões que a mente do criminoso contém não se remedeiam na prisão. Contudo, não é este o momento para a discussão, que usurparia o objeto do nosso estudo, resvalando para o instituto das medidas de segurança. Todavia, cf. E. CORREIA, *Direito Criminal*, p. 51.

conviver sem a aplicação da pena privativa da liberdade, desde logo pelo perigo que aquela concreta prática significa para a vida humana, a grandeza maior que orienta todo o panorama penal<sup>190</sup>. Há que admitir que o agente que pratica um ato desta natureza revela uma infidelidade total ao ordenamento jurídico (muito mais do que, em princípio, os agentes que cometem os demais ilícitos-típicos), anunciando ser capaz de ultrapassar o limiar da tolerabilidade do delito ao violar o mais consagrado bem jurídico da comunidade. Presumir a sua perigosidade para o futuro será, antes de tudo, presumir a sua incompreensão face ao valor da vida humana, face à sua definitiva irrevogabilidade. Donde, é essa grave inaptidão valorativa que lhe atesta a perigosidade.

Por derradeiro, o juízo de probabilidade de reincidência – e, como tal, de perigosidade – somente poderia operar para o efeito da previsão da pena privativa da liberdade para aqueles crimes concretos, mas já não para fundamentar a aplicação de uma pena perpétua, desde logo pela garantia constitucional subjacente. Assim, a pena privativa da liberdade é aplicada, em primeiro lugar, porque o agente delinuiu; segundo, porque delinuiu com aquela prática concreta e especialmente censurável; terceiro, porque pena mais grave não lhe poderia caber num Estado de Direito.

Ademais, não nos é indiferente a mesclada incoerência que o ordenamento jurídico-penal apresenta quando, acolhendo as teorias positivas da prevenção geral e especial, elege todavia como pena-mestra uma sanção claramente conotada com propósitos preventivos especiais negativos: não é a pena privativa da liberdade a neutralização do delinquente?

*A doutrina da prevenção especial positiva*, dirigindo-se para a prevenção da reincidência ao postular a prevenção de delitos no futuro e ao procurar incidir diretamente sobre os indivíduos que em algum momento

---

<sup>190</sup> Não acompanhamos JAKOBS numa identificação tão lata de ilícitos-típicos necessitados de tratamento especial, mas podemos concordar que o são, por exemplo, os crimes de terrorismo e homicídio, bem como o crime de tráfico de pessoas, por contenderem com a irreversibilidade da vida humana. Encaminhamo-nos neste sentido pelo facto de consistirem em diferentes práticas que se pautam pela total indiferença ao mais importante bem jurídico da nossa comunidade, constituírem atividades criminosas que implicam a irreversibilidade da vida humana e para os quais não se afigura nenhuma sanção alternativa capaz de deter os seus inconvenientes. Reiteramos, assim, serem cumulativos os três requisitos.

delinquiram, dota-se de salutares estruturas teóricas capazes de responder a uma grande parte da criminalidade contemporânea.

Na linha de ROXIN, percebemos que um entendimento desta índole cumpre os propósitos do Direito Penal, protegendo o indivíduo e a comunidade<sup>191</sup>, sem descartar a carência valorativa do agente, motivadora do crime. Apresenta a vantagem de, não expulsando ou estigmatizando o agente, promover a sua integração, respeitando extraordinariamente bem o princípio do Estado Social de Direito e evitando a esterilidade prática das doutrinas retributivas<sup>192</sup>.

Tem sido dito que nem todos os agentes necessitam de ser integrados, estando perfeitamente incluídos na sociedade, sendo aliás esse facto que lhes permite a prática de certo tipo criminal. Ora, parece-nos que essa integração não deve ser somente encarada no sentido de ressocializar o agente com a comunidade, antes no sentido de reintegrá-lo no Direito, inteirando-o da censurabilidade da sua conduta.

Tem também sido dirigida à prevenção especial positiva a crítica de que aquela fomenta a formatação intelectual do indivíduo e a produção penal “daquele tipo de homem cujas qualidades permitem a construção da pirâmide social, enquanto pedras quadradas e bem dispostas”<sup>193</sup>, interferindo diretamente naquele “núcleo intocável da personalidade do adulto”<sup>194</sup>. O que dizer? Dizer que não nos parece coletável tal argumento pois, aderir a uma lógica penalmente permissiva de todos os comportamentos em nome do respeito pela diversidade e pela tolerância de qualquer subjetividade humana<sup>195</sup>, suportaria o entendimento do abolicionismo penal, auxiliando a proliferação de mecanismos de autoproteção e o ressurgimento da vingança privada. Ademais, tal argumentação parece-nos privada de razões suficientemente ponderadas, já que será o bastante um rápido passeio pelos membros da sociedade civilizada para encontrar, dentro dos contornos legalmente admitidos pelo Direito, uma série considerável de diversidade subjetiva, de personalidades individuais e de valores pessoais regentes. De

---

<sup>191</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 87.

<sup>192</sup> *Idem*.

<sup>193</sup> H. VON HENTIG, *La pena*, p. 182-183, a propósito de uma sociedade de “animais domésticos”.

<sup>194</sup> C. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 88.

<sup>195</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 220.

resto, não é visada a educação moral dos cidadãos, nem tão pouco se pretende a uniformização da mentalidade valorativa da comunidade que, também aqui, se quer heterogénea<sup>196</sup>. Além do mais, importa sublinhar que essa *reintegração no Direito* não exige a mudança da personalidade do indivíduo, antes quer que a sua liberdade não colida com a dos demais, o que nos parece absolutamente aceitável dentro de um quadro comunitário pois, se lhe for permitida “a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é”<sup>197</sup>, será amputada a liberdade dos demais de serem eles próprios e de permanecerem como são.

Por fim, profere-se ainda que a prevenção especial positiva não fornece nenhum critério idóneo para balancear a pena aplicada, podendo justificar a aplicação de penas indeterminadas até ao momento em que o agente esteja socializado. É, aliás de resto, a mesma crítica que é dirigida à prevenção especial negativa, apesar de que sob o agasalho da “perigosidade”. Compreendemos o argumento se dirigido à quantificação da pena privativa da liberdade, isto é, à medida concreta da pena de prisão, já que baseando-se no critério socializador, a sanção somente poderia cessar no momento em que essa socialização fosse atingida. É, contudo, neste específico aspeto que nos distanciamos do postulado da indeterminabilidade, pois considerar que a pena de prisão pode nunca chegar a fornecer as circunstâncias idóneas ao atingimento desse estágio, podendo por isso chegar a ser perpétua, é admitir que aquela não é uma sanção idónea a atuar sobre a psique do indivíduo, exceto nos casos em que ela seja cumulada com a administração de medicamentos<sup>198</sup>. É nesta sede, então, que se revela útil questionar se a pena privativa da liberdade responde à máxima da prevenção especial positiva, desde logo pela consubstanciação do paradoxo que a prisão representa ao proceder ao enclausuramento do indivíduo, mantendo-o num espaço altamente artificial face às circunstâncias da vida comunitária, mas sob a égide da sua

---

<sup>196</sup> Conforme assinala A. LAMAS LEITE, *Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal*, p. 10 “o Direito Penal não deseja atuar sobre personalidades *qua tale*, mas apenas sobre as respetivas manifestações na concreta realidade social, vazadas no preenchimento de específicos tipos legais de crime”.

<sup>197</sup> L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 220.

<sup>198</sup> Uma aflição adicional à sua reclusão, como diria L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 218, o que nos leva a concluir que a pretensão de correção do indivíduo é alcançada no momento em que a arte da medicina opera, independentemente do lugar onde o sujeito esteja alojado.

reinserção (precisamente) numa sociedade na qual não conviveu durante o tempo bastante à sua própria desinserção.

Por isso nos reportamos ao desfecho inevitável de considerar que as críticas dirigidas à prevenção especial positiva<sup>199</sup> serão ultrapassadas no momento em que a tônica se desviar da aplicação da pena privativa da liberdade para a aplicação de uma outra sanção que se consagre idónea a atuar positiva e diretamente sobre aquele concreto agente, partindo da consideração do concreto crime praticado. Dir-se-á que, nesse caso, é a pessoa do delinquente, mais do que o facto ilícito, que é colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena<sup>200</sup>. Todavia não será pueril ignorar que o concreto crime e o concreto criminoso seguem paralelamente? De facto, não existe fundamento subjacente ao ato de confiar que o ilícito-típico cometido é absolutamente independente do seu próprio autor. Além disso, importa ter em consideração que a prevenção especial positiva não opera sozinha, como teremos oportunidade de verificar, pelo que a sua atuação estará sempre condicionada quer pelos princípios constitucionais, quer pela própria moldura abstrata prevista no momento da cominação legal, garantindo a vigência dos pressupostos do Estado de Direito.

Aqui chegados, damos por concluída a análise da teoria da pena nos moldes a que nos propusemos, somente ultimando que não nos foi possível aderir a uma única doutrina já que, conforme redige ROXIN, “a pureza do modelo constitui uma consideração fundamental em toda a problemática social, satisfazendo certamente os partidários das teorias formalistas, mas nunca conseguindo abarcar toda a complexidade dos fenómenos”<sup>201</sup>. É por isso que se vai aproximando o tempo de admitirmos que as teorias da prevenção especial positiva e negativa e a teoria da prevenção geral positiva da pena

---

<sup>199</sup> Sob a égide do lema “What Works? Nothing Works”, R. MARTINSON, “*What works?*”, p. 28 expõe a precariedade dos programas de ressocialização, com índices de sucesso na prevenção da reincidência bastante diminutos. Contudo, aliás como também acaba o autor por concluir, é bem possível que a potencialidade do modelo esteja desvirtuada pelo tipo de programas implementados e pelas competências que são exercitadas, desde logo porque são desadaptados às circunstâncias reais com as quais os reclusos lidam quando abandonam a prisão, não levam em linha de conta a propensão natural do indivíduo para o crime, mas também pelo facto de a pena de prisão ser suscetível a causar danos irremediáveis na vida do agente.

<sup>200</sup> Cf. L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 218.

<sup>201</sup> C. ROXIN, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, p. 43.

constituem, em conjunto, uma reunião indispensável à ambiguidade criminal da atualidade, (e estamos em crer) do passado e do futuro<sup>202</sup>.

Conceber a prevenção geral positiva como teoria fundamentadora da (aplicação da) pena não nos parece o caminho mais adequado a fornecer resposta à mais relevante questão que, decerto, nos parece prender-se com a pessoa do autor do crime. E é também por isso que, não descartando a oportunidade dogmática desta teoria, somente estamos aptos a acolhê-la num plano anterior ao momento da aplicação da pena. Assim, admitimos que a aceção geral positiva opere no momento da designação abstrata (isto é, no momento legislativo e na decorrente fase da ameaça penal) dos ilícitos-típicos por correspondência aos bens jurídicos protegidos e como eventual consequência subjacente à previsão e aplicação de sanções, mas dificilmente como orientadora do processo de apuramento das penas suscetíveis de serem aplicadas e jamais enquanto critério norteador no momento da escolha da pena concreta. Por outras palavras, no momento legislativo, o legislador recorre à comunidade para ditar as condutas puníveis, mas apela essencialmente à prevenção especial para prescrever as sanções aplicáveis.

Existe um fundamento lógico por detrás de todas estas afirmações e que estimaríamos desenvolver com alguma retidão.

O agente comete um crime. Uma conduta penalmente prevista como atividade ilícita e violadora dos bens jurídicos protegidos por aquela concreta comunidade, aquela que previamente estipulou os valores maiores que a guiam. Até aqui, até à identificação dos concretos ilícitos-típicos, devem pronunciar-se considerações de natureza geral, comunitária, fundadoras de um ordenamento jurídico-penal detalhado, temporâneo e fiel ao sentimento comunitário do imprescindivelmente punível. No momento legislativo, uma vez ultrapassada a fase da identificação valorativa, o sentimento comunitário não pode mais valer, porque esta é a fase onde as considerações de natureza preventivo-especial são imprescindíveis na delimitação do catálogo sancionatório. É a fase da estatuição penal, é o momento do tratamento criminal, alheio às paixões sociais e ao alarme coletivo, devendo pautar-se pela

---

<sup>202</sup> Descartamos pois, liminarmente, o acolhimento da prevenção geral negativa, já que entendemos que o fundamento por ela remetido não nos afigura uma razoável argumentação, antes uma eventual consequência da tarefa sancionatória do Direito Penal. Cf. E. CORREIA, *Direito Criminal*, p. 51.

atenção ao crime concreto, tendencialmente voltado para o acolhimento individualizado do crime e do tipo de perfis que o perpetram.

É por isso que, neste momento da estatuição penal, procedemos a uma bifurcação<sup>203</sup> (ou, se se preferir seguir a linha de JAKOBS, de bipolarização). Aqui surge a necessidade de admitir que a criminalidade em geral não pode mais ser tratada como se um só crime fosse, porque todos os tipos que a comunidade ditou como intoleráveis contêm dicotomias inultrapassáveis, são praticados por autores com perfis absolutamente diferenciados e apresentam probabilidades de regresso ao Direito muito distanciadas.

É por isso que, nesta sede, na *primeira polarização*, surgem os tipos de crime contendentes com a irreversibilidade da vida humana, dada a sua nocividade e sobressalto jurídico, com os quais o ordenamento jurídico não poderia conviver sem a aplicação da pena privativa da liberdade, na medida em que se lhe desvanecem os mecanismos de reação alternativos a essa sanção, pelo facto de a conduta ter desencadeado resultados irreversíveis e ter sido perpetrada por aquele agente considerado perigoso<sup>204</sup>.

Três notas: em primeiro lugar, nem se diga que esta exceção comprova a insuperabilidade da aplicação da pena de prisão pois, conforme tivemos oportunidade de referir, são muito pontuais os casos em que o ordenamento jurídico não se basta com a aplicação de uma sanção diversa. Em segundo lugar, não se oponham considerações ao abrigo do princípio da legalidade, já que tal configuração deveria (aliás, deveria especialmente) estar estreitamente prevista em letra de lei. Não se oponham, também, considerações ao abrigo do princípio da igualdade, uma vez que já muito se ditou sobre a necessidade de tratar de igual maneira o que é igual e de forma diferente o que é diferente. Em terceiro lugar, esta convocação da prevenção especial negativa sempre seria no sentido de contornar o perigo que aquele concreto agente significa, pois deu mostras de desvinculação total aos valores jurídicos da comunidade – não apresentando qualquer garantia de regresso à juridicidade – e porque a

---

<sup>203</sup> Cf. R. ALLEN, "*Reducing the use of imprisonment*", p. 14.

<sup>204</sup> Essa perigosidade é aferida, como dissemos na nossa p. 43, à luz da sua grave inaptidão valorativa face à dimensão da vida humana e face à sua definitiva irrevogabilidade.

aplicação de qualquer outra sanção colocaria em risco absoluto a segurança da comunidade.

Assim, a prevenção especial negativa atua como prevenção da perigosidade do agente para a comunidade, aplicando uma pena privativa da liberdade ao agente *porque* este praticou *aquele concreto* ilícito-típico, caso sanção menos grave não seja idónea a prevenir essa perigosidade.

Aceite a premissa da bifurcação jurídica, importa aclarar o destino a oferecer aos agentes que praticam a restante maioria dos ilícitos criminais. Nesta sede já não podem ser tecidas considerações de perigosidade pois, não obstante a indesmentível censurabilidade que tais atos representam, a dimensão sancionatória pode ser alcançada com outras feições, talvez até mais oportunas e eficazes. É por isso que, aos *crimes não extremados*, não carentes de aplicação de uma pena privativa da liberdade, devem dirigir-se-lhe os propósitos da prevenção especial positiva.

*Prevenção especial* porque, como dissemos, as considerações da comunidade não devem integrar a discussão da pena aplicável. Não o devem, sobretudo, pela irracionalidade que as vozes públicas sabem imprimir ao discurso sancionatório. Não o devem, também, porque a própria prevenção especial possibilita, por si só, o reforço da crença da comunidade na vigência do Direito. De que forma, perguntar-se-á? Devido ao facto de a prevenção especial não zelar pela impunidade das condutas ilícitas. Devido ao facto, sobretudo, de a prevenção especial prescrever a aplicação da pena necessária, daquela pena suficiente à prevenção da reincidência, daquela sanção que visa impedir o novo crime. Que maior tranquilidade se achará do que inibir o agente, de um ponto de vista pedagógico e sem lhe castrar a liberdade de circulação, de praticar repetido delito? Se a sanção é suficiente à contenção do agente, então a pena que excede essa necessidade configura um castigo. E, de facto, que benefício coletivo se extrai desse supérfluo corretivo?

*Prevenção positiva* porque os agentes não praticaram atos que, por si só, pudessem descredibilizar o seu regresso ao Direito e, como tal, ainda é possível crer na sua “recuperação”. Positiva porque, sancionando o ato praticado no passado, é esperado que aquele agente concreto, através da aplicação de uma sanção *adequada*, compreenda a razão por que não podia

ter levado a cabo aquelas atividades e apreenda porque é que não deverá praticá-las no futuro. Mas é importante também dar nota que, à crítica de que a prevenção especial não previne a atuação de criminosos não reincidentes, temos que admitir não ser tarefa do Direito Penal prevenir o surgimento de novos delinquentes. A verdade é que essa é tarefa da educação cívica, pelo que o Direito Penal deve quedar-se sobre o seu objeto: os crimes concretizados e os delinquentes existentes.

#### IV. A questão carcerária

A lida exegética e a produção doutrinal em torno dos “temas nobres” do Direito e Processo Penal são, entre nós, merecedoras de notável vigilância jurídica, apesar de, paradoxalmente, a designada fase executiva “ficar sistematicamente órfã de atenção”<sup>205</sup>.

Não se compreende. Desde a estreia do segundo milénio, a população prisional no mundo aumentou 20%, tendo totalizado, em 2015, o redondo número de 11 milhões de pessoas encarceradas<sup>206</sup>. Destes, apenas 10 a 15% terão praticado delitos suficientemente graves ao ponto de justificar a sua reclusão por motivos de segurança pública<sup>207</sup>. Portugal, à data de 31 de dezembro de 2017, contabilizava 13.440 reclusos<sup>208</sup>, distribuídos por 49 EP<sup>209</sup>.

FERRI, na sua primeira campanha contra a pena de prisão, afirmou que os sistemas celulares em geral são “uma das aberrações do século XIX”<sup>210</sup>. De facto, a desconfiança face ao instituto não é recente e já afastada caminha a asseveração de que “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”<sup>211</sup>. A constatação cronológica só nos acrescenta perplexidade.

Cumprido, logo, dissecar os pilares fundamentadores da incerteza face à oportunidade da aplicação de uma pena privativa da liberdade. Para tal, não nos ocorre melhor ideia do que apontar, declaradamente, as máculas que um tal instituto carrega, parecendo-nos oportuno reformular a estafada afirmação de RADBRUCH<sup>212</sup> e atestar que, em pleno século XXI, é tempo de abandonar a busca da fórmula para melhorar a privação da liberdade e procurar algo melhor do que a privação da liberdade.

<sup>205</sup> A. MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 7-9.

<sup>206</sup> L. FERRAJOLI, no prefácio da obra *Descarcelación*, p. 20.

<sup>207</sup> *Idem*.

<sup>208</sup> Os dados são da DGRSP, disponíveis em [www.dgsp.mj.pt](http://www.dgsp.mj.pt).

<sup>209</sup> Os dados são do ICPR, disponíveis em [www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org).

<sup>210</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale*, p. 59.

<sup>211</sup> A. FRANCK mencionado por A. D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Estudos penitenciários e criminaes*, p. 109.

<sup>212</sup> G. RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p. 324.

As mazelas da prisão não são apanágios terceiro-mundistas<sup>213</sup>, tão-pouco representam uma exclusividade do regime celular. Se dúvidas houvesse, aí estão as investigações, desde RUDIN<sup>214</sup> a GOFFMAN<sup>215</sup>, concludentes da nocividade da reclusão sobre a psique do condenado<sup>216</sup>.

De ora em diante, abster-nos-emos da utilização do conceito “psicose carcerária”, dada a efervescente discussão que ainda permanece em torno da sua comprovação científica<sup>217</sup>. Em alternativa, preferiremos referir-nos às *reações carcerárias*, remetendo-nos, na posterior utilização do termo, às consequências que derivam não só para o estado psíquico, mas também físico e social do recluso – portanto, sequelas que resultam da fratura de mais direitos dos que os previstos na sentença condenatória. Vejamos.

a. A ação de privar um indivíduo da própria liberdade constrange-lhe a *condição emocional*, sendo possível afirmar que todo aquele que ingressa num EP fica sujeito à suportaçãõ de alguma reação carcerária, podendo vivenciar um estado de apatia absoluta ou de intensificação emocional<sup>218</sup>, naturalmente conhecendo certa variabilidade consoante a capacidade de adaptação e predisposição psicológica do sujeito<sup>219</sup>.

Desde logo, o momento de entrada na prisão provoca um estado suficientemente aflitivo ao condenado, havendo registos de acessos de delírio e de auto e heteroagressões, mas não se descartando os estados de angústia, alucinação, descompensação do tipo paranoide e comportamentos autolesivos

---

<sup>213</sup> C. R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 163.

<sup>214</sup> O estudo levado a cabo por RUDIN, em 1899, procurou observar a ocorrência de psicoses dentro dos estabelecimentos prisionais. Neste âmbito, destacou a sucessão de episódios de demência precoce, epilepsia e psicose maníaco-depressiva. Apesar de não ser possível afirmar que estas sequelas consubstanciam uma consequência direta do encarceramento, é incontornável a constatação de que o ambiente penitenciário exerce uma influência de tal forma negativa sobre o indivíduo que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia o aparecimento de determinados desequilíbrios que podem restar sobre uma simples e momentânea reação psicopática ou potenciar um intenso e duradouro quadro psicótico. Cf. A. FERNANDEZ ALBOR, *Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad*, p. 235 e ss.

<sup>215</sup> Inaugurando o conceito de “mortificação do eu”, cf. ERVING GOFFMAN, *Internados*, p. 58 e ss., de seguida desenvolvido em segmento próprio.

<sup>216</sup> De resto, a legislação nacional reconhece-lhe a perniciosidade, desde logo no art. 3º, nº 5 da Lei nº 115/2009, de 12 de outubro (atualizada pela Lei nº 94/2017, de 23 de agosto).

<sup>217</sup> A primeira formulação do conceito remonta a GANSER, que o terá formulado no Congresso de Haia, em 1897.

<sup>218</sup> Cf. N. KONRAD, *Prison Psychiatry*, p. 3 e ss.

<sup>219</sup> Neste sentido, cf. S. HALLECK e A. JOHNSEN R. THURREL, *Psychosis in prison*, p. 276.

mesmo depois de decorrido o período de ingresso no cárcere<sup>220</sup>. De resto, entre as várias reações carcerárias, a OMS reconhece o diagnóstico de Perturbação de Adaptação<sup>221</sup>, que perpassa por alguma variedade de sintomas como elevados níveis de ansiedade, alterações no padrão do sono, ideação suicida, pensamentos obsessivos e isolamento social<sup>222</sup>.

O decurso dos dias ameniza a ocorrência de reações explosivas para logo abrir espaço ao surgimento de novos obstáculos à estabilidade da psique do recluso. A rígida regulamentação promove sistematicamente aquilo a que GOFFMAN apelidaria de “mortificação do eu”, justamente com a implementação de uma panóplia de regras que se iniciam com a retenção dos bens pessoais à entrada e se desenrolam com a privação de momentos de intimidade e privacidade acentuada pela permanente vigilância, passando também pelo estabelecimento inflexível de uma rotina diária de higiene, alimentação e vestuário que mutila a individualidade de cada sujeito<sup>223</sup>. A partilha da cela não deixa de constituir um fator de importunação adicional pela constante imposição do outro que, se noutro contexto poderia impulsionar a comunicabilidade, em regime de encarceramento justifica a impossibilidade absoluta de privar consigo mesmo<sup>224</sup>.

No tocante à esterilidade do ambiente carcerário, é de apontar a monotonia dos dias<sup>225</sup> e a desconexão social<sup>226</sup>, constituindo fatores de potenciação de um espaço de múltiplas segregações.

---

<sup>220</sup> Referem J. COSTA SANTOS e N. MOREIRA, *“Atos suicidas e outros comportamentos autolesivos na prisão”*, p. 415 e ss. que o comportamento de o recluso se magoar a si próprio é, por vezes, um mecanismo de reduzir uma tensão psíquica insuportável. Ainda, S. BERNARDES JESUS e S. PINTO ALMEIDA, *“A Psiquiatria e a Psicologia em meio prisional”*, p. 516 indicam que, no meio prisional, são observáveis vários comportamentos de autoagressão específicos e praticamente exclusivos deste meio, como engolir lâminas, pilhas ou talheres.

<sup>221</sup> OMS, *10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças*, s/p.

<sup>222</sup> Cf. S. BERNARDES JESUS e S. PINTO ALMEIDA, *“A Psiquiatria e a Psicologia em meio prisional”*, p. 508.

<sup>223</sup> Cf. E. GOFFMAN, *Internados*, p. 56 e ss.

<sup>224</sup> A crítica não se estende, nem poderia, ao regime das prisões de segurança máxima, onde a cela não é compartilhada, apesar de este fator desencadear uma outra observação relacionada com o sentimento de solidão permanentemente reportado pelos reclusos, ao arripio do art. 43º das Nelson Mandela Rules (The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners). Neste sentido, veja-se COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 48.

<sup>225</sup> Torna-se, todavia, necessário proceder à distinção entre a realidade dos diferentes estabelecimentos prisionais. De acordo com o Relatório da Visita ao EP de Monsanto de 2016 (PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *Provedor de Justiça, as prisões e o século XXI*, p. 11 e 15), na prisão de segurança máxima as atividades diárias podem passar pela prática de alguns desportos,

No que tange à permanência por um período de tempo prolongado num EP, foram passíveis de identificação algumas patologias psicossomáticas, depressões reativas e o complexo de prisão<sup>227</sup>, por vezes confluindo na prática do suicídio em países tão diversos como a França e o Japão<sup>228</sup>. Em Portugal, não podemos ignorar que o período médio de permanência na prisão mais do que triplica face à média europeia, perfazendo um valor médio de 31,3 meses (em evidente contraste face à média de 9,5 meses na Europa) e apresentando a segunda mais elevada duração média dos países europeus, logo a seguir à Roménia<sup>229</sup>.

O problema podia quedar-se por aqui, não fossem também as taxas de mortalidade na prisão ocuparem um lugar cimeiro nas estatísticas europeias. O registo português apresenta 52,1 mortes por cada 10.000 indivíduos detidos, das quais 15,7 se ficaram a dever ao cometimento de suicídio, enquanto a média europeia sugere a ocorrência de 31,6 mortes em cada 10.000 reclusos, das quais 7,2 foram decorrentes de suicídio<sup>230</sup>.

Deve ainda destacar-se, no âmbito dos resultados psíquicos na esfera do recluso, o efeito de *prisonalização*<sup>231</sup>, de acordo com o qual o indivíduo encarcerado adota, a seu tempo, os costumes, hábitos, tradições e normas de conduta próprios da cultura penitenciária<sup>232</sup>. O prejuízo resultante desta assimilação crónica coloca em evidência o incontornável paradoxo com que a meta ressocializadora da pena privativa da liberdade sempre se deparará:

---

leitura, recepção de visitas e telefonemas. Todas as atividades são condicionadas a um número limitado de participantes. A refeição é tomada e a higiene feita na própria cela. Já no que concerne às cadeias em que vigora o regime comum, o Relatório de Atividades da DGSP de 2016 (disponível em [www.dgsp.mj.pt](http://www.dgsp.mj.pt)) aponta a possibilidade de elaboração de atividades mais diferenciadas – como, por exemplo, ioga, futebol ou trabalhos manuais – e de vivência diária menos condicionada, podendo os reclusos visitar as celas uns dos outros.

<sup>226</sup> Por forma a dar resposta à manutenção das relações existentes antes da entrada na prisão de segurança máxima, os reclusos estão autorizados a receber visitas, conquanto separadas por um vidro que obstaculize o contacto pessoal. Além disso, a possibilidade de criação de novos vínculos dentro do próprio estabelecimento é bastante reduzida, já que as atividades supramencionadas decorrem durante um curto período de tempo e com afluência limitada. Cf. PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *Provedor de Justiça, as prisões e o século XXI*, p. 5 e ss.

<sup>227</sup> Cf. L. CASTILLON MORA, *“Crimen, personalidad y prisión”*, p. 65-67.

<sup>228</sup> Cf. C. R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 200.

<sup>229</sup> Os dados são do *Council of Europe Annual Penal Statistics*, correspondentes aos anos de 2014 e 2015.

<sup>230</sup> *Idem*.

<sup>231</sup> A expressão é de D. CLEMMER, *The prison community*, p. 229.

<sup>232</sup> Nas palavras de A. THOMPSON, *A questão penitenciária*, p. 24, o recluso “desliza para dentro dos padrões existentes; adquire um comportamento sexual anormal; desconfia de todos, olha com rancor os guardas e até os companheiros. Em suma, aceita os dogmas da comunidade”.

ensinar os reclusos a viver em liberdade, mas dela privando os seus destinatários<sup>233</sup>.

b. Deteta FOUCAULT que, ainda que através dos mais subtis métodos de correção e controlo, é também *sobre o corpo do recluso* que a prisão exerce o seu poder, docilizando ou submetendo o físico à sujeição constante das suas forças<sup>234</sup> e cedendo lugar à suspensão de alguns direitos fundamentais.

De facto, apesar de toda a dinâmica descentralizadora dos suplícios sobre o corpo do condenado, com a abolição da pena de morte e a proibição dos castigos corporais, é todavia verificável a supressão de prerrogativas que jamais poderiam caber na computação. Falamos daqueles direitos elementares do indivíduo que não lhe podem ser subtraídos pois, antes mesmo de ser um recluso, é um ser humano<sup>235</sup> – desde logo por via constitucional<sup>236</sup>.

A compressão do *direito à saúde* por motivos atinentes às exigências executórias da pena privativa da liberdade não pode ser admitida num Estado de Direito, desde logo porque tal contração não encontra fundamento no simples facto de o indivíduo se encontrar encarcerado. Pelo contrário, o direito à saúde, enquanto típico direito social, traduz-se num dos mais fundamentais direitos do recluso, não podendo ser excluído das prestações estaduais pela sua condição, antes dando origem a um especial dever estadual profilático<sup>237</sup>.

Porém, apesar de todas as advertências legais e constitucionais, a situação de alguns EP nacionais tem vindo a inadimplir de certa feição, no plano prático, os pareceres nacionais e as admoestações europeias. O

---

<sup>233</sup> Cf. I. RIVERA BEIRAS, *Descarcelación*, p. 30.

<sup>234</sup> Cf. M. FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 22-23 e 38-39.

<sup>235</sup> Na esteira de FREUDENTHAL, rejeitamos a teoria de que o recluso se encontra numa zona de “não-direito”, pelo que se mantém portador dos direitos fundamentais subjacentes à sua condição de pessoa humana. De resto, só assim se poderá entender, desde logo pela passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito implicar o auxílio que o Estado deve prestar àqueles grupos diminuídos no seu desenvolvimento pessoal ou social, independentemente da causa que lhes deu origem. Assim, cf. E. CORREIA, *Assistência prisional e post-prisional*, p. 138 e 139; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal Português do futuro*, p. 28; A. MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 84.

<sup>236</sup> O art. 30º, nº 5 da CRP dispõe que “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”.

<sup>237</sup> Cf. A. MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 101.

Relatório para a Prevenção da Tortura<sup>238</sup> denuncia as inadequadas condições em que são mantidos os reclusos no EP de Caxias, no EP de Lisboa e no EP de Setúbal, onde não são respeitados os espaços mínimos exigidos para uma vida condigna (pelo menos 4 m<sup>2</sup>)<sup>239</sup>, onde predomina a sobrelotação carcerária<sup>240</sup>, onde não são consideradas as necessidades especiais dos reclusos em função da idade<sup>241</sup>, onde a alimentação providenciada não apresenta qualidade<sup>242</sup> e onde as deficiências estruturais dos edifícios convocam sérias consequências para a saúde<sup>243</sup>.

Ademais, uma outra extrapolação do alcance dos direitos que a sentença condenatória procura suspender é, por ora, a violação do *direito à integridade física* do recluso. São frequentes os relatos de agressões por parte dos guardas prisionais, tendo esta e outras situações conexas servido já de palco à advertência por parte das instâncias europeias<sup>244 245</sup>.

---

<sup>238</sup> COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 30 e ss.

<sup>239</sup> No EP de Caxias, um dormitório de 35 m<sup>2</sup> a 38 m<sup>2</sup> aparentemente acomoda entre 10 a 12 reclusos, situação que é agravada para os condenados por delitos sexuais, que contam com o confinamento de 10 a 12 pessoas num espaço de 33 m<sup>2</sup>, sendo 8 m<sup>2</sup> respeitantes aos aposentos sanitários, sem qualquer separação da zona de descanso. No EP de Setúbal, um dormitório de 23 m<sup>2</sup> chega a acomodar entre 9 a 12 reclusos e os condenados por delitos sexuais são inseridos numa cela à razão de 3 reclusos por cada 7 m<sup>2</sup> (incluindo os aposentos sanitários, sem qualquer divisória).

<sup>240</sup> Com base na capacidade oficial dos estabelecimentos prisionais em 2016, os números indicam uma taxa de lotação que ultrapassa 8 a 9% a capacidade dos estabelecimentos prisionais para suportarem reclusos, chegando alguns a apresentar uma taxa de sobrelotação de 170%.

<sup>241</sup> No mesmo *Relatório*, p. 30, ficou exposto o caso do recluso de 82 anos de idade, condenado por crime de violência doméstica, que permanece sem a devida prestação de cuidados e assistência, sentindo-se desorientado e vulnerável na sua existência.

<sup>242</sup> De acordo com as reclamações feitas pelos reclusos e recebidas pelo Comité Europeu. De resto, o Relatório da Visita do Provedor de Justiça ao EP de Monsanto corrobora o desagrado dos condenados face à alimentação, que asseguram que a refeição é servida mal confeccionada e em parca quantidade, além de que não é feita qualquer discriminação etária em função das necessidades energéticas e nutritivas.

<sup>243</sup> O Comité Europeu observou, nalgumas alas do EP de Caxias, um estado absoluto de delapidação, desprovidas de ventilação adequada, algumas casas de banho sem capacidade de funcionamento, paredes envoltas em humidade e vidros de janelas partidos (agravando o já natural ambiente regelado). No que respeita ao EP de Lisboa, o Comité reportou, na grande maioria das alas, além da carência de iluminação artificial, a presença de um odor fétido proveniente dos espaços sanitários e a ausência de colchões suficientemente aceitáveis, sendo geralmente finos, gastos, imundos e desfeitos. É incontornável a referência à presença de ratos e outros vermes que grassam livremente pelos dormitórios.

<sup>244</sup> Cf. COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 27.

<sup>245</sup> Veja-se o Acórdão (TEDH) Stegarescu e Bahrin c. Portugal, de 6 de abril de 2010, proc. nº 46194/06, disponível em [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), que condena o Estado Português a indemnizar dois reclusos por danos morais, na importância de 4.000 euros, pelo facto de não ter possibilitado a contestação do facto de terem sido colocados em celas especiais de segurança, o que “implicou que houvesse, para além do isolamento em si próprio, a restrição

Sendo certo que o CEPMPL<sup>246</sup> admite a utilização de meios coercivos em situações pontuais, designadamente as elencadas no art. 94º, nº 1<sup>247</sup> e desde que o perigo não possa ser eliminado de outra forma, certo é que, tomando em consideração as denúncias que se repetem, o uso da força tem sido recorrente e sem verificação das regras de conduta profissionais ou do respeito pela integridade física dos reclusos, dado que “a utilização da força é legitimada sempre que a ordem institucional é arbitrariamente declarada em risco”<sup>248</sup>.

De facto, têm-se sucedido as participações neste âmbito. O Comité Europeu para a Prevenção da Tortura elenca as denúncias recebidas por parte dos reclusos encarcerados no EP de Caxias, no EP de Lisboa e no EP do Montijo, de acordo com os quais são sujeitos à aplicação de “bofetadas, murros, pontapés e golpes com cassetetes”, por vezes dentro do próprio dormitório na hora de reclusão<sup>249</sup>. As reportações não são inéditas, pois já os Relatórios de 2012 e 2013 mencionavam ocorrências equivalentes no EP de Linhó, no EP de Paços de Ferreira<sup>250</sup> e no EP de Lisboa, sublinhando, neste último, a utilização da “sala 80” para o cometimento de agressões físicas aos reclusos e para a privação de água e de alimento<sup>251</sup>. No Relatório de 2018, surgiram referências ao “espancamento de boas-vindas”, aplicado aos condenados por delitos sexuais no EP do Montijo<sup>252</sup>.

A maioria das alegações referidas foram auxiliadas pela demonstração de hematomas coincidentes com a versão apresentada, além de que nem todas as denúncias provieram dos próprios ofendidos. Seja como for, as

---

das visitas a uma hora por semana – e apenas por conversação através de um vidro –, a restrição do passeio a uma hora por dia e a impossibilidade, no caso do primeiro requerente, de prosseguir os seus estudos e de realizar os seus exames”.

<sup>246</sup> Lei nº 115/2009, de 12 de outubro.

<sup>247</sup> “Para impedir atos individuais ou coletivos de insubordinação, rebelião, amotinação ou evasão, para evitar a prática pelo recluso de atos de violência contra bens jurídicos pessoais, do próprio ou de terceiro, ou patrimoniais, para vencer a resistência ativa ou passiva do recluso a uma ordem legítima, para impedir a tirada de reclusos ou a entrada ou permanência ilegais de pessoas no estabelecimento prisional.”

<sup>248</sup> A. P. DORES, N. PONTES e R. LOUREIRO, *Prison conditions in Portugal*, p. 37.

<sup>249</sup> Cf. COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 26.

<sup>250</sup> Cf. A. P. DORES, N. PONTES e R. LOUREIRO, *Prison conditions in Portugal*, p. 37-38.

<sup>251</sup> COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 26.

<sup>252</sup> COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal*, p. 27.

agressões partem também dos próprios companheiros de reclusão, não sendo aquelas exclusivamente imputadas aos guardas prisionais<sup>253</sup>.

c. Dificuldade diversa é a de saber se o recluso pode ser privado do seu *direito à sexualidade* durante o período de encarceramento. Com efeito, urge apontar que a imposição da abstinência sexual consubstancia, uma vez mais, um *plus* face às restrições implícitas na sentença que visou aplicar a pena privativa da liberdade, desde logo por ir de encontro à finalidade ressocializadora ao reprimir uma das expressões mais significativas da sociabilidade do indivíduo<sup>254 255</sup>.

Poder-se-ia considerar que, diante das espessas dificuldades quotidianas que os condenados a uma pena privativa da liberdade enfrentam, a questão sexual não alcança especial relevo. O trabalho encetado por ALBERTO GARCÍA VALDÉS vem só refutar o preconceito<sup>256</sup>.

O atropelo do instinto sexual é passível de produzir transtornos na personalidade dos indivíduos, especialmente quando não é abraçada por livre iniciativa mas coercitivamente imposta. Quando prolongada, pode gerar um desequilíbrio psíquico de tal forma acentuado que, nalguns casos, conduz à ocorrência de um transtorno de psicopatia<sup>257</sup>.

Bem vistas as coisas, a implementação da faculdade dos reclusos solicitarem visitas íntimas – ainda que apenas uma vez por mês, durante um período máximo de três horas<sup>258</sup> – significa uma evidente admissão da lesão que representa a restrição da sexualidade para o indivíduo. Ainda assim, podem questionar-se os termos em que a prática foi consolidada<sup>259 260</sup>.

---

<sup>253</sup> De resto, de acordo com os dados da DGRSP, foram apreendidas 61 armas brancas em 2016, 52 em 2015, 101 em 2014, 61 em 2013 e 104 em 2012.

<sup>254</sup> Cf. C. R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão*, p. 220.

<sup>255</sup> Vários indivíduos reportaram dificuldades, após a libertação, em regressar à atividade sexual anterior ao ingresso na prisão, apresentando distúrbios e disfunções sexuais que colocaram entraves ao regresso à vida sexual matrimonial. Cf. J. J. CABALLERO, "*Sentido de la homosexualidad en la prisión*", p. 121.

<sup>256</sup> Em 1976, questionados os reclusos do EP de Carabanchel (Madrid) sobre qual a sua primeira reivindicação face ao sistema prisional, responderam desejar obter uma forma de satisfazer as suas necessidades sem o exclusivo recurso a revistas pornográficas, recordações e fantasias. Cf. J. J. CABALLERO, "*Sentido de la homosexualidad en la prisión*", p. 120.

<sup>257</sup> Cf. B. KARPMAN, *Perversión sexual y sexualidad carcelaria*, p. 50.

<sup>258</sup> Ao abrigo do art. 122º, nº 1 e 4 do Decreto-Lei nº 51/2011, de 11 de abril.

<sup>259</sup> O art. 120º, nº 1 do Decreto-Lei nº 51/2011, de 11 de abril estabelece a possibilidade de conceder ao recluso uma visita íntima se for casado, se mantiver uma relação análoga à dos cônjuges ou uma relação afetiva estável, desde que exista uma visita ou

Ultrapassados esses casos, surge uma situação ainda mais gravosa que se prende com as agressões sexuais diretas por parte dos figurantes carcerários. A imagem suscita a desconfiança sobre a veracidade de tais factos, desde logo pela proximidade *hollywoodesca*, mas ao que parece têm-se sucedido os depoimentos<sup>261</sup> <sup>262</sup>. Não se antevê necessidade em reafirmar o desequilíbrio adjacente à personalidade do agressor, muito menos a destruição psicológica da vítima.

Suscita-se a questão de determinar se as prisões mistas são a solução do problema sexual nas prisões<sup>263</sup>. Não nos parece que o caminho seja nessa direção pois, ainda que eliminando a objeção contendente com a desconsideração do direito à sexualidade dos reclusos<sup>264</sup> que não mantêm relações estáveis, não resolve a objeção que fizemos à desconsideração da relação afetiva e familiar dos que efetivamente a sustentam (antes a poderá deteriorar, excetuados eventualmente os casos em que os elementos do casal se encontrem ambos encarcerados no mesmo EP), nem elimina o risco do constrangimento sexual (antes o acentua).

---

correspondência regular. O nº 2 estende a possibilidade às relações mencionadas que se estabeleçam após a reclusão. A disposição convoca algumas dificuldades, desde logo por restringir a possibilidade de recurso à visita íntima aos reclusos que não mantenham qualquer relação duradoura. A norma sugere, por isso, que o Estado privilegia a manifestação da sexualidade que se estabelece no âmbito de uma relação afetiva estável, desconsiderando o direito à sexualidade dos demais reclusos que a não mantêm. De resto, nem todos os estabelecimentos prisionais preveem a possibilidade de solicitar tal visita.

<sup>260</sup> Alguns autores qualificam a visita íntima como um mecanismo desadequado e insuficiente ao tratamento do direito à sexualidade do recluso. Apontam o desencadeamento de visitas mecânicas e furtivas, sem qualquer consideração pelo conteúdo afetivo inerente à relação sexual entre cônjuges ou companheiros, diminuindo a expressão psicológica do afeto e minimizando o papel da família. Neste sentido, cf. J. QUENTIN BURSTEIN, *Conjugal Visits in Prison*, p. 98.

<sup>261</sup> Apesar dos escassos dados sobre o tema, A. R. AZEVEDO SILVA, *Homens "verdadeiros" não fazem sexo na prisão, passim*, expõe casos de violência sexual na prisão, alumiando a informação com alguns números: dos 16 homens entrevistados, 10 relataram algum episódio de agressão sexual.

<sup>262</sup> Jorge Alves, presidente do Sindicato do Corpo da Guarda, menciona também alguns episódios. Em 2013, no EP da Carregueira, um recluso terá sido agredido sexualmente por três outros, durante três dias, com recurso a uma vassoura. Em 2014, no EP de Paços de Ferreira, um recluso terá sido agredido sexualmente pelo companheiro de dormitório, dentro da cela.

<sup>263</sup> A título experimental, podem apontar-se os exemplos dos estabelecimentos prisionais de Fort Worth (Texas), de Massachusetss, de Madrid, de Bilbao e de Sevilha.

<sup>264</sup> Sempre partindo do pressuposto de que lhes é permitida, dentro do EP, a manifestação da sexualidade, o que não resulta claro das experiências mencionadas.

d. Importa, por agora, analisar os *efeitos sociológicos* subjacentes à aplicação da pena privativa da liberdade, elucidando os contornos terrivelmente transcendentais que esta sanção assume.

É incontornável admitir que a reclusão implica a interrupção do ciclo natural da vida de um indivíduo, apartando-o da existência preconcebida ao romper com a ligação aos estímulos do mundo exterior. A desadaptação social torna-se vincada com a desintegração pessoal, o isolamento relacional e a paulatina perda de intimidade com o outro pelo que, assim, como mecanismo instintivo de reação à angústia e como tentativa de “salvar os restos do naufrágio pessoal, produz-se uma readaptação ao novo contexto físico e relacional, que alguns têm designado por processo de *prisionalização*”<sup>265</sup>, isto é, um processo de aculturação, de assimilação da subcultura da prisão. Os valores redefinem-se, as condutas automatizam-se, a linguagem assume a gíria carcerária e as relações passam a sustentar-se com base no despotismo, promovendo a implantação de uma consciência coletiva em nada condizente com a consciência da comunidade livre<sup>266</sup>. O último reduto de retidão, eventualmente identificado pelo recluso nas pessoas que se encontram no exterior, desvanece em múltiplas ocasiões com a desvinculação familiar<sup>267</sup>.

Chegado o momento de regressar à vida quotidiana, após o cumprimento da pena aplicada, o recluso depara-se com uma panóplia de normas sociais que se desenraizaram desde então (*desculturalização*). Regressa, sobretudo, com um estigma associado, obstante à maior parte das investidas para a obtenção de um vínculo laboral, social e relacional<sup>268</sup>.

Dir-se-á que o *quantum* das penas aplicadas pelas instâncias judiciais nacionais não justifica os apontamentos tecidos. Diremos que, para dar

---

<sup>265</sup> P. J. CABRERA CABRERA, “*Cárcel y exclusión*”, p. 88.

<sup>266</sup> Cf. E. SEELIG, *Tratado de Criminología*, p. 466.

<sup>267</sup> São variados os relatos que traduzem as visitas cada vez mais escassas dos entes familiares, seja pela logística associada ou pelo distanciamento emocional. Não deve descartar-se o efeito de *prisionalização secundária*, respeitante aos efeitos colaterais que se estendem à esfera das pessoas não visadas pela pena (cônjuge, descendentes, ascendentes, entre outros) e que podem motivar esse distanciamento (dificuldades económicas, pudor, entre outros). Sobre o tema, vejam-se M. COMFORT, “*In the tube at San Quentin*”, p. 77-107; C. SANTOS JORGE, *Prisionização secundária, passim*.

<sup>268</sup> Conforme diria F. CARNELUTTI, *As misérias do processo penal*, cap. XI, “as pessoas acreditam que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas acreditam que a pena termina com a saída da prisão e não é verdade. As pessoas pensam que a prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis outra ilusão. Se não sempre, 9 em cada 10 vezes a pena não termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não”.

resposta à medição dos efeitos perniciosos da prisão, é imperativo considerar o ritmo a que se desenrola a vida contemporânea, de tal forma que MARTINSON chegou a afirmar que a imposição de uma pena de 5 anos, hoje, é o equivalente, em termos de insucesso ressocializador, à imposição de uma pena de 20 anos na primeira metade do século transato<sup>269</sup>.

À vista do que se apontou, perante as condições com que se albergam os reclusos nos EP, caminhamos para um lugar que promove cidadãos amedrontados (e, se assim se entender, eventualmente renitentes face ao crime pela respetiva consequência física), ao invés de promover indivíduos informados e ponderadores das suas condutas face à pesagem do custo decorrente para a(s) vítima(s) e para a comunidade, esse lugar a que também ele pertence.

e. Não obstante o que ficou dito face ao inconveniente da aplicação da pena privativa da liberdade, ficaram ainda por apontar pontuais críticas à sua utilização.

Desde logo, tem-se aludido ao facto de que aprisionar o criminoso *não auxilia a vítima* na recuperação dos danos que lhe advêm do crime. A crítica não é totalmente destituída de razão, apesar de colidir frontalmente com o entendimento de que o Direito Penal não procura o ressarcimento do indivíduo atingido. Todavia, como negar a atuação às penas que, além de punirem diretamente o agente pela sua conduta ilícita, respondem também aos ferimentos do ofendido<sup>270 271</sup>?

---

<sup>269</sup> Cf. R. MARTINSON, "*The paradox of prison reform*", p. 313.

<sup>270</sup> Em sentido próximo, é interessante atentar no texto de T. MATHIESEN, "*Diez razones para no construir mas cárceles*", p. 18-19, que arrisca no apontamento de exemplos de compensação tendentes ao ressarcimento da vítima: compensação material automática (através de uma política de seguros financiada pelo Estado), compensação simbólica (através de novos rituais penais) e redes de apoio à vítima. A tese do autor baseia-se no redirecionamento dos recursos financeiros aplicados no parque penitenciário para a direta compensação do ofendido. Apesar de compreendermos a ideia, parece-nos que os desígnios da justiça restaurativa, neste âmbito, convidando autor e vítima "a sentar-se à mesma mesa", cumprem melhor o propósito punitivo do Direito Penal, oferecendo a possibilidade de aplicação de sanções simbióticas.

<sup>271</sup> Segundo F. DE LACERDA DA COSTA PINTO, "*O estatuto do lesado no processo penal*", p. 688, ainda que de um prisma voltado para a análise dos intervenientes e sujeitos processuais, "a possibilidade concreta de as vítimas participarem no processo penal constitui uma tendência de sentido oposto a uma justiça penal simbólica, (...) sem esquecer o facto de, em muitos casos, a existência de vítimas no processo permitir ao tribunal uma melhor perceção da danosidade real dos factos que são apreciados. Com essa participação reforçam-se ainda os mecanismos de empatia entre os tribunais e os cidadãos e algumas incriminações adquirem

Não se olvida, também, o *efeito criminógeno* decorrente da reclusão num EP, desde logo por consubstanciar uma das mais ancestrais críticas ao sistema penitenciário.

GUARDADO LOPES disse: "não faltam casos em que o recluso se mostra, dentro dos muros da prisão, um elemento útil e prestável para se tornar num elemento socialmente perigoso logo que dela sai"<sup>272</sup>. TERESA PIZARRO BELEZA confirma: "em vez de uma pena de prisão significar, como se pretende, a recuperação para a vida honesta, ela significa um aperfeiçoamento na carreira criminosa"<sup>273</sup>. De facto, parece-nos que o ordenamento jurídico-penal que solicita o ingresso, na mesma morada, de delinquentes em diferentes escalões das suas carreiras criminais, não pode ficar surpreendido com o facto de esses mesmos hóspedes estarem dispostos à partilha das suas experiências, especialmente num lugar estéril onde não escasseia a disponibilidade temporal para a transmissão de saberes<sup>274</sup>.

Por derradeiro – e tendo sempre em consideração que as críticas à pena de prisão não se estancam nesta enumeração –, é inevitável a referência à quantia diária que o Estado despende no sustento dos reclusos. Assim e porque os números também esclarecem, cumpre indicar que cada indivíduo recluso implica um gasto diário ao orçamento estadual que varia entre 40 e 53 euros, tendo ficado fixado, no ano de 2015, em 41,07 euros<sup>275</sup>. Feitas as contas, é de aproximadamente 1.250 euros o custo mensal de um recluso.

Duas notas sobre a constatação: o custo mensal de um recluso supera em mais do dobro o ordenado mínimo nacional<sup>276</sup>; e supera-o, paradoxalmente, nas condições suprarreferidas. Qual o valor que seria necessário aplicar para garantir uma vida condigna aos indivíduos encarcerados<sup>277</sup>? Não faremos esse

---

inclusivamente contornos mais humanos que podem temperar construções teóricas de pendor excessivamente abstrato".

<sup>272</sup> "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal", p. 273.

<sup>273</sup> T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, p. 298-299.

<sup>274</sup> De todo o modo, o efeito criminógeno está diretamente relacionado com os efeitos sociológicos anteriormente referidos, pelo que para lá remetemos.

<sup>275</sup> Cf. Relatório de Atividades da DGSP de 2016, p. 171, disponível em [www.dgsp.mj.pt](http://www.dgsp.mj.pt).

<sup>276</sup> Em 2015, a remuneração mínima mensal garantida estava fixada em 505 euros, de acordo com o art. 2º do Decreto-Lei nº 144/2014, de 30 de setembro. Em 2018, está fixada em 580 euros, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 156/2017, de 28 de dezembro.

<sup>277</sup> Neste âmbito, é interessante confrontar a situação prisional lusa com a configuração carcerária da República de San Marino, "a prisão mais monótona do mundo": cada recluso custa 707 euros diários, apenas existindo dois indivíduos encarcerados no antigo

trabalho exegético, desde logo porque logramos retirar uma conclusão *a priori*: ainda que o custo despendido com a população carcerária aumentasse significativamente e ainda que tal valor se refletisse efetivamente nas reais condições em que aquela é mantida, a oportunidade da aplicação de uma pena privativa da liberdade ainda não estaria comprovada, desde logo pela sensação de impunidade que transmitiria à comunidade face à generosidade das instalações<sup>278</sup>. Por isso, o último paradoxo, de resto o maior de todos eles, é que reformular a estrutura do sistema penitenciário, até ao ponto em que este elevasse a prisão à condição de pena digna e respeitadora do princípio da dignidade humana, convertê-la-ia num instrumento insuficientemente punitivo, pois em quase tudo se assemelharia a uma habitação, com a contrapartida de ter o portão fechado.

f. A exposta conjuntura não foi indiferente ao movimento tendente à implementação das *penas de substituição*<sup>279</sup>. Determinados em reagir contra as penas curtas de prisão, os partidários da moção, alicerçados na ideologia crítica de MARSANGY<sup>280</sup>, propugnam uma aplicação menos assídua da pena privativa da liberdade propondo, alternativamente, um modelo punitivo tendente à utilização de sanções diversas da pena de prisão.

As penas de substituição possibilitam uma infinidade de concretizações sancionatórias, apresentando uma gama de possibilidades altamente diversificada que facilmente se apreende pela auscultação do nosso CP<sup>281</sup> e

---

mosteiro que serve de cárcere. As refeições são servidas por um restaurante local, podendo os reclusos usufruir do ginásio, da biblioteca e da sala de televisão. Na Suécia, o custo diário de um encarcerado é de 359 euros, na Noruega 344 euros e na Moldávia 6 euros. Os dados são do *Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE I – 2016*, p. 121-122, disponível em [www.coe.int/en/web](http://www.coe.int/en/web).

<sup>278</sup> Cf., a propósito, M. FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 23.

<sup>279</sup> Sobre o tema, podem ver-se J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português*, p. 327; M. SIMAS SANTOS e M. LEAL-HENRIQUES, *Noções elementares de Direito Penal*, p. 176; A. LAMAS LEITE, *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática*, p. 104 e ss.; L. GRACIA MARTÍN, M. A. BOLDOVA PASAMAR e M. C. ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 226.

<sup>280</sup> B. DE MARSANGY, *De L'Amélioration de la Loi Criminelle*, p. 251 e ss. apresenta algumas soluções em alternativa às penas curtas de prisão, demonstrando clara preferência pela pena de multa que considera ser a sanção mais generosa, liberal, divisível, económica e eficaz face ao crime.

<sup>281</sup> Elevadas a letra de lei, constituem penas substitutivas da prisão *não detentivas*, no nosso CP, a pena de multa substitutiva da prisão (art. 4º do CP), a pena de proibição de exercício de profissão, função ou atividade (art. 46º do CP), a pena de suspensão da execução da pena de prisão nas várias modalidades (art. 50º a 57º do CP) e a pena de trabalho a favor da comunidade (art. 58º do CP).

com alguma curiosidade pelos ordenamentos jurídico-penais transnacionais<sup>282</sup>  
<sup>283</sup>. O tema tem conhecido declarada expressão, pelo que renovadas e inventivas soluções não escasseiam no universo jurídico, podendo elencar-se, a título de exemplo e sem implicar a nossa concordância, a pena da liberdade vigiada<sup>284</sup>, o tratamento farmacológico com inibidores<sup>285</sup>, a reabilitação sexual, a retratação pública, a privação do direito a deter o porte de armas, a obrigação de manter a distância da vítima, a proibição de contactos e a proibição de frequentar determinados lugares. As sanções previstas nos art. 65º e ss. do CP, ainda que estabelecidas enquanto penas acessórias, não deixam de representar alternativas punitivas viáveis face à privação da liberdade<sup>286</sup>.

Ainda neste âmbito, as Tokyo Rules<sup>287</sup> sugerem, já em 1990, possíveis medidas alternativas à prisão, incentivando os Estados a incutir nos delinquentes um sentido de responsabilidade para com a comunidade. Neste sentido, enumeramos as que nos parecem de especial relevo: sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a advertência; penas privativas de

---

<sup>282</sup> Refiram-se, em França, a obrigação de frequentar programas de cidadania e a pena de ressarcimento da vítima. Em Itália, a liberdade supervisionada. Na Letónia, a conciliação vítima-agressor. No Reino Unido, a *structured deferred sentence* (que consiste em adiar os efeitos da sentença, tendo em consideração o bom comportamento do agente). As informações constam no sítio do European Prison Observatory, disponível em [www.prisonobservatory.org](http://www.prisonobservatory.org).

<sup>283</sup> De todo o modo, as penas de substituição mais aplicadas, desde 2000, no conjunto dos oito países constituídos pela Itália, França, Grécia, Letónia, Polónia, Portugal, Espanha e Reino Unido, foram a imposição do trabalho a favor da comunidade, a supervisão com vinculação a tratamento desintoxicante ou com imposição de frequência de atividades educativas e ainda a imposição do recolher obrigatório em determinado lugar e a pena suspensa. Cf. C. HEARD, "*Alternatives to imprisonment in Europe*", s/p.

<sup>284</sup> Consiste numa pena de carácter interativo, cujo conteúdo afilitivo se efetiva na obrigação de submeter a liberdade do condenado à supervisão de pessoal qualificado, ficando sujeito a uma planificação individual elaborada de acordo com as necessidades de reeducação e reintegração do delinquentes em concreto. Sugerindo a aplicação desta pena em substituição da pena de prisão que não exceda 2 anos (ou 3, excecionalmente), AA. VV., *Alternativas al sistema de sanciones penales*, p. 22-28.

<sup>285</sup> Visando refrear o impulso sexual dos condenados por delitos sexuais através da administração de inibidores de testosterona, este tratamento farmacológico (popularmente designado "castração química") tem efeitos reversíveis após o abandono da toma. Existe, ainda, a possibilidade de administrar medicamentos psicoativos sem repercussões hormonais. A título de curiosidade, a medida é aplicável em países como Espanha, França, Reino Unido, Polónia, Dinamarca, Suécia e Áustria, com alguma variabilidade consoante o respetivo regime jurídico que, em muitos casos, implica o consentimento do visado. Em sentido favorável à aplicação da medida, C. LEAL, *Crimes sexuais e castração química no ordenamento jurídico português*; AA. VV., *Alternativas al sistema de sanciones penales*, p. 30-35.

<sup>286</sup> Mencionem-se, por exemplo, a proibição de conduzir veículos com motor ou a proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais.

<sup>287</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas Para a Elaboração de Medidas Não Privativas da Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990.

direitos; penas económicas; perda ou apreensão de bens; restituição de bens à vítima ou indemnização à mesma; imposição de prestação de serviço à comunidade; encaminhamento para centro de tratamento ou qualquer outra forma de tratamento em meio aberto<sup>288</sup>.

De resto, países como a Bulgária, a Croácia, o Chipre, a República Checa, a Estónia, a Islândia, o Luxemburgo, a Moldávia, a Sérvia, a Eslovénia, a Suíça e a Ucrânia afirmaram, tomando por base os números nacionais, que as medidas alternativas à prisão são geralmente mais adequadas à prevenção da reincidência, especialmente quando em causa estão delinquentes adictos de drogas, ofensores sexuais, condenados por crimes não intencionais, criminosos não violentos, crianças, estrangeiros e indivíduos que padeçam de doença mental<sup>289</sup>.

As consternações subjacentes ao movimento conducente à aplicação das penas de substituição não revelam ampla diferença face ao que dissemos até ao momento. As suas conclusões confluem também na nocividade do ambiente carcerário, na inexecutabilidade da ressocialização do delincente e na indemonstrada capacidade para prevenir a reincidência<sup>290</sup>. Atribuem tais desvantagens, todavia, às penas curtas de prisão. Por nosso turno, iríamos mais além, estendendo os defeitos à sanção *qua tale*, independentemente da sua extensão temporal. Cremos, de resto, que a demorada duração só lhe agrava a perniciosidade.

Não obstante, somos impelidos a aplaudir o movimento inaugurado pelas penas substitutivas, desde logo porquanto o movimento instala a predisposição do ordenamento jurídico-penal para a superação da pena privativa da liberdade<sup>291</sup>. Devemos só dizer que, diante da sua operabilidade sempre vinculada à pena de prisão, não nos é possível acolher o ideário substitutivo como consagração absolutamente bem dotada à resolução do problema carcerário. De facto, e sempre considerando a nossa concordância de princípio com o movimento, melhor se afiguraria uma estruturação que

---

<sup>288</sup> O elenco corresponde, respetivamente, às alíneas a), c), d), e), f), i), j) e l) do considerando 8.2. das Tokyo Rules.

<sup>289</sup> Cf. THE QUAKER COUNCIL FOR EUROPEAN AFFAIRS, "*Investigating alternatives to imprisonment*", p. 89-91.

<sup>290</sup> Cf. R. MAURACH, K. GÖSSEL e H. ZIPF, *Derecho Penal*, p. 804.

<sup>291</sup> Cf. F. BRICOLA, "*Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale*", p. 25.

Pena privativa da liberdade:  
a oportunidade de uma sanção criminal qualitativamente homogénea

dispensasse, em absoluto, a pena-mestra, ao menos nas situações em que a possibilidade se verifica. Concretizaremos, no próximo capítulo, a nossa convicção.

V. Uma proposta alternativa à homogeneidade das penas principais

A observação do instituto da pena ocupa um espaço marginal no panorama da produção científica do Direito Penal<sup>292</sup>, desencadeando o esquecimento do próprio facto de aquela atribuir o nome a toda a disciplina<sup>293</sup>.

A história do Direito Penal é a história da autoconfrontação entre o Direito vigente e a sua reforma<sup>294</sup>. Também por isso, é tempo de admitir que “prisão e pena, de facto, não são a mesma coisa, como pelo contrário sugeriria o imaginário popular”<sup>295</sup>.

Verificada já a perniciosidade da pena privativa da liberdade, não podemos compreender a sua ainda insuperada vigência. Não podemos, sobretudo, concebê-la ainda elevada à categoria de pena principal. E não podemos admiti-la, ainda mais, como aplicável a todos os ilícitos-típicos, como se, de alguma forma, todos eles consubstanciassem uma só conduta.

Assim, respondida a questão inicialmente colocada sobre a (in)oportuna da aplicação de uma sanção criminal qualitativamente homogénea, teremos de procurar oferecer nós próprios, ainda que num brevíssimo contributo, uma proposta alternativa àquela homogeneidade. Ainda que a moção venha a colidir com o estado da arte, entendemos ser um cenário que merece, pelo menos, ser explorado<sup>296</sup>.

a. O catálogo altamente restrito das penas principais no nosso ordenamento jurídico – circunscrevendo-se às penas de prisão e de multa – carece de renovada atenção científica. Se, por um lado, aproveitámos na previsão de algumas penas de substituição e na imposição de outras tantas acessórias, por outro, desvirtuámos essa potencialidade na subjugação daquelas medidas às penas principais<sup>297</sup>, retirando-lhes o mérito de atuarem por si só, com a emancipação que lhes é devida, como se a sua aplicação não

---

<sup>292</sup> Cf. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 13.

<sup>293</sup> Cf. F. BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho Penal*, p. 61.

<sup>294</sup> A. MIRANDA RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 34.

<sup>295</sup> L. FERRAJOLI, no prefácio da obra *Descarcelación*, p. 20.

<sup>296</sup> I. RIVERA BEIRAS, *Descarcelación*, p. 16.

<sup>297</sup> Decerto inquietando-nos mais a pena de prisão pelo seu mencionado carácter aflitivo.

afetasse bens jurídicos suficientes ou como se o seu proveito se esgotasse na mera assessoria das penas principais.

Dissonemos. A melhor pena é aquela que adquire uma finalidade conscientemente pedagógica, ponderada e explicativa da nocividade do crime a quem o perpetra. A melhor pena é aquela que considera as individualidades do caso concreto de um ponto de vista qualitativo, não se limitando a distinguir as mais diversas situações com recurso a um critério quantitativo, que contabiliza a retidão da pena em função de um juízo cronometrado: o tempo.

O nosso entendimento segue, então, a máxima da superação da prisão, não assentando, contudo, no abolicionismo<sup>298</sup>, mas encetando um caminho que se abeira do lugar onde a prisão não mais seja digna do estatuto de pena principal. Será, pois, também nessa altura, o momento em que emergirá uma nova cultura penal, onde a ambição de punir menos se converterá na intenção de punir melhor<sup>299 300</sup>.

Trata-se, por isso, de abandonar a estruturação de todo o sistema punitivo em torno da pena privativa da liberdade (note-se na dependência funcional das penas de substituição face àquela<sup>301</sup>), para detalhá-lo racional, humanista, individual e concretamente. Almeja-se, pelo menos, a ultrapassagem da reação carcerária conquanto elevada a pena principal<sup>302</sup>, diligenciando um sistema de medidas alternativas que apresente reações sancionatórias distintas da prisão, inaugurando uma sequela de medidas

---

<sup>298</sup> De resto, tivemos já a oportunidade de elencar os casos em que, no nosso entendimento, se justifica a aplicação da sanção carcerária.

<sup>299</sup> L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 213.

<sup>300</sup> Não descuramos que este mote propicie o surgimento de um outro reverso, podendo desencadear o alargamento do espectro punitivo resultante da proliferação de novas penas menos aflitivas. Ou seja, é possível que uma conduta a que, à luz da atual configuração legal, não chegasse a ser efetivamente aplicada uma das penas principais, dada a sua excessividade face ao delito, seja, nesta nova configuração, aplicada uma pena principal. Duas considerações: *primo*, a ausência de alternativas (ou, neste caso, a alternativa entre privar ou não privar da liberdade) não deve servir para clarificar a decisão do julgador, remetendo-o a optar pela sanção menos aflitiva, ainda que pouco conexcionada com o caso em concreto, apenas porque é a “opção menos má”; *secundo*, se certas condutas tipificadas como ilícitas não justificam a aplicação de uma pena principal, dois problemas poderão estar em questão: ou a conduta não apresenta dignidade penal (devendo por isso ser descriminalizada) ou o leque punitivo legal não é suficiente para os próprios ilícitos por si tipificados.

<sup>301</sup> Segundo A. LAMAS LEITE, *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática*, p. 588, “no nosso sistema penal, ao menos em sede do *procedere* do juiz, equacionar a pena substitutiva é um *posterius* quanto ao momento antecedente da determinação da medida concreta”.

<sup>302</sup> No mesmo sentido, L. FERRAJOLI, *Jurisdição y ejecución penal*, p. 8 e ss.

penais socialmente mais úteis<sup>303</sup> – úteis, porque voltadas para a pedagogia criminal.

E se o sistema de penas há de alterar-se substancialmente com a despromoção da pena privativa da liberdade enquanto sanção principal e, adicionalmente, com a inclusão de novas reações criminais a título matricial, a fim de decidir do carácter humanista do nosso CP, haverá, pois, de fundar-se uma nova filosofia penal disposta a acolher com maior concretude a previsão de penas privativas de outros direitos que não a liberdade de circulação e demais liberdades constrangidas na prisão. Fundar-se, sobretudo, um sistema penal moderno dirigido ao sancionamento do crime com recurso a um leque punitivo dotado de penas relacionadas com a conduta ilícita do agente<sup>304</sup> afastando, definitivamente, a máxima de estatuir a(s) mesmíssima(s) consequência(s) jurídica(s)<sup>305</sup> para toda e qualquer previsão legal de tipo ilícito.

De facto, diante da pluralidade de atos que podem constituir um crime, a reação penal uniformizou-se paulatinamente (talvez horrorizada com a especificação sancionatória decorrente da lei de talião), vindo a comprimir-se praticamente numa só pena, “de maneira que se eu tiver traído o meu país, vou para a prisão; se matei o meu pai, vou para a prisão; todos os delitos imagináveis são castigados do modo mais uniforme. Parece-me ver um médico que, para todos os males, emprega o mesmo remédio”<sup>306</sup>.

b. Suscita-se, então, a questão de saber como implementar um mecanismo mais tempestivo a facultar a aplicação das sanções educativas de que falávamos. Para todos os efeitos, a pena educativa é a sanção que se dirige diretamente ao agente, tomando por base o delito efetivamente cometido, isto é, uma pena manifestamente conexionada com o ilícito-típico perpetrado, a pena que revela a capacidade de se limitar a atuar sobre o

---

<sup>303</sup> No mesmo sentido, M. PAVARINI, “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, p. 199.

<sup>304</sup> Em sentido próximo, já em 2005, AA. VV., *Una propuesta alternativa al sistema de penas*, p. 7-9.

<sup>305</sup> A pena privativa da liberdade é a sanção designada para a totalidade dos crimes tipificados no CP (com honrosas exceções como a do art. 268º, nº 4 e a do art. 366º, nº 2), apenas coexistindo, em múltiplos preceitos, com a pena de multa.

<sup>306</sup> A. MESSUTI, *O tempo como pena*, p. 26-27.

perímetro decalcado pelo agente ao praticar o facto criminoso<sup>307</sup>, sem que haja lugar, evidentemente, à violação dos direitos fundamentais e inalienáveis do indivíduo.

Assim, tendo em vista a conclusão da tarefa a que nos propusemos, elencaremos três vias suscetíveis de eliminar a aplicação de uma sanção qualitativamente homogénea, visando alcançar um catálogo sancionatório detalhado para cada tipo de crime:

1. A elevação das penas de substituição e das penas acessórias ao estatuto de pena principal;
2. A previsão de novas medidas alternativas no catálogo punitivo; e
3. A despromoção da pena privativa da liberdade do estatuto de sanção principal.

Vejamos. Em bom rigor, a *elevação das penas de substituição e das penas acessórias* só há de operar nos casos em que a sua aplicação se mostre, em princípio, idónea a responder àquela espécie concreta de crimes. Portanto, nunca haverá de ser, puramente, uma ascensão a pena principal sem mais, qual medida solucionadora de todo o paradigma. Deverá, ao invés, sê-lo, porque equacionada a sua aptidão a responder àquela espécie de facto ilícito-típico cometido por aquele tipo de perfil de criminoso. Deverá, sobretudo, elevar-se à categoria de pena principal (transformando-se, em princípio, em sanção alternativa), aquela pena substitutiva ou aquela acessória que se conexe com o tipo, a espécie ou a categoria de crime em causa, segundo os bens jurídicos que atinge ou a forma do seu cometimento. Ou seja, a sua aplicabilidade a um tipo de ilícito não implica a sua aplicabilidade a qualquer outro.

Ora vejamos<sup>308</sup>: os *crimes cometidos no exercício de funções públicas*<sup>309</sup> são o exemplo paradigmático da tese que se pretende imprimir pois,

---

<sup>307</sup> Segundo PROVIDORIA DE JUSTIÇA, *Provedor de Justiça, as prisões e o século XXI*, p. 16, “a censura que se fez à pessoa que está em cumprimento de pena de prisão não deve espalhar-se, sem fundamento, a outras dimensões da sua vida”.

<sup>308</sup> As propostas que de seguida se apontam representam sugestões ilustrativas da construção desenvolvida, podendo e devendo ser alargadas para o efeito de apresentar um catálogo suficientemente alargado e idóneo a responder às idiosincrasias que cada tipo ilícito consegue convocar. Além do mais, as sugestões são tecidas com respeito pela proibição de penas com carácter perpétuo, prevista no art. 30º, nº 1 da CRP.

<sup>309</sup> Art. 372º e ss. do CP.

se o agente pratica um ato ilícito, que o é em decorrência do cargo público que ocupa, nenhuma sanção é mais conexcionada com essa prevaricação do que a proibição de exercício de profissão, função ou atividade<sup>310</sup> ou a proibição de exercício de função<sup>311</sup>. Em sentido paralelo, veja-se o caso da *ofensa à integridade física por negligência*<sup>312</sup> cometida pelo médico, em especial o caso de ofensa grave e negligência grosseira, cuja estatuição penal se ligaria à proibição de exercício da profissão. Note-se, também, por exemplo, no *crime de violência doméstica*<sup>313</sup> e no *crime de perseguição*<sup>314</sup> e ponderemos na elevação das penas acessórias previstas no nº 4 do art. 152º (designadamente a proibição de contacto com a vítima e a proibição de uso e porte de armas) e no nº 3 e 4 do art. 154º-A (designadamente a proibição de contactos com a vítima e a obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição). Consideremos, agora, no âmbito dos crimes contra a sociedade, designadamente o *crime de incêndio florestal*<sup>315</sup> que tanto alarme gera em Portugal, que sanção mais diretamente conexcionada com o crime cometido do que a obrigação de prestação de trabalho a favor da comunidade, implementando um regime de obrigatoriedade de limpeza de matas ou de cumprimento de um programa de reflorestação<sup>316</sup>? Atentemos, além destes, no *crime de difamação*<sup>317</sup>, ponderando quanto mais não assistiria ao bem jurídico lesado a obrigação de retratação pública ou, quem sabe, uma sanção verbal como a admoestação? Assinalemos, ainda, no círculo dos *crimes contra animais de companhia*<sup>318</sup>, em que é já a própria redação legal que aponta penas diretamente conexcionadas com o crime cometido, ainda que

---

<sup>310</sup> Prevista como pena de substituição no art. 46º do CP.

<sup>311</sup> Prevista como pena acessória no art. 66º do CP.

<sup>312</sup> Art. 148º do CP.

<sup>313</sup> Art. 152º do CP.

<sup>314</sup> Art. 154º-A do CP.

<sup>315</sup> Art. 274º do CP.

<sup>316</sup> Obviamente com a desconsideração da atual redação do preceito que exige o aceitação do condenado no nº 5 do art. 58º do CP. Ainda assim, não somos indiferentes à sensibilidade da proposta, desde logo tomando em linha de conta o teor do art. 4º, nº 2 da CEDH e o art. 8º a) do PIDCP. De todo o modo, a sugestão não pretende ressuscitar a figura dos trabalhos forçados, desde logo atendendo à teleologia da proposta elencada, mas considerando também que são aqueles mesmos preceitos que dispõem que o trabalho obrigatório, no âmbito de determinadas circunstâncias, não pode ser equiparado ao que se entende ser o trabalho forçado. Sobre essas circunstâncias, cf. art. 4º, nº 3 e art. 5º da CEDH e art. 8º c) do PIDCP.

<sup>317</sup> Art. 180º do CP.

<sup>318</sup> Art. 387º e ss. do CP.

a título acessório<sup>319</sup>: a privação do direito de detenção de animais de companhia, a privação do direito de participar em feiras, mercados, exposições ou concursos relacionados com animais de companhia ou até o encerramento de estabelecimento relacionado com animais de companhia<sup>320</sup>.

Ainda assim, o propósito não se conclui com a mencionada elevação, antes sendo cumulativamente necessário *alargar o catálogo sancionatório* com recurso a novas medidas alternativas, inaugurando a previsão de uma panóplia de sanções vocacionadas para a punição dos crimes em concreto, que não sobejam no nosso ordenamento jurídico. Logramos em elencar alguns exemplos que nos parecem verdadeiramente pertinentes. Ao *crime de condução perigosa de veículo rodoviário*<sup>321</sup>, além da natural consequência de proibição de condução de veículos a motor<sup>322</sup>, apraz indicar uma derivação inovadora da pena de multa para os casos em que a prática ilícita se funda na violação das regras de circulação rodoviária relativas ao limite de velocidade, sugerindo a aplicação de uma multa num número de dias de multa proporcional à velocidade excedida<sup>323 324</sup>. Ao *crime de violência doméstica*, conforme o parentesco que ligue o agente ao ofendido, pode apontar-se a inibição das responsabilidades parentais<sup>325</sup>, sem prejuízo da devida reparação da vítima<sup>326</sup>.

---

<sup>319</sup> Cf. T. QUINTELA DE BRITO, "Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia", p. 20-21.

<sup>320</sup> Art. 388º-A do CP.

<sup>321</sup> Art. 291º do CP.

<sup>322</sup> Já equacionada como pena acessória no art. 69º do CP.

<sup>323</sup> Cf. D. VAN ZYL SMIT, *Handbook of basic principles and promising practices on alternatives to imprisonment*, p. 29.

<sup>324</sup> Ora, esta proposta convoca um obstáculo que se prende com a necessidade de acautelar as circunstâncias do caso concreto, designadamente a questão contendente com o princípio da culpa. Não é igual a circunstância do agente que excede o limite de velocidade porque se encontra a participar numa competição com outro automobilista em via pública e a situação de outro agente que excede a mesmíssima velocidade porque se encontra atrasado para uma reunião urgente. É precisamente para acautelar a circunstância do cenário criminoso em concreto e, bem assim, o princípio da culpa, que o "critério da proporcionalidade" deve operar. Assim, o agente que se encontra a participar na dita competição e excede 50 km/h o limite de velocidade, poderá ver ser-lhe aplicada uma pena de 150 dias de multa (50x3), sendo o montante em euros aferido de acordo com a capacidade económica do agente (fixemos, a título de exemplo, o montante de 10 euros diários), à semelhança do regime atual. Este agente seria condenado ao pagamento de uma multa de 1.500 euros. Já o agente que excede 50 km/h devido ao atraso para a reunião, poderá ver ser-lhe aplicada a pena de 50 dias de multa (50x1, na medida em que a sua culpa é, hipoteticamente, 3 vezes inferior à do outro agente), sendo condenado ao pagamento de uma multa no valor de 500 euros (se a sua capacidade económica for similar à do outro agente).

<sup>325</sup> Veja-se, a propósito, o art. 69º-C do CP.

<sup>326</sup> Nas palavras de S. OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p. 463, "a 'justiça restaurativa', que se oferece como alternativa ou complemento ao

Ao *crime de furto*<sup>327</sup>, equacionar a devolução do objeto à vítima e a implementação de mecanismos vocacionados para a justiça restaurativa<sup>328</sup>. Ao *crime de abuso sexual de crianças*<sup>329</sup>, a obrigatoriedade de frequentar programas específicos tendentes ao controlo da parafilia. Aos *crimes de corrupção passiva*<sup>330</sup> e de *recebimento indevido de vantagem*<sup>331</sup>, tornar aplicável a pena de multa no número de dias proporcionalmente correspondente ao valor auferido, considerando também a gravidade do delito e a culpa do agente<sup>332</sup>.

Naturalmente, mesmo no âmbito da mesma categoria de crimes, as idiosincrasias advenientes de cada tipo criminal e de cada tipo de perfil do agente convocam ampla variabilidade. Nesse caso, sempre diremos que, além de o julgador poder designar a pena qualitativa do catálogo de penas disponibilizado pela lei penal (ainda que com recurso a critérios legais preestabelecidos), lhe assiste ainda a possibilidade de determinar a pena quantitativamente, duplicando a adequação da sanção ao caso em apreço.

Ainda assim, importa esclarecer que a nossa proposta não se basta com o apontamento de uma única sanção principal, antes persegue o objetivo de garantir assento matricial de várias penas conexas com o ilícito cometido, ordenando-as segundo a gravidade a que pretendem responder<sup>333</sup>,

---

modelo de justiça tradicional, compreende um conjunto diversificado de construções teóricas e soluções normativas que encontram o seu étimo em *duas* ideias fundamentais: a atribuição ao ofendido/assistente de amplos poderes de participação na solução do conflito e a (re)orientação das soluções de diversão e consenso no sentido da reparação (pecuniária ou não) dos danos causados pelo crime”.

<sup>327</sup> Art. 203º do CP.

<sup>328</sup> Como, por exemplo, a mediação penal, considerando a sua vocação para “a prevenção da *‘vitimização secundária’*, evitando-se o contacto prolongado com a máquina judiciária, e a necessidade de *‘devolução do conflito à vítima’*, outorgando-lhe a possibilidade de resolver o conflito penal mediante uma solução concertada com o agente”. S. OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p. 464. Numa análise da natureza dos crimes que admitem o recurso a este meio de “diversão” do sistema penal, T. PIZARRO BELEZA e H. PEREIRA DE MELO, *A mediação penal em Portugal*, p. 46-57.

<sup>329</sup> Art. 171º do CP.

<sup>330</sup> Art. 373º do CP, quando se verifique obtenção de vantagem patrimonial.

<sup>331</sup> Art. 372º do CP, quando se verifique obtenção de vantagem patrimonial.

<sup>332</sup> Aconselhando “uma responsabilização de natureza financeira séria, rápida e suficientemente dissuasora, um ‘travão’ essencial à prática de comportamentos criminais subsequentes”, J. MOURAZ LOPES, *O espectro da corrupção*, p. 125. Sobre a necessidade de “desenvolver estruturas de imputação do crime económico em função dos seus agentes, do contexto em que atuam e da natureza dos factos em causa”, F. DE LACERDA DA COSTA PINTO, *“Crimes no sistema financeiro”*, p. 490.

<sup>333</sup> Prevendo, na última hipótese do catálogo, a sanção menos aflictiva aplicável ao ilícito perpetrado.

de modo a oferecer ao julgador um catálogo suficientemente vasto às circunstâncias em que cada cenário criminoso se desenrola.

Por fim, enquanto pressuposto, mas também em decorrência natural de tudo quanto foi dito, *destituir a pena privativa da liberdade* do seu posto de sanção principal e paradigmática. Todavia, não negaremos: muito nos agradaria sugerir a sua abolição pura e simples do ordenamento jurídico-penal, por todos os motivos que vimos indicando. Todavia, não tendo sido identificada, até ao momento, uma sanção apta a responder aos crimes que contendem com a irreversibilidade da vida humana, teremos de admitir a sua aplicação aos pontuais casos que referimos. Ainda assim, não deixaremos, também, de sugerir uma alteração nesse sentido.

Partindo da premissa de que também os crimes extremados de que falávamos<sup>334</sup> são passíveis de admitir um catálogo sancionatório alargado, ainda que exigindo um trabalho de investigação mais aprofundado na sua delineação própria, apresentamos uma estratégia tendente a responder àqueles casos últimos em que, mesmo ponderando a totalidade das sanções alternativas previstas, nenhuma delas esteja apta a responder, no caso concreto, à perigosidade do agente. Em tal circunstância, colocar-se-á à disposição do julgador, através de um raciocínio inverso, mas paralelo à lógica subjacente às penas de substituição, a aplicação da pena privativa da liberdade, convertendo-se ela mesma numa – na única – pena substitutiva, mais corretamente apelidável de pena residual. Ou seja, não se trata mais de um raciocínio que visa, sobretudo, contornar a pena principal que é a privação da liberdade, antes se tratando de uma lógica que quer, antes de tudo, reduzir ao máximo essa possibilidade, relegando-a para último reduto.

c. Alguns *reparos* poder-se-ão equacionar face à nossa proposta. Desde logo, é sabido que a particularização da pena, enquanto especificamente aplicada a um sujeito concreto, é uma prática quase sempre encarada com preocupação e alarme jurídico. Não devemos, porém, deixar de notar que, no nosso ordenamento jurídico, ultrapassado o momento legal abstrato da previsão da pena e depois de determinada concretamente a

---

<sup>334</sup> Remetemos, neste ponto, para as nossas p. 43, 48 e 49.

sanção, o terceiro momento da determinação exata da medida da pena é ele mesmo um momento de individualização judicial da sanção<sup>335</sup>. Com uma reta diferença: trata-se de uma individualização quantitativa, ao invés de uma individualização qualitativa, adequando a pena àquele concreto sujeito dentro de uma escala numérica, quantificável e cativantemente calculável, em vez de harmonizar a pena com o concreto bem jurídico lesado, isto é, uma sanção qualitativamente mais aproximada do delito cometido.

Dir-se-á, então, que o caminho da previsão de penas diretamente relacionadas com o crime cometido é também ele uma solução que imprime contornos retributivos, uma lei de talião moderna, quem sabe a justa paga contemporânea. Di-lo-á, todavia, quem olvidar o corolário preventivo de que parte a presente concepção, pressuposto que fundamenta teleologicamente a pena a ser aplicada. Di-lo-á quem entender ignorar a finalidade pedagógica que se acerca da construção, tendente a sensibilizar os perpetradores dos efeitos da sua conduta. Di-lo-á, sobretudo, quem contornar a notável evidência de que as penas diretamente relacionadas com o delito cometido não se bastam com a retribuição do facto, olhando meramente para o passado, mas visam uma educação para o futuro. No fim de contas, a melhor pena poderá nem ser a que é diretamente proporcional ao delito, como advogaria a Retribuição, mas aquela que realiza a finalidade pedagógico-preventiva convenientemente<sup>336</sup>.

Dir-se-á ainda, em objecção à nossa proposta, que a previsão de medidas substitutivas no nosso CP remedeia já o problema que se apresentou, dado que, bem analisando, a prisão é em muitos casos substituída por outras sanções na sentença condenatória. O problema é que a manutenção do estado das coisas encobre a questão principal, aquela que se prende com o facto de a pena de prisão, em si mesma, não estar apta a representar uma sanção idónea aos fins perseguidos pelo Direito Penal. E se efetivamente pudemos dar o passo em direção a esse reconhecimento, implementando a possibilidade de substituir a pena de prisão por quaisquer outras sanções menos intrusivas, é então hora de conduzir essa posição até às últimas consequências. Em primeiro lugar, porque permitirá estabelecer um sistema de penas ordenado e

---

<sup>335</sup> Cf. N. DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*, p. 19.

<sup>336</sup> Isto é, uma pena mais branda àquela que seria a pena proporcional ao delito.

fidelizado a um princípio comum, eliminando o artifício jurídico que representam as penas de substituição e que apenas existe para emendar uma estruturação jurídica entretanto ultrapassada. Em segundo lugar, porque uma clara delimitação do perímetro sancionatório na própria norma tipificadora do crime, com o elenco exaustivo das penas aplicáveis a cada ilícito-típico, permite uma valência indesmentível face à comunidade em geral, que as poderá enfim perceber como verdadeiras e autónomas sanções<sup>337</sup> que conhecem assento principal no panorama jurídico-penal. Em terceiro lugar, porque facilitará a tarefa do julgador que poderá, daí em diante, enfrentar diretamente um leque punitivo concreto, impelindo-o, desde o primeiro momento, a considerar “a alternativa” e eliminando definitivamente alguma timidez na aplicação de sanções diversas das tradicionais penas principais. Assim, o processo de elevação das sanções de substituição e das acessórias à categoria de pena principal e a permissão de integração de novas medidas alternativas no catálogo das penas matriciais transmitirá ao julgador a credibilidade destas hodiernas variantes penais, incentivando-o à respetiva consideração no momento da escolha da pena.

Dir-se-á, de resto, que as sanções mencionadas propiciam um sentimento de impunidade geral, já que são comumente apreendidas como alternativas *soft* à privação da liberdade, quase como uma vantagem adveniente do facto do crime não consubstanciar uma aberração comportamental suficiente. Essa percepção, aliás, é consentida pelo próprio legislador, quase sempre remetendo a aplicabilidade das penas de substituição aos crimes de diminuta gravidade e garantindo a presença constante da ideia de ingresso na prisão quando a sanção substitutiva não seja cumprida<sup>338</sup>.

Todavia, sublinhamos, a implementação de novas medidas alternativas, com a inclusão de sanções ainda nem previstas no CP, torna apta a modificação da percepção geral face à punição alternativa, desde logo porque

---

<sup>337</sup> A. LAMAS LEITE, *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática*, p. 314.

<sup>338</sup> Conforme indica M. PAVARINI, “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, p. 201, a única estratégia de alternativas capaz de prescindir completamente da pena privativa da liberdade é apenas aquela que cria um modelo capaz de efetivar, em absoluto, algo definitivamente diferente da prisão, não a pressupondo.

supera o catálogo substitutivo atual e demonstra o poder denunciativo<sup>339</sup> de que tantas outras sanções se dotam, sem resvalarem para a neutralização total do agente nem representando advertências simbólicas.

MONTESQUIEU atestou que a suavidade das penas condiz com as sociedades civilizadas<sup>340</sup> e GUARDADO LOPES, sustentando a sua argumentação nas afirmações do mesmo autor, aconselhou a que não “se tenha medo da benevolência, pois não é ela que irá motivar o aumento da criminalidade: como disse MONTESQUIEU, ‘quando se examina a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela resulta da impunidade dos crimes e não da duração das penas’”<sup>341</sup> ou da sua intensidade. De facto, mais do que a estatuição da pena privativa da liberdade para todos os tipos legais de crime, mais do que apontar medidas afitivas para os agentes que cometem delitos, estamos em crer que a comunidade repousaria com a implementação de um sistema de penas certo e ordenado, compreensível ao leigo e compreensivo do agente, onde as sanções diversas da prisão são encaradas como verdadeiras penas e dotadas de um sentido perfeitamente sancionatório, porque conexionado com o crime cometido, porque explicável à comunidade<sup>342</sup>.

Sabemos, além de tudo, que a proposta que vimos elencando será uma ambiciosa tarefa já que, para tal, tornar-se-á imprescindível encetar um estudo altamente aprofundado de cada tipo legal de crime, um estudo que envolverá necessariamente o conhecimento de várias áreas do saber, da criminologia à psicologia, das ciências económicas às ciências médicas. Seja como for, a atividade de legislar esclarecidamente só atribui renovado mérito e eficácia ao texto legal que vier a vigorar.

Sopesadas as antipatias que uma proposição destas poderia convocar, pensamos ter demonstrado ser realizável e vantajosa a adoção de perspetivas

---

<sup>339</sup> A expressão é de C. SHEARING, *"Punishment and the changing face of governance"*, p. 214.

<sup>340</sup> Cf. C. MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, LXXX, p. 252.

<sup>341</sup> *"Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal"*, p. 275.

<sup>342</sup> De acordo com A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 67, é possível resistir ao punitivismo e demonstrar que a comunidade pode estar recetiva às medidas alternativas à prisão, desde que a mesma seja informada de uma forma realista do funcionamento do sistema. É curioso notar, neste âmbito, que diante da questão “que pena aplicaria a uma pessoa de 21 anos que cometesse o crime de roubo pela segunda vez?”, 65% dos inquiridos responderam a pena de trabalho a favor da comunidade, ao invés da pena de prisão. Afirma o autor, ainda, que “quanto melhor se conhece o sistema, menos punitivista se é”.

capazes de lidar com a criminalidade de uma feição bastante diferenciada face à homogeneidade qualitativa das penas principais imperante, para tal almejando a edificação de um ordenamento jurídico-penal onde a escola do crime seja suplantada pela educação para a vida, na medida em que o delito, quando acontecer, deverá ser considerado como forma de evitar novos delitos e não encarado como mecanismo de o replicar e de se multiplicar a si próprio<sup>343</sup>.

---

<sup>343</sup> EUROPEAN PRISON OBSERVATORY, *"Manifesto for a new penal culture"*, p. 4 e 5.

## VI. Notas conclusivas

Iniciámos este trabalho com a singela convicção de que a pena privativa da liberdade não serve propósitos benignos à estrutura social e jurídica do nosso tempo. Concluímo-lo, agora, dotados de mais variáveis sustentadoras da nossa posição.

a. Observadas as balizas históricas que conduziram a pena privativa da liberdade a vigorar, ainda, nos nossos dias, pudemos aferir que, malgrado a abreviatura executada aos direitos elementares do recluso no curso dos séculos, a pena de prisão representou, ainda assim, “uma grande conquista da modernidade”<sup>344</sup>. Contudo, e porque o itinerário da História demonstra a transmutabilidade do pensamento jurídico, não foi difícil compreender que as décadas se sucederam no desejo de ultrapassar a barbárie sancionatória vigente em cada tempo, sobretudo quando se afinaram as sensibilidades dos homens<sup>345</sup>. Assim, superada já a era da ausência de alternativas, é tempo de dirigir a história das penas, que “não é menos desonrosa do que a história dos delitos”<sup>346</sup>, para uma posteridade penal que se quer humanista.

b. E se o escrutínio histórico nos assombrou perante as aflições infligidas aos indivíduos que, em algum momento das suas vidas, ousaram violar as sempre permeáveis normas juspenais que regem a comunidade, muito mais nos suscetibilizámos face às agonias impostas pelo cárcere moderno que, não se bastando com a privação da liberdade do condenado, ainda lhe agrava o suplício com a drástica compressão dos seus mais básicos direitos fundamentais.

Assim segue, quase incólume às advertências constitucionais, o atropelo do princípio da dignidade humana, fundamentando-se numa certa extrapolação dos direitos que a sentença condenatória pretendeu suspender e operando numa zona amputada de vigilância jurídica onde “a vida inteira é

---

<sup>344</sup> P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *"O futuro dos estudos penitenciários"*, p. 301.

<sup>345</sup> Parafraseando E. CORREIA, *"Introdução ao projeto do Código Penal"*, p. 59.

<sup>346</sup> G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, p. 194.

disciplinada por regras e práticas em parte escritas, mas em grande parte não escritas”<sup>347</sup>.

À vista do que foi dito, a querela carcerária apressa-se a denunciar, enfim, a artificialidade da vida prisional e a contradição institucional em que se traduz a prisão: uma instituição criada pela lei, na qual rege o governo das pessoas; um lugar confiado ao controlo total do Estado, mas onde no interior não vigoram mais leis senão a lei do mais forte<sup>348</sup>.

c. Parte vital do nosso texto foi dirigido à empresa de descortinar existência de fundamento à aplicação da sanção privativa da liberdade, indagando se lhe assiste dogmaticamente alguma das teorias tendentes a oferecer resposta à finalidade da aplicação de uma pena em geral.

Não pudemos, todavia, identificar-lhe uma base teórica suficientemente estruturante e capaz de justificar a sua estatuição para todos os ilícitos-típicos previstos no nosso CP. Não pudemos encontrá-la nas teorias absolutas, cujas finalidades se realizariam com a aplicação de qualquer outra sanção que retribuísse o mal do crime. Não pudemos encontrá-la na teoria da prevenção geral que, dirigindo-se à comunidade, na sua vertente negativa, seguramente cumpriria os seus intentos com a aplicação de uma pena ainda mais castradora do que a privação da liberdade, nem na sua veste da prevenção geral positiva, que melhor lograria com a aplicação de uma sanção mais dotada a refletir o efeito de aprendizagem, confirmando os bens jurídicos protegidos pela comunidade de uma forma, justamente, mais positiva. Não pudemos encontrá-la na doutrina da prevenção especial, especialmente na sua consagração positiva, dados os efeitos perniciosos apontados à sanção privativa da liberdade, jamais dotada de mecanismos suficientemente operadores de uma qualquer reeducação penal. Na sua vertente preventiva especial negativa, todavia, a pena de prisão encontra, eventualmente, alguma base fundamental, porque se dota da possibilidade de neutralizar o agente. Ainda assim, pudemos concluir que, conduzindo a prevenção especial negativa às últimas

---

<sup>347</sup> L. FERRAJOLI, *"Jurisdicción y ejecución penal"*, p. 6.

<sup>348</sup> L. FERRAJOLI, *"Jurisdicción y ejecución penal"*, p. 7.

consequências, a pena de prisão representa uma sanção insuficiente, pois não incapacita o agente da totalidade das suas condutas.

Preferimos, por isso, ao invés de aderir a uma única doutrina, acolher os mais escorregiosos traços de parte delas e procurar apontar um *tertium genus* por nós esboçado, que nos parece ser o que melhor se coaduna com a esfera específica do, mais do que todos, universo jurídico-penal.

Assim, apontámos a necessidade de remeter o ideário preventivo geral positivo ao momento legislativo penal, incumbindo a comunidade de ditar os seus mais valiosos bens jurídicos, delimitando, por isso, o perímetro das condutas que devem elevar-se à categoria de ilícitos-típicos. Identificámos a indispensabilidade de confiar à prevenção especial a definição do catálogo sancionatório, alertando para a necessidade de proceder a uma bifurcação, designando uma estrutura sancionatória aos crimes extremados e uma outra face aos crimes não extremados.

Diante dos primeiros, demonstrámos que, enquanto comportamentos ilícitos que contendem com a irreversibilidade da vida humana, enquanto condutas demonstradoras de uma total indiferença ao maior bem jurídico que é a vida (indiferença essa que lhe atesta a perigosidade) e na ausência de sanção alternativa, é admissível a aplicação de uma pena privativa da liberdade, consubstanciando esta concreta polarização a manifestação da nossa vertente negativa da prevenção especial. Diante dos segundos, quisemos orientar-nos pelos pareceres cedidos pela doutrina da prevenção especial positiva, mantendo em vista a educação do agente para o futuro, através da administração de sanções idóneas a atuar benigna e diretamente sobre o agente concreto, partindo da consideração do concreto crime praticado.

d. Por fim, equacionadas as variáveis adjacentes à ampla problemática que a pena privativa da liberdade convoca, dispusemo-nos a deslindar um mecanismo apto a dar resposta às dificuldades elencadas.

Verificada a nocividade da sanção carcerária e equipados das devidas fundações teóricas, soubemos, finalmente, apontar uma solução alternativa à uniformidade das penas principais, intercedendo pela implementação de sanções diretamente connexionadas com o ilícito-típico perpetrado, visando a

sensibilização do agente para o normativo penal vigente e, do mesmo modo, tencionando contornar a reincidência.

Para o efeito, zelámos pela utilização de alguns mecanismos propensos à execução da solução, perpassando estes, com as devidas salvaguardas, pela elevação das penas de substituição e acessórias a penas principais, pelo alargamento do catálogo sancionatório através da previsão de novas medidas alternativas relacionadas com cada tipo de ilícito e, enfim, a despromoção da pena privativa da liberdade à categoria de pena residual, a ser somente aplicada na total ausência de opções capazes de conter o indivíduo perpetrador dos crimes extremados. Nestes termos, apenas no momento do *último recurso* (isto é, quando efetivamente ao agente perpetrador do crime extremado nada mais possa ser aplicado senão a pena de prisão), é que se torna possível verificar a aplicabilidade prática da primeira polarização. Assim, somente porque a prevenção especial negativa operou, no momento da cominação legal, para aqueles crimes concretos, é que se torna possível ao julgador, por ora no caso concreto, equacionar a possibilidade de aplicar a pena privativa da liberdade.

Uma vez concluídos pela pertinência da administração de sanções diretamente conexas com o delito cometido, podemos afirmar que apontar detalhadamente as sanções mais certamente adequadas a cada ilícito-típico, eis o trabalho que fica por realizar, eis o que se aguarda de quem conosco quiser anuir.

Findamos, por tudo quanto se disse, com o incitamento à estatuição de sanções que se apartem do instituto patológico que é a pena privativa da liberdade, desimpedindo o caminho à implementação de sanções qualitativamente heterogêneas e, bem assim, declarando a *inoportunidade de uma sanção qualitativamente homogênea*.

## ÍNDICE

I.	Considerações iniciais.....	1
II.	<i>Ius Puniendi</i> : a pena privativa da liberdade.....	4
A)	Breve abordagem histórica .....	4
1.	Antiguidade .....	5
2.	Idade Média .....	8
3.	Idade Moderna .....	9
4.	Idade Contemporânea .....	11
4.1.	Os sistemas penitenciários do século XIX .....	14
4.2.	Um aceno objetante à pena privativa da liberdade .....	17
III.	O lugar das finalidades punitivas na privação da liberdade .....	20
1.	Teorias absolutas ou da retribuição .....	21
2.	Teorias relativas ou de prevenção .....	24
2.1.	Teoria da prevenção geral .....	25
2.2.	Teoria da prevenção especial .....	29
3.	Posição adotada.....	36
IV.	A questão carcerária .....	51
V.	Uma proposta alternativa à homogeneidade das penas principais.....	67
VI.	Notas conclusivas .....	79



## BIBLIOGRAFIA

AA., VV., *Una propuesta alternativa al sistema de penas*, Grupo de Estudios de Política Criminal: Málaga, 2005;

AA., VV., *Alternativas al sistema de sanciones penales: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, Grupo de Estudios de Política Criminal: Málaga, 2012;

AGUILERA, Abel Téllez, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer: Madrid, 2005;

ALBOR, Agustín Fernandez, "Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad", in *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, nº 241, 1981;

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "O futuro dos estudos penitenciários", in *Revista Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2004;

ALLEN, Rob, "Reducing the use of imprisonment: what can we learn from Europe?" (*Report for the Criminal Justice Alliance*), disponível no [sítio www.criminaljusticealliance.org/wp-content/uploads/2015/02/CJA\\_ReducingImprisonment\\_Europe.pdf](http://www.criminaljusticealliance.org/wp-content/uploads/2015/02/CJA_ReducingImprisonment_Europe.pdf), 2012;

ANCEL, Marc, *La Défense Sociale*, Presses Universitaires de France: Paris, 1985;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora: Coimbra, 2004;

ANTUNES, Ruy da Costa, *Problemática da pena*, Dissertação apresentada no concurso para Professor Catedrático de Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade do Recife, Recife, 1958;

ARÚS, Francisco Bueno, *La ciencia del Derecho Penal: um modelo de inseguridad jurídica*, Universidad Pontificia Comillas: Madrid, 2003;

BARATTA, Alessandro, "Integración-prevenção: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", in *Revista Doctrina Penal*, ano 8, nº 29, 1985;

BARRANCO, Norberto de la Mata, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*, Aranzadi: Cizur Menor, 2008;

BARTON, Ben e BARTON, Marthalee, "Modes of power in technical and professional visuals", in *Journal of Business and Technical Communication*, Vol. 7, nº 1, 1993;

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Trad. José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1998;

BEIRAS, Iñaki Rivera, *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, Tirant lo blanch: Valencia, 2017;

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, Vol. I, 2ª ed., AAFDL: Lisboa, 1998;

BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de, *A mediação penal em Portugal*, Almedina: Coimbra, 2012;

BENTHAM, Jeremy, *The Panopticon Writings*, 1995; London;

BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal: parte geral*, Trad. Fernando de Miranda, Tomo I, 1ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 1970;

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*, 4ª ed., Saraiva: São Paulo, 2011;

BRANCO, António d'Azevedo Castello, *Estudos penitenciarios e criminaes*, Casa Portuguesa: Lisboa, 1888;

BREMAUNTZ, Emma Mendoza, *Derecho Penitenciario*, McGraw-Hill: México D. F., 1998;

BRICOLA, Franco, "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano 20, 1977;

BRITO, Teresa Quintela de, "Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal simbólico?", in *Revista CEDOUA*, Ano 19, nº 38, 2016;

BURACCHI, Tommaso, *Origini ed evoluzione del carcere moderno*, disponível no sítio [www.altrodiritto.unifi.it/rivista/2004/buracchi/](http://www.altrodiritto.unifi.it/rivista/2004/buracchi/);

BURSTEIN, Jules Quentin, *Conjugal visits in prison: psychological and social consequences*, Lexington Books: EUA, 1977;

CABALLERO, Juan José, "Sentido de la homosexualidad en la prisión", in *Cuadernos de Política Criminal*, nº 9, 1979;

CABRERA, Pedro José Cabrera, "Cárcel y exclusión", in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 35, 2002;

CARNELUTTI, Francesco, *As misérias do processo penal*, Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan, Editora Pillares: São Paulo, 2009;

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal - parte general*, Trad. Octavio Béeche e Alberto Gallegos, Tomo I, 1ª ed., Editorial Jurídica Continental: San José, 2000;

CATTANEO, Mario, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria: Ferrara, 1978;

CHIAVERINI, Tatiana, *Origem da pena de prisão*, Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009;

CLEMMER, Donald, *The prison community*, Rinehart & Company: New York, 1958;

COMFORT, Megan, "In the tube at San Quentin: the 'secondary prisonization' of women visiting inmates", in *Journal of Contemporary Ethnography*, Vol. 32, nº 1, 2003;

COMITÉ EUROPEU PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E DAS PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS OU DEGRADANTES, *Relatório da visita a Portugal entre 27 de setembro a 7 de outubro de 2016*, disponível em [www.coe.int/en/web/cpt/home](http://www.coe.int/en/web/cpt/home), 27 de janeiro de 2018;

CORREIA, Eduardo, "A doutrina da culpa na formação da personalidade", in RDES, I, 1945;

CORREIA, Eduardo, "Assistência prisional e post-prisional", in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento XV (separata), 1956;

CORREIA, Eduardo, "Introdução ao projeto do Código Penal", in Boletim do Ministério da Justiça, nº 127, junho de 1963;

CORREIA, Eduardo, "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963", in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento XVI, Estudos in memoriam Prof. Doutor José Beleza dos Santos, 1966;

CORREIA, Eduardo, "A influência de Franz von Liszt sobre a reforma penal portuguesa", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, XLVI, 1970;

CORREIA, Eduardo, "Estudo sobre a evolução histórica das penas no direito português", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LIII, 1977;

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Almedina: Coimbra, 1997 (reimpressão);

CUSSON, Maurice, *Porquoi punir?*, Erreur Perimes Dalloz: Paris, 1987;

DAREMBERG, Charles, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Librairie Hachette et Compagnie: Paris, 1918;

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal Português do futuro", in Revista da Ordem dos Advogados, nº 43, 1983;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - parte geral: questões fundamentais - a doutrina geral do crime*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2007;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal português - parte geral II: as consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora: Coimbra, 2013;

DORES, António Pedro, PONTES, Nuno e LOUREIRO Ricardo, *Prison conditions in Portugal (with financial support from the Criminal Justice Programme of the European Union)*, Antigone Edizioni: Roma, 2013;

ESER, mencionado na obra de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - parte geral: questões fundamentais - a doutrina geral do crime*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2007;

EUROPEAN PRISON OBSERVATORY, "Manifesto for a new penal culture", disponível em [www.prisonobservatory.org](http://www.prisonobservatory.org), 2016;

EXNER, Franz, *Gerechtigkeit und Richteramt*, F. Meiner: Leipzig, 1922;

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Gomes, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010;

FERRAJOLI, Luigi, "Jurisdicción y ejecución penal. Lá cárcel: una contradicción institucional", in Revista Crítica Penal y Poder,

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº 11, setembro de 2016;

FERRAJOLI, Luigi, no prefácio da obra de IÑAKI RIVERA BEIRAS, *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*, Tirant lo blanch: Valencia, 2017;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal*, UCP: Lisboa, 1979/80;

FERRI, Enrico, *Sociologia Criminale*, 4ª ed., Fratelli Bocca: Torino, 1900;

FEUERBACH, Paul Ritter von, "*The foundations of Criminal Law and the nullum crimen principle*", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, nº 4, 2007;

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Trad. Pedro Duarte, Edições 70: Lisboa, 2013;

FOX, Lionel Wray, *The english prison and borstal systems*, Routledge & Kegan Paul Limited: London, 1952;

FRANCK, Adolph mencionado na obra de ANTÓNIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Estudos penitenciários e criminaes*, Casa Portuguesa: Lisboa, 1888;

GOFFMAN, Erving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Trad. María Oyuela de Grant, 1ª ed., Amorrortu editores: Buenos Aires, 2001 (3ª reimpressão);

GONÇALVES, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade: evolução histórica e doutrinal*, Quid Juris?: Lisboa, 2009;

GUZMÁN, Luis Garrido, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Universidad de Valencia: Valencia, 1976;

GUZMÁN, Luis Garrido, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1983;

HASSEMER, Winfried, *Três temas de Direito Penal*, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 1993;

HAWTHORNE, Nathaniel, *A letra escarlata*, Trad. Maria José Navarro de Oliveira, Publicações Europa-América: Lisboa, 1998;

HEARD, Catherine, "*Alternatives to imprisonment in Europe*", disponível no [sítio www.crimeandjustice.org.uk/resources/alternatives-imprisonment-europe](http://www.crimeandjustice.org.uk/resources/alternatives-imprisonment-europe), julho de 2016;

HENTIG, Hans von, *La pena. Origine, scopo, psicologia*, Trad. Michelangelo Piacentini, Fratelli Bocca: Milão, 1942;

HINDE, Richard, *The british penal system: 1773-1950*, G. Duckworth: London, 1951;

IVES, George, *A History of penal methods: criminals, witches, lunatics*, Patterson Smith: Montclair, 1970;

JAKOBS, Günther, CALLEGARI, André, LYNETT, Eduardo e MELIÁ, Manuel, *Direito Penal e funcionalismo*, Trad. André Callegari, Nereu Giacomolli e Lúcia Kalil, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2005;

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio, *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Trad. André

Callegari, 2ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007;

JAKOBS, Günther, "O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?", O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Organização de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011;

JESUS, Sandra Bernardes e ALMEIDA, Susana Pinto, "A Psiquiatria e a Psicologia em meio prisional", Manual de Psiquiatria Forense, Coordenação de Fernando Vieira, Ana Sofia Cabral e Carlos Braz Saraiva, 1ª ed., Pactor: Lisboa, 2017;

JORGE, Carlos Santos, *Prisionização secundária: a outra face da prisão*, Dissertação de Mestrado em Sociologia, Universidade da Beira Interior - Ciências Sociais e Humanas, 2011;

JÚNIOR, Alfredo Boulos, *Coleção História: sociedade & cidadania*, FTD: São Paulo, 2004;

KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes*, Trad. Edson Bini, 5ª ed., Edipro: São Paulo, 2003;

KARPMAN, Benjamín, *Perversión sexual y sexualidad carcelaria*, Horme: Argentina, 1974;

KONRAD, Norbert, "Prison Psychiatry", Ethical issues in Prison Psychiatry, Springer: New York, 2013;

LASTRES, Francisco, *Estudios sobre Sistemas Penitenciarios*, Librería de A. Duran: Madrid, 1875;

LEAL, Celso, *Crimes sexuais e castração química no ordenamento*

*jurídico português - fim de um tabu?*, Nova Causa - Edições Jurídicas: Famalicão, 2018;

LEITE, André Lamas, *Execução da pena privativa da liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço*, in Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, Ano 1, nº 1, agosto 2011;

LEITE, André Lamas, *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática (contributo para uma análise sistemática)*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015;

LISZT, Franz von, *La idea de fin en el Derecho Penal*, 1ª ed., Universidade Nacional Autónoma de México: México, 1994 (1ª reimpressão);

LOMBROSO, Cesare, *O Homem delinquente*, Trad. Sebastião Roque, Icone Editora: São Paulo, 2010 (1ª reimpressão);

LOPES, Guardado, em "Atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal", in Boletim do Ministério da Justiça (separata), 1965;

LOPES, José Mouraz, *O espectro da corrupção*, Almedina: Coimbra, 2011;

MAGARIÑOS, Faustino Gudín Rodríguez e BURÓN, Javier Nistal, *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2015;

MARINOS, Voula, "Thinking about penal equivalents", in Punishment & Society, Vol. 7, nº 4, 2005;

- MARSANGY, Bonneville de, *De L'Amélioration de la Loi Criminelle: en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, II, Cosse et Marchal: Paris, 1864;
- MARTÍN, Luis Gracia, PASAMAR, Miguel Ángel Boldova e DOBÓN, Maria Carmen Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch: Valencia, 1998;
- MARTINSON, Robert, "What works? Questions and answers about prison reform", in *The Public Interest*, 1974;
- MARTINSON, Robert, "The paradox of prison reform", *Philosophical Perspectives on Punishment*, SUNY Press: New York, 1977;
- MATHIESEN, Thomas, "Diez razones para no construir mas cárceles", in NDP, 2005;
- MATTA, José Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Vol. I, Typographia França Amado: Coimbra, 1911;
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl-Heinz e ZIPF, Heinz, *Derecho Penal - parte general II: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea: Buenos Aires, 1995;
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, 1ª ed., Siglo Veintiuno Editores: Ciudad de México, 1980;
- MESSUTI, Ana, *O tempo como pena*, Trad. Tadeu Silva e Maria Clara Toledo, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003;
- MIR, José Cerezo, *Curso de Derecho Penal español - parte general*, Tomo I, 5ª ed., Tecnos: Madrid, 1997 (reimpressão);
- MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal romano*, Tomo I, Analecta: Pamplona, 1999;
- MONTESQUIEU, Charles, *Lettres persanes*, LXXX, Vol. I, Oeuvres complètes: 1754;
- MORA, Luís Castillon, "Crimen, personalidad y prisión", in *Estudios penales y criminológicos: la reforma penitenciaria*, Vol. II, 1978;
- MORE, Thomas, *A Utopia*, Trad. António Simões do Paço, 2ª ed., Coisas de Ler: Lisboa, 2010;
- NETO, Pedro Rates Gomes, *A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica*, 1ª ed., ULBRA: Canoas, 2000;
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças*, Versão 2007;
- PALMA, Maria Fernanda, "As alterações reformadoras da parte geral do Código Penal na Revisão de 1995: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva", in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, 1998;
- PANSIER, Frédéric-Jérôme, *La peine et le Droit*, PUF: Paris, 1994;
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, "Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões", disponível no sítio [www.tre.mj.pt/informacao/estudos.htm](http://www.tre.mj.pt/informacao/estudos.htm), 2011;
- PAVARINI, Massimo, "¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía

*italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada", in Nuevo Foro Penal, nº 56, abril de 1992;*

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, "O estatuto do lesado no processo penal", Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. I, Coimbra Editora: Coimbra, 2001;

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, "Crimes no sistema financeiro: o mapa legal e a adequação da tutela penal", *Infrações económicas e financeiras: estudos de Criminologia e Direito (separata)*, Coimbra Editora: Coimbra, 2014;

PLAWSKI, Stanislaw, *Droit Pénitentiaire*, Publications de l'Université de Lille III: Villeneuve-d'Ascq, 1977;

PRADO, Luiz Régis, "Teoria dos fins da pena: breves reflexões", in *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Ano 1, 2004;

PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *O Provedor de Justiça, as prisões e o século XXI: diário de algumas visitas (VI)*, disponível no sítio [www.provedor-jus.pt/archive/doc/Rel\\_doEstabelecimento\\_Prisional\\_de\\_Monsanto.pdf](http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Rel_doEstabelecimento_Prisional_de_Monsanto.pdf), 2016;

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Trad. Luís Cabral de Moncada, 6ª ed. revista, Arménio Amado - Coleção Stvdivm: Coimbra, 1997 (reimpressão);

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*,

Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-criminas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora: Coimbra, 2000;

ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 2ª ed., Vega: Lisboa, 1986;

ROXIN, Claus, *Derecho Penal: parte general*, Trad. Diego-Manuel Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal, Tomo I, 1ª ed., Editorial Civitas: Madrid, 1997;

ROXIN, Claus, "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena", *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Libro homenaje al Prof. Claus Roxin, Trad. Gabriel Pérez Barberá, La Lectura-Lerner: Córdoba, 2001;

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto, *Punição e estrutura social*, Trad. Gizlene Neder, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1999;

SANTOS, Jorge Costa e MOREIRA, Nuno, "Atos suicidas e outros comportamentos autolesivos na prisão", *Suicídio e comportamentos autolesivos: dos conceitos à prática clínica*, Coordenação de Carlos Braz Saraiva, Bessa Peixoto e Daniel Sampaio, Lidel: Lisboa, 2014;

SANTOS, Juarez Cirino dos, *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*, 1ª ed., Lumen Juris: Curitiba, 2005;

SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções elementares de Direito Penal*, Rei dos Livros: Lisboa, 2009;

SEELIG, Ernest, *Tratado de Criminología*, Trad. José Maria Rodríguez Devesa, Instituto de Estudios Políticos: Madrid, 1958;

SÉNECA, *De Ira*, disponível no sítio [www.perseus.tufts.edu](http://www.perseus.tufts.edu), s/d;

SHEARING, Clifford, "*Punishment and the changing face of governance*", in *Punishment & Society*, Vol. 1, nº 2, 2001;

SILVA, António Ricardo Azevedo, *Homens "verdadeiros" não fazem sexo na prisão: vivências da sexualidade na reclusão*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2016;

SILVA, Germano Marques da, no prefácio da obra de PEDRO GONÇALVES CORREIA, *A pena privativa da liberdade: evolução histórica e doutrinal*, Quid Juris?: Lisboa, 2009;

SILVA, Sandra Oliveira e, "*A liberdade condicional no direito português: breves notas*", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 1, 2004;

SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina: Coimbra, 2018;

SMIT, Dirk van Zyl, *Handbook of basic principles and promising practices on alternatives to imprisonment*, disponível no sítio [www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/](http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/)

*Handbook\_of\_Basic\_Principles\_and\_Promising\_Practices\_on\_Alternatives\_to\_Imprisonment.pdf*, 2007;

THE QUAKER COUNCIL FOR EUROPEAN AFFAIRS, "*Investigating alternatives to imprisonment*", disponível no sítio [www.qcea.org/wp-content/uploads/2011/06/rprt-alternatives-en-jan-2010.pdf](http://www.qcea.org/wp-content/uploads/2011/06/rprt-alternatives-en-jan-2010.pdf), 2010;

THE THEODOSIAN CODE, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions - a translation with comments, glossary and bibliography by Clyde Pharr*, Princeton University Press: Princeton, 1952;

THOMPSON, Augusto, *A questão penitenciária*, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1993;

THÓT, Ladislau, *A evolução histórica do Direito Penal*, Tipografia Penitenciária: Lisboa, 1932;

THURREL, Richard, HALLECK, Seymour e JOHNSON, Arvin, "*Psychosis in prison*", in *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 56, nº 3, 1965;

TORON, Alberto, *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1996;

VECCHIO, Giorgio Del, *La giustizia*, 4ª ed., Studium: Roma, 1951;

VERSTEEG, Russ, *Law in Ancient Egypt*, Carolina Academic Press: Durham, 2002;

VIANNA, Túlio Lima, "*Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de direito como sistema autopoietico*", in *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, julho - dezembro 2003;

VOUYOUCAS, Constantin, *"Pasado, presente y futuro de la Sociedad Internacional de Defensa Social por una política criminal humanista"*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: *in memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de

Castilla - La Mancha: Salamanca: 2001;

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad. Afonso Rezende, 1ª ed., Editora Romana: São Paulo, 2003.