

A POSIÇÃO JURÍDICA
DO RECLUSO NA EXECUÇÃO
DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE
SEU FUNDAMENTO E ÂMBITO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rodrigues, Anabela Miranda

A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade : seu fundamento e âmbito / Anabela Miranda Rodrigues. — São Paulo : IBCCrim, 1999.

Bibliografia.

1. Direito penal 2. Execução penal 3. Pena privativa de liberdade 4. Reclusão (Direito) 5. Reclusos -- Direitos I. Título.

99-5054

CDU-343.261.3-052.626

Índices para catálogo sistemático:

1. Reclusos : Posição jurídica : Direito penal 343.261.3-052.626

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Professora Doutora na Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

A POSIÇÃO JURÍDICA
DO RECLUSO NA EXECUÇÃO
DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE
SEU FUNDAMENTO E ÂMBITO



IBCCrim – São Paulo

2000

A POSIÇÃO JURÍDICA DO RECLUSO NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

© ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (0_ _11) 221-8004

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim)

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: CARLOS VICO MAÑAS

Vice-presidente: TATIANA VIGGIANI BICUDO

2.º Vice-presidente: MARCIO ORLANDO BÁRTOLI

1.º Secretário: GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

2.º Secretário: CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

3.º Secretário: SILVIA HELENA FURTADO MARTINS

Tesoureiro: ADRIANO SALLES VANNI

Tesoureiro-adjunto: MÁRCIA MARIA SILVA GOMES

Diretor da Biblioteca: ALBERTO SILVA FRANCO

Diretor de Cursos: MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Diretora da Revista - RBCCrim: ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Diretora do Boletim: BERENICE MARIA GIANNELLA

Diretor de Relações Internacionais: FAUZI HASSAN CHOUKR

Diretora do Núcleo de Pesquisas: LUCI GATI PIETROCOLLA

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar,

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (0_ _11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.com.br>

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

2000

A meus Pais

Ao Hugo

NOTA PRÉVIA

O trabalho que presentemente se publica reproduz, com pequenas alterações de pormenor, o texto da dissertação de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais apresentada a exame na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Queremos aqui deixar expresso o sincero agradecimento que aos Srs. Profs. Doutores Eduardo Correia e Figueiredo Dias é devido pelos ensinamentos e o estímulo com que, ao longo deste trabalho, sempre pudemos contar.

Coimbra, Maio de 1982.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
ABREVIACÕES	13
INTRODUÇÃO	15
 1. DETERMINANTES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS	
1. O Estado de direito	37
1.1. A execução como relação especial de poder	38
1.2. O princípio da legalidade nas relações especiais de poder	47
1.3. O poder discricionário	50
 2. O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL	
1. O princípio do Estado social como princípio definidor dos fins do Estado e como imposição constitucional ao legislador	55
1.1. Posição jurídica do recluso	60
1.2. Finalidade da execução: reinserção social	66
1.2.1. Os limites negativos	69
1.2.2. Finalidade de reinserção social	78
1.3. Participação	87
 3. REINSERÇÃO SOCIAL COMO FINALIDADE DA EXECUÇÃO	
1. Introdução	97
2. Sentido da reinserção social	101

2.1. Grau de aproximação ou identificação do indivíduo com o modelo social vigente	105
2.1.1. Vias para uma solução	113
2.1.2. O tratamento	127
2.2. Polêmica atual sobre o ideal de reinserção social	137
2.2.1. O êxito e a implantação da “filosofia ressocializadora”	137
2.2.2. Objeções ao pensamento ressocializador (A Crise)	140
2.2.3. Conclusão	144
3. Primado da reinserção social e conflito de fins imanente à execução	148
 4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO RECLUSO E SEU ÂMBITO	
1. Uma abordagem da problemática	163
2. O âmbito dos direitos fundamentais do recluso à luz do Decreto-Lei de Execução das Penas e Medidas de Segurança Privativas de Liberdade	176
 BIBLIOGRAFIA	 185

APRESENTAÇÃO

No início da década de 80, depois de anos do reinado da “ideologia do tratamento” e da “pedagogia criminal”, a Dra. Anabela Miranda Rodrigues, então professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apresentou “A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade” como dissertação no curso de Mestrado.

O trabalho foi – e é – um marco representativo de uma concepção, com todas as características de vanguarda, acerca do homem preso, indiscutivelmente associada à organização da sociedade sob a forma de Estado democrático de direito.

Se até então o recluso era visto como objeto de aplicação da pena e não como sujeito de direito; se até então o fim da pena – a ressocialização fundada na defesa social – substituía a elaboração de um estatuto jurídico do recluso e, com isso, deixava-o submetido a um poder discricionário a arbitrário, a dissertação da Dra. Anabela teve papel preponderante na mudança de enfoque.

Ao longo do presente livro o leitor encontrará a afirmação reiterada, filosoficamente fundamentada, de que o recluso é cidadão. É, portanto, titular de direitos fundamentais.

Desse postulado ganhou novo impulso a luta pela humanização das penas e, sobretudo, para dar voz ao recluso: dotá-lo efetivamente da capacidade de autodeterminação; cercá-lo de cidadania.

Daí que a própria finalidade ressocializadora da pena foi reavaliada, não apenas pelo absoluto fracasso do modelo de tratamento coativo, mas especialmente por sua total ilegitimidade.

A pena, no Estado democrático de direito, está envolta pela advertência de que o condenado é sujeito e não objeto de sua aplicação. E bem por isso se há de ter, na sua aplicação, preocupação

com a minimização de seus efeitos destrutivos, efetivando as prestações que o Estado deve àquele que está sob sua custódia.

Do recluso, doravante, o que se pode exigir é a “adaptação externa à legalidade” e não mais a interiorização de qualquer código de valores imposto. Tudo mais são faculdades, o que implica na liberdade de aceitar ou não as tais “prestações” oferecidas, prestações estas que ocuparam o lugar do que antes foi a “terapêutica reeducadora coativa”.

Esta breve apresentação mostra o quanto o tema é atual, porque a efetiva posição de sujeito de direitos ainda está para ser conquistada pelos reclusos.

O trabalho da Dra. Anabela, neste sentido, é uma grande inspiração para que este discurso jurídico-filosófico vá sendo incorporado cada vez mais pela legislação relativa à execução penal e pela execução penal posta em prática nas esferas judicial e administrativa.

Antes de terminar a presente apresentação, lembrei-me que em 1996 o Dr. Alberto Silva Franco apresentou-me, através deste livro, a Dra. Anabela Miranda Rodrigues. De sua leitura tomou consistência de verdade jurídica o que antes, em mim, era intuição. E, dois anos depois, o Dr. Alberto Silva Franco apresentou-me a Dra. Anabela Miranda Rodrigues e Coimbra.

Elaborar a presente apresentação, portanto, teve especial significado. Primeiro pela enorme admiração que sinto pela Dra. Anabela, referência indispensável no Direito da Execução Penal, hoje Professora Doutora na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cidade à qual sinto-me afetivamente ligada. E, também, pela oportunidade de falar sobre algo pelo que trabalho diariamente para concretizar: a cidadania e o direito à palavra do recluso.

Beatriz Rizzo Castanheira

ABREVIACÕES

AJS	–	American Journal of Sociology
AnDP	–	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Annals	–	The Annals of the American Academy of Political and Social Science
Annales Int	–	Annales Internationales de Criminologie
Annuaire	–	Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
ArchPolCrim	–	Archives de Politique Criminelle
ASR	–	Amerian Social Review
BAP	–	(Bruxelles) – Bulletin de l'Administration Pénitentiaire
BFD	–	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BMJ	–	Boletim do Ministério da Justiça
BewHi	–	Bewährungs Hilfe
BriJCrim	–	The British Journal of Criminology
Crim	–	Criminology, an Interdisciplinary Journal
CrimD	–	Crime and Delinquency
Déviance	–	Déviance et Société
DocP	–	Doctrina Penale
GA	–	Goltammer's Archiv für Strafrecht
IndP	–	Indice Penale
IJCrim	–	International Journal of Criminology and Penology
Issues	–	Issues in Criminology
JCrim	–	Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

- JR – Juristische Rundschau
JZ – Juristenzeitung
Mkrim – Monatschrift für Kriminologie und
Strafrechtsreform
NJW – Neue Juristische Wochenschrift
Questione – La Questione Criminali. Rivista di Ricerca
e Dibattito su Devianza e Controllo Sociale
RAdmPublica – Revista de Administração Pública
RDAdm – Revista de Direito Administrativo
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais
RDPCrim – Révue de Droit Pénal et de Criminologie
RIDP – Révue Internationale de Droit Pénal
RDPP – Rivista di Diritto e Procedura Penale
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RPS – Révue Pénale Suisse/Schweizerische
Zeitschrift für Strafrecht
RPDP – Révue Pénitentiaire et de Droit Pénal
RScCrim – Révue de Science Criminelle et de Droit
Pénal Comparé
ScI – Scientia Iuridica
ScPos – La Scuola Positiva. Rivista di Criminologia
e Diritto Criminale
ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStVo – Zeitschrift für die Strafvollzug
ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissens-
chaft

INTRODUÇÃO

“Die Aufgabe der Neugeburt des Gefängniswesens ist so groß, und die Summe der Folgen, die sich an die glückliche Lösung dieser Frage knüpfen, ist so bedeutend und so durchgreifend für alle Verhältnisse unseres öffentlichen Lebens, daß sie ihre einzige ihr gleichkommende geschichtliche Parallele nur hat in der Sklavenemanzipation”.

(Johann Hinrich Wicherns)

1. O tema da posição jurídica do recluso, abordado na perspectiva de uma compreensão global do problema, não pode deixar de ser reconduzido a uma certa concepção do homem-delinquente.¹

1. Não se pretende aqui recuar à idéia antiga do delinquente excluído da comunidade ou fora do direito, isto é, desprovido de proteção legal e perdendo todos os direitos. Sobre isto, cfr. EDUARDO CORREIA, Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português, vol. I, Separata do Volume LIII do BFD, p. 11 s. Apenas se recorda, assim, o início de um longo caminhar no sentido da humanização das penas e respeito pela personalidade e direitos do condenado que – impedindo hoje a aplicação de penas corporais ou o restabelecimento da pena de morte (cfr. respectivamente, arts. 26.º, n. 2 e 25.º, n. 2, da Constituição) – deve orientar atualmente a execução de medidas privativas de liberdade.

Cfr., também, a importante decisão do Tribunal Alemão de Hamm onde expressamente se afirma que o crime não retira ao homem da sua dignidade humana, in NJW, Heft 43, 1967, p. 2024.

Vem a propósito referir que, entre nós, a abolição da pena de morte está conexcionada com uma idéia de recuperação do delinquente, o que só reforça o que acima se disse. Neste sentido, cfr. EDUARDO CORREIA, *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, III, p. 1 s., especialmente p. 11 s.

Se diversas causas podem ser apontadas para a mudança de rumo operada na filosofia penal e penitenciária do século XVIII, o profundo desejo de reforma humanitária das leis e práticas punitivas – que, com o seu carácter medieval, dominavam ainda os modernos estados europeus – é a chave da compreensão unitária desse momento histórico² a que o nome de BECCARIA³ andarà sempre ligado e de que o surgimento da prisão – enquanto sanção penal⁴ – fornece inegável testemunho.

Tal viragem – de que não se pode dissociar um certo adoçar de costumes⁵ – vem a ser interpretada, na atualidade, segundo

2. Neste sentido, EDUARDO CORREIA, *La Prison, les mesures non-institutionnelles et le Projet du Code Pénal Portugais de 1963*, in BFD, Estudos “In Memoriam” do Prof. Beleza dos Santos (Separata), p. 7

Compreende-se que, numa época em que a liberdade era considerada como o bem supremo e o valor social mais precioso (“a liberdade ou a morte”), a privação deste sacrossanto valor aparecesse como a pena mais eficaz, e, depois de pena de morte, como a mais penosa.

A supressão maciça, e bem depressa total, das penas corporais obrigou os diversos países à utilização generalizada da pena privativa de liberdade, que se tornou quase a única arma dos poderes públicos. Cfr. J. IMBERT e G. LEVASSEUR, *Le Pouvoir, les Juges et les Bourreaux*, 1972, p. 301.

3. “C’est un petit livre: *Traité des délits et des peines*, publié à Milan en 1766 par Cesare Beccaria, qui devait, par le retentissement qu’il connut au “siècle des lumières”, entraîner l’effondrement du système pénal appliqué jusque-là dans l’ensemble de l’Europe, système à base d’intimidation, d’exemplarité et d’une rigueur inhumaine et aveugles”: J. IMBERT e G. LEVASSEUR (n. 2), p. 17.

4. A este propósito, pode ler-se em H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, 1939, p. 45: “To the historian of penal methods there can hardly exist a more fascinating problem than that of the origin of the idea that imprisonment should be used as a penalty in itself”. Sublinhando este aspecto, EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 13.

A este propósito, estabelece relações entre a prisão e as *Zuchtäuser* de Amsterdão, salientando que nos estatutos das cidades renascentistas italianas reaparece, apenas, a velha máxima de Ulpiano, RADBRUCH, *Die Ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlichen Hintergrund*, in *Elegantiae juris criminalis*, 1950, p. 116s.

5. Como EDUARDO CORREIA chama a atenção (in *Código Penal – Projecto da Parte Geral*, 1963, p. 45 e 46), citando COSTA LOBO (*História da Sociedade em Portugal no Século XV*, p. 236), relativamente a Portugal, no séc. XV, o sofrimento que encerravam, v.g., as mutilações, os tormentos ou os açoites, “não

diferentes perspectivas. Extravasa do nosso propósito o desbruçarmos sobre esse complexo momento histórico a que se ligou o nascimento da prisão, apenas não pode deixar de se destacar a projeção que neste domínio tiveram o humanismo cristão⁶ e a ética calvinista⁷ – pese, embora, a riqueza daquelas teses que, inspiradas nas investigações de FOUCAULT,⁸ sufragam uma relação entre o capitalismo nascente (pré-industrial) e o surgimento da pena privativa de liberdade.⁹

É assim que a idéia de utilização do trabalho – pense-se, por exemplo, nas casas de correção holandesas¹⁰ – e da contrição redentora

repugnava porque ninguém tinha em conta o sofrimento físico. Com a evolução da civilização tudo isso passou, porém, a ser considerado cruel e desumano, procurando substituir-se o sofrimento da pena que incide sobre a própria carne pela privação da liberdade”.

Cfr., também, FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma do Direito Penal Português, Princípios e Orientações Fundamentais*, Coimbra, 1972, p. 31.

6. Ainda, o Papa Pio XII, no seu discurso pronunciado aos juristas católicos a 6 de novembro de 1949, acentua, numa das suas passagens, que o “verdadeiro jurista” deve ver sempre no delinqüente “aquel fondo humano del cual la culpa y el delito no llegan nunca a destruir el sello en ellos impreso por la mano del creador”. Citação de C. CALÓN, *La Moderna Penalogia*, tomo I, 1958, p. 259, nota 1.

7. A implantação do trabalho, nomeadamente nas casas de correção holandesas, tem por base uma profunda influência calvinista, defendendo a fadiga e o tormento e não a obtenção de riqueza ou satisfação pelo trabalho. Vide G. RADBRUCH (n. 4), p. 116 s.

Segundo PINATEL, a tradição canônica completa-se com a filantropia protestante, in *La Société Criminogene*, 1971, p. 127 s.

8. Vide M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, 1975.

9. Cfr., nomeadamente, A. BARATTA, *Marginalidad Social y Justicia – informe general sobre los aspectos juridicos*, IX Congresso Internacional de Defesa Social, Caracas, 3 a 7 de agosto de 1976.

No mesmo sentido, PAVARINI, *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e labore penitenziario alle origini del sistema capitalistico di produzione*, in *Questione*, ns. 2-3, 1976, p. 263 s.; MELOSSI, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in *Questione*, ns. 2-3-, 1976, p. 293 s.

10. As conhecidas *Zuchthäuser* de Amesterdão. Cabe aqui fazer referência à “house of correction” de Bridewell, em Londres, fundada em 1552, considerada, por alguns autores, o primeiro estabelecimento deste gênero. Cfr. WINES,

e arrependimento do culpado irrompem no direito penal iniciando o que, mais tarde, juntamente com a meditação solitária na cela, constituiria a tese dos correccionalistas, tão cara ao direito português.¹¹

Simplemente, sucedendo a um sistema de intimidação que supunha a existência de penas corporais extremamente duras, a organização das primeiras prisões assenta num regime cuja característica principal é a severidade e a disciplina férrea, a que se alia, não raras vezes, um tratamento cruel e humilhante, onde se perdem totalmente os horizontes da humanidade. É aqui inegável o peso que a intensificação do ideal reformador – já presente nas *Zuchthäuser* de Amsterdão e casas de correção da Alemanha¹² e Suíça¹³ e imitado, mais tarde, na Itália,¹⁴ Bélgica¹⁵ e Portugal¹⁶ – representou no lograr

Punishment and Reformation, p. 113. Sobre o assunto, EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 12 e 13.

11. Cfr., FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 7 s.; L. CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*, 2.^a ed., 1938, p. 57 s.

12. Vide EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 13; v. HIPPEL, *Die geschichtliche Entwicklung des Freiheitsstrafe*, in E. BUMKE, *Deutsches Gefängniswesen*, 1928, p. 11, salientando, embora, o considerável retrocesso destes estabelecimentos em relação aos existentes na Holanda: o trabalho deixou de ser utilizado com uma finalidade educativa, para passar a constituir um elemento puramente económico.

13. Vide J. GRAVEN, *Le système pénitentiaire de la Suisse*, in *Les grands systèmes pénitentiaires*, VI, Paris, 1950, p. 328.

14. Na segunda metade do século XVII, baseado numa iniciativa anterior de Hipolito Francini, Franci criou, em Florença, uma instituição denominada Hospício de San Felipe Neri, destinada à correção de menores vagabundos. Como nota interessante do seu regime, tendo por base o isolamento em cela individual, destaca-se o empenho em manter ignorada a pessoa do recluso através do expediente da cabeça coberta com um capuz, sistema tornado mais tarde característica peculiar do isolamento celular. Vide T. SELLIN, *A Precursor of Modern Penology*, in *Jcrim* 1926, p. 104 s.

De grande importância é igualmente o hospício de S. Miguel, de Roma, (1704) colocado sob a proteção do Pontífice Clemente XI. Cfr. EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 14.

15. A conhecida “Maison de Forces” de Gand. Sobre o assunto, cfr. EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 14; C. CALÓN (n. 6), p. 305 e 306.

16. Recorde-se a origem da Casa Pia de Lisboa, fundada em 1730 por Pina Manique. Sobre o assunto, cfr., EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 14.

de um regime penal mais suave e inspirado pelo respeito da dignidade humana. É sabido como, através da obra de HOWARD,¹⁷ foi dado um importante passo na concretização dos ideais de humanização do regime das prisões e se prestou um dos mais valiosos contributos para a sua adequação às finalidades de correção.

No entanto, não foi totalmente pacífica a evolução que conheceram os dois sistemas penitenciários que então se desenharam nos Estados Unidos – e que, uma vez trazidos para a Europa,¹⁸ soube esta impregnar com o seu cunho próprio.¹⁹

17. Sobre a influência de Howard na implantação de um regime prisional com fim reformador, *vide*, C. CALÓN (n. 6), p. 306 s.

Entre nós, F. D'ALBUQUERQUE E COUTO e L. J. DIAS DE CARVALHO, *Lições de Direito Criminal*, redigidas segundo as preleções orais de B. A. de SOUSA PINTO, 1845, que, referindo-se a HOWARD sobre o epíteto de *bom* salienta seguidamente a influência que o pensamento de correção exerceu a humanização da prisão: “Nesses tempos um preso era considerado como degradado dos direitos de homem; ninguém fazia caso d'elle: aquelles porem que quizerão, que elle se não corrompesse mais, já o consideravão como homem; e aquelles, que se lembrarão de o melhorar e regenerar, fizeram muito mais, por que o considerarão como cidadão, que ainda podia ser útil a si e à Sociedade” (p. 92).

18. Sobre o prestígio que alcançaram os sistemas de Filadélfia e de Auburn, *cfr.* D. J. ROTHMAN, *The Discovery of the Asylum – social order and disorder in the new republic*, 1971, p. XIV: “Its fame spread quickly, so that almost no important visitor to the United States neglected to tour the New State penitentiary at Auburn, the Philadelphia prison, and some, like Tocqueville and Beaumont, came to America expressly to investigate them”.

19. Pense-se, por exemplo, na implantação do sistema irlandês ou progressivo, representando já, aliás, uma tentativa de superar certos inconvenientes da prisão e conseguir imprimir-lhe um cariz educativo.

Sabe-se, de resto, do abandono a que, mais ou menos por todo o lado, foi votado este regime. O mesmo espírito que inspirou os seus promotores – na sua origem, um verdadeiro símbolo da atividade educativa desenvolvida pela administração penitenciária – ainda hoje o movimento de renovação de métodos de tratamento. Nesta linha, um novo sistema surgiu, supondo a uniformização das condições materiais de detenção num mesmo estabelecimento, onde o verdadeiro regime de progressividade consiste, não naquelas diferenças, mas na evolução de cada recluso e no desenvolvimento do seu sentido de responsabilidade.

Sobre o assunto, *cfr.* EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 20 s.; P. CANNAT, *Chronique Penitentiaire*, in R. ScCrim, 1953, p. 329, considerando ainda o regime um verdadeiro símbolo da atividade de educação.

Se, de início, o que se punha em causa eram as vantagens e desvantagens dos sistemas,²⁰ progressivamente as críticas foram ganhando um carácter mais incisivo até culminar na idéia, muito difundida, de que o erro está na própria prisão²¹ – “des erreurs monumentales figées dans la pierre”, na expressão especialmente conhecida de EBERHARD SCHMIDT.²²

Já hoje mal haverá quem duvide do carácter criminógeno²³ da prisão, única forma, entretanto, de efetivar a pena: enquanto não

20. Sobre o assunto, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 85 s.; *id.* (n. 2), p. 17 s.

21. Apontando este aspecto, EDUARDO CORREIA, *Assistência Prisional e Post-Prisional*, in Sep. R. F. D. Univ. S. Paulo, 1956, p. 117.

Esta é, de resto, na atualidade, uma opinião defendida, onde em larga medida radica a conhecida “tese revolucionária” sobre a prisão. *Vide*, nomeadamente, BUFFARD, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, 1973, considerando a execução da prisão uma “tarefa inútil e esforço estéril”; L. ORLANDO, *Prisons: houses of darkness*, 1975; R. SOMMER, *The End of Imprisonment*, 1976, que afirma: “Imprisonment is a humane innovation that failed”; G. HAWKINS, *The Ideology of Imprisonment, in Progress in Penal Reform*, 1974, ed. L. BLOM-COOPER, p. 101 s., onde se afirma, sobre o sistema penitenciário: “a monumental mistake” (p. 115); *id.*, *The Prison-Policy and Practice*; *ibidem* A. BARATTA, n. 9.

22. Citação de P. AEBERSOLD, *Le Projet Alternatif allemand d'une loi sur l'exécution des peines*, trad. de D. CHAST, in R. I. D. P., 1975, n. 3, p. 286.

23. É este um aspecto largamente tratado que, entre nós, EDUARDO CORREIA põe amplamente em relevo: cfr. do autor, bibliografia citada no n. 21, (p. 118 s.), e n. 2, (p. 9 s.).

Já em 1895, Sir GODFREY LUSHINGTON, depondo na *Comissão Gladstone*, considerava os efeitos nocivos da prisão inseparáveis da vida penitenciária, in P. CORNIL, *De la privation à la restriction de la liberté*, in *To the Memory of Sir Lionel Fox – studies in Penology*, 1964, p. 67 e 68; *vide*, ainda, S. K. RUCK, *Developments in crime and punishment, in Penal Reform in England*, 1946, p. 1 s., sobretudo, p. 18 s. L. FOX demonstra também o declínio que sofre a prisão – lembrando as palavras de Sir ALEXANDER MAXWELL: “... to keep as many people as possible out of them (prisons)” – e salienta o fato de o “Criminal Justice Act” de 1948 procurar já evitar a aplicação de penas de prisão: cfr. *The English Prison and Borstal Systems*, 1952, p. 65 e 66. BARNES e TEETERS falam da crueldade e inutilidade da prisão, in *New Horizons in Criminology*, 1932, p. 419 s., Cfr., ainda, LUISIER, *La Prison est-elle un facteur criminogène*, in R.P. S., 1952, p. 110 s.; J.-M. VARAUT, *La Prison pour quoi faire?* 1972, p. 90 s.; C.

se encontre uma solução capaz de recolher o aplauso unânime, “dada a gravidade de certos crimes ou de certas formas de vida criminosa, a exteriorização da reprovação pública e da desaprovação jurídico-social”²⁴ continua a suscitar a aplicação de uma pena que envolve a privação de liberdade física.²⁵

O que não impede que não se possa imaginar o futuro sem uma tal forma de reação criminal. Só duvidará quem porventura esqueça que a história da prisão é, afinal, muito curta, tendo a encarnação

G. VALDES, *Introduction a la Penologia*, 1981; *id.*, *La Nueva Penologia*, Madrid, 1977; *id.*, *La Reforma de los Carceles*, 1978; *id.*, *La Reforma Penitenciaria Espanola*, 1981 (com um estudo preliminar de F. BUENO ARUS); J. M. R. DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 764 s. O tema foi objeto de análise na França, no Colóquio do Centenário da Societé Générales des Prisons et de Législation Criminelle, publicado na R. P. D. P., 1976, p. 655 s.

24. Cfr. EDUARDO CORREIA, (n. 5), p. 47; no mesmo sentido, H.-H. JESCHECK, *La pena pecuniária, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, in *Ind. P.*, 1977 (n. 3), p. 368: “nostro sendo di giustizia non permette sanzioni piú miti”.

Restringir a aplicação de medidas privativas de liberdade ao *mínimo indispensável* é, afinal, o ponto de partida da “tese reformista”. Para uma breve análise do chamado “programa mínimo de reforma penal” (cfr. SYKES, *Criminology*, 1978), onde cabem medidas institucionais e não-institucionais, cfr. A. LITTLE, *Penal Theory, Penal Reform and Borstal Practice – na example of prescience*, in *Bri Jcrim.*, 1963, v. 3, p. 257 s.

25. Se bem que, nesta sede, se dê conta de um movimento para encontrar novos métodos de reação contra o crime. Cfr., por exemplo, S. CANTERO, *La substitución de la pena de privación de libertad*, in *Estudios Penales*, II, 1978, p. 232 s.; NEUMAN, *Prisión Abierta*, Buenos Aires, 1962; H.-H. JESCHECK (n. 24), p. 368 s.; F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative*, in *R. It. DPP*, 1977, p. 77 s.; F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pene nel quadro di una “nuova” politica criminale*, *ibidem*, p. 13 s.; F. C. PALAZZO, *Le interdizione nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, *ibidem*, p. 190 s.; H. MANNHEIM (n. 4), p. 219, numa síntese do espírito em que se enquadra o movimento: “not only to de-stigmatize institucional treatment and to provide a greater variety of its methods, but also to restrict its application to the indispensable minimum...”.

Para uma correta visão de conjunto do problema, cfr., ainda, Resolução (76) 10 “*Sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de libéré*” adotada pelo Comitê de Ministros da ONU (9 de março de 1976) e a introdução ao relatório do Comitê Europeu para os Problemas Criminais sobre certas medidas de substituição das penas privativas de liberdade (elaborado pelo subcomitê n. XXVII).

do mal das penas conhecido, ao longos dos tempos, as mais diversas formas.²⁶

Um sistema penal assim figurando a prisão como *ultima ratio* – diretriz que perpassa em todo o sistema punitivo do Projeto de EDUARDO CORREIA²⁷ – insere-se, aliás, numa concepção própria do Estado de direito social atribuindo ao direito penal uma natureza “subsidiária” ou “fragmentária”.²⁸ Fala-se, a este propósito, do *princípio de intervenção mínima* – traduzindo a idéia, justamente expressa por MAIHOFFER,²⁹ de um direito penal como *ultima ratio* da política social –, verdadeira exigência ética para o legislador a funcionar num duplo sentido: quanto aos fatos a punir e quanto às penas a aplicar.

Dizer que a prisão é um “mal necessário” equivale a conter em duas palavras toda uma filosofia quanto à sua atual concepção, sobre que urge tecer algumas reflexões. Malgrado o esforço para deter o crescimento das prisões³⁰ – cabe ao nosso século a honra de lhe conferir a “marca de transitoriedade e a nota do precário e do contingente”³¹ – a afirmação de P. CUCHE, formulada em 1936, continua, em grande parte, a ser válida: “Tous les systèmes répressifs

26. Apontando esta idéia, EDUARDO CORREIA (n. 2), p. 35 e 36; no mesmo sentido, H. MANNHEIM (n. 4), p. 45: “For centuries mankind had been accustomed to regard imprisonment as nothing but a preparatory stage for the implication of other penalties... It is useful to remember this fact, because it may make it easier to many minds to reconcile themselves to the inevitable if imprisonment should again fall into disuse”.

27. Cfr. *Projecto da Parte Geral*, 1963 e 1977, nomeadamente, quanto a este último (in *Diário da Assembléia da República*, Suplemento ao n. 136 de 28 de julho de 1977 – Proposta de Lei n. 117/II), art. 72.º e considerações do preâmbulo (p. 4).

28. Visão sustentada, entre outros, por H.-H. JESCHECK, (n. 24), p. 368; *id.*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1978, p. 35; C. ROXIN, *El desarrollo de la política criminal*, in *Doc P*, n. 7, 1979, p. 510 s.; *Sentido y límites de la pena estatal*, in *Problemas básicos del derecho penal* (trad., D.-M. LUZÓN PENA), 1976, p. 21 e 22. Vide ainda, A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für HENKEL*, 1974, p. 89; M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für MAURACH*, 1972, p. 22.

29. Ob. cit., FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 39.

30. Cfr. O sugestivo artigo de A. NORMANDEAU, *Halte à la croissance des prisons*, in *R. D. P. Crim*, 1977, n. 10, p. 831 s.

31. EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 49 e 50.

se présentent à nous comme des variantes exécutées sur un thème unique, la privation de liberté".³² Sem querer negar o valor dos novos métodos de tratamento tem, contudo, de admitir-se que eles representam apenas uma franja da repressão penal, sendo sobre a prisão que tem de recair o nosso esforço renovador.

2. O vasto movimento de respeito pelo indivíduo e de reconhecimento dos seus direitos humanos fundamentais vem-se alargando, decisivamente, ao âmbito das reformas do sistema repressivo,³³ favorecendo, assim, a consagração de uma ampla base de humanidade sobre que se organiza a execução de medidas privativas de liberdade.³⁴ A própria idéia de reeducação não se compadece com a existência de duros e degradantes regimes prisionais ou aplicação

32. In *Examen de conscience pénitentiaire*, citação de M. ANCEL no seu contributo para o Colóquio do Centenário da Société Générale des Prisons (n. 23), p. 705.

33. Salientando expressamente o fato de o reconhecimento de certos direitos do recluso estar historicamente ligado ao desenvolvimento da noção mais vasta de direitos do homem, cfr. J. DUPRÉEL, *Les droits des détenus*, in RDP Crim, 1957/1958, p. 163: "Il a fallu que naisse d'abord cette idée que l'être humain avait en toutes circonstances droit à certaines garanties, à une égale considération...".

34. Anote-se o cuidado posto pelo atual diploma legislativo português sobre a execução das medidas privativas de liberdade (Dec.-Lei n. 265/79 de 1.º de agosto) em satisfazer a obrigação de respeito pela dignidade humana.

Assim, por exemplo, revela-se a preocupação em garantir a proteção da esfera íntima do recluso no processo de ingresso no estabelecimento (art. 6.º), ou a sua individualidade no conjunto da massa prisional (cfr., nomeadamente, arts. 8.º, 9.º, 169.º e 170.º).

Na Alemanha, existem decisões judiciais respeitantes à proteção da dignidade humana (art. 1, da Constituição Alemã). Assim, cfr. Comentário de K. S. BADER a uma decisão que declarou comportar violação da dignidade humana o transporte público de reclusos com vestuário penitenciário, in JZ, 1951, p. 794 e 795; do mesmo modo, a decisão do tribunal de Hamm, em 1967, que declarou que o internamento de três reclusos na mesma cela, de dimensões reduzidas, destinada a um só recluso, violava o art. 1 da Constituição, in NJW Heft 43, 1967, p. 2024, com comentário de Eb. SCHMIDT. Sobre o assunto, na Alemanha, cfr. MÜNCH, *Die Grundrechte des Strafgefangenen*, in JZ, 1958, p. 74; K. TIEDEMANN, *Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem verfassungsrecht*, 1963, p. 113 s.; WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970, p. 200.

de castigos corporais³⁵ pressupondo antes a salvaguarda da dignidade da pessoa humana,³⁶ enquanto por esse modo se fomenta o sentido de responsabilidade³⁷ do recluso, base imprescindível de um pensamento ressocializador.

O respeito pelo princípio da *humanidade* no tratamento – que sempre deve presidir ao regime jurídico de execução e à reinserção do recluso na sociedade e de acordo com o qual, aliás, se deve

35. Na Declaração de Princípios da *American Prison Association* (1870), podia ler-se: “The prisoner’s self respect should be cultivated to the utmost, and every effort should be made to give back to him his manhood. There is no greater mistake in the whole compass of penal discipline, than its studied imposition of degradation as a part of punishment”, cit., D. DRESSLER, *Practice and Theory of Probation and Parole*, second ed., 1969, p. 14; *id.*, *ibid.*, p. 12 s., sobre o movimento humanitário, que relaciona com o desenvolvimento da Escola Positivista. No mesmo sentido, L. T. WILKINS, *Ce que signifient les faits et les chiffres*, in *L'Efficacité des peines autres et mesures de traitement*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1967, p. 13: “En ce qui concerne la réforme des délinquants, il existe déjà des preuves rigoureuses pour indiquer qu'un traitement humanitaire... des délinquants est au moins aussi efficace qu'un chatiment sévère ou une détention prolongée”.

36. Este aspecto é muito importante para mais adiante se compreender o sentido que atribuímos à finalidade de reinserção social do recluso que, saliente-se desde já, tem de respeitar a sua personalidade que “no debe verse humillada ni menos dañada, sino desarrollada”, cfr. C. ROXIN, *Sentido y Límites*, (n. 28), p. 32.

De resto, a verdadeira (re)educação não implica restrição total de liberdade. Desenvolvendo este aspecto, K. PETERS, *La rééducation et les droits des détenus*, in R.ScCrim, 17-1962, p. 486 s., que apresenta como elementos de uma tarefa educativa a ajuda exterior, a aceitação voluntária e a colaboração do interessado. Pode ler-se a certo passo: “Les rapports humains, dans ce processus éducatif ne sont pas basés sur une situation de coercition...”.

37. Sobre a importância do princípio de responsabilidade na execução, cfr. EDUARDO CORREIA (n. 27), p. 2; C. ROXIN, *Sentido y Límites*..., n. 28, p. 32.

Nele assentará, nomeadamente, a “normalização” da vida penitenciária (cfr. art. 3.º, n. 2, do Dec.-Lei de Execução). Neste sentido, v. DER GRIENT, *Quelques réflexions au sujet de l'application des peines privatives de liberté*, in BAP (Bruxelles), n. 6, 1970, p. 464 s., chamando a atenção para a importância de uma execução que não seja apenas automatizante do comportamento.

Pondo este aspecto em relevo, igualmente, o Contributo Penitenciário Francês para o II Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Paris de 10 a 19 de setembro de 1950, *La prison est-elle un facteur crimogène?*, in RPDP, 1951, p. 25 s.

orientar uma política criminal adequada às exigências do moderno Estado de direito³⁸ – obriga-nos a apelar, de forma inequívoca, para a consolidação de uma *garantia executiva*.³⁹ Se não pode esquecer-se que o princípio da legalidade, em direito penal, representou um importante antecedente do respeito devido pela pessoa do delinquente⁴⁰ – cuja expansão a outras disciplinas e generalização aos mais variados setores do estado moderno não deve obscurecer o fato de que foi exatamente através de *leis* penais que se procurou de forma viva e persistente assegurar as liberdades básicas do ser humano –, sendo uma constante na generalidade dos códigos penais e constituições da atualidade,⁴¹ é fato irrecusável que dele deriva, como “consequência lógica”, o princípio da legalidade da execução. Ou, para empregarmos as palavras de BETTIOL,⁴² o princípio da legalidade “vive” na execução.

Um pouco por toda a parte se sublinha, cada vez com mais insistência, o contraste entre a proteção dos direitos individuais conferida aos cidadãos – de que resulta com particular relevo, como se sabe, a íntima ligação entre o princípio da legalidade e o direito penal –, ou as garantias legais de que se rodeia o julgamento do acusado, apanágio de um Estado de direito, e a liberdade deixada às autoridades penitenciárias na execução das penas.⁴³

De fato, a mesma necessidade de segurança jurídica, especialmente de segurança do indivíduo frente ao Estado, que fundamenta

38. Assim, inequivocamente, SOUSA e BRITO, *A Lei Penal na Constituição*, 1978, p. 201 s. Em sentido diverso, H.-H. JESCHECK (n. 28), p. 20 e 21, que não reconduz o princípio da humanidade ao do Estado de direito, considerando-o, embora, o *Leitgedanke des Strafvollzugs*.

39. Cfr. C. CALÓN (n. 6), p. 10; DEVESA (n. 23), p. 139. V., ainda, art. 81.º, do Código Penal Espanhol.

40. Cfr. C. CALÓN (n. 6), p. 261; DEVESA (n. 23), p. 142; SOUSA e BRITO (n. 38), p. 202 s.

41. Entre nós, cfr. art. 54.º, Código Penal e art. 29.º, n. 3, da Constituição.

42. In *Diritto Penale*, 10.ª ed., 1978, p. 783. Cfr., também, R. DELL'ANDRO, *Aspectos jurídicos de la pena de prisión*, in *Estudios Penitenciários*, ano 25, 1969, p. 561.

43. Sublinhando este aspecto contrastante, cfr. P. W. TAPPAN, *The legal rights of prisoners*, in *Annals*, vol. I, 1954, p. 99.

o princípio da legalidade, exige que os direitos e deveres recíprocos do recluso e da administração penitenciária sejam legalmente protegidos, o que a deixa entender como uma verdadeira exigência de um Estado de direito. O respeito devido pela pessoa do recluso não se realiza enquanto não se protegerem e garantirem os seus direitos que são parte integrante e substancial da sua personalidade.

Ressalta assim a importância do movimento legislativo relativamente ao domínio da execução das penas, subtraindo-o ao arbítrio da administração.⁴⁴ Se bem que o reconhecimento de tal garantia jurídica, na generalidade dos países, seja recente,⁴⁵ marca esta tendência um momento de viragem na compreensão da posição *jurídica* do recluso, ao mesmo tempo que lhe “restitui” a sua autêntica dimensão de ser humano: o indivíduo-recluso torna-se verdadeiro *sujeito* de direitos que lhe demarcam a fronteira da “humanidade”.⁴⁶

Por outro lado, assim se contribui para a consolidação da autonomia científica deste setor do ordenamento jurídico.⁴⁷ Esse velho ideal, sonhado por NOVELLI e os autores que, no começo da década de trinta, se agruparam em torno da *Rivista di Diritto*

44. Este aspecto é sublinhado na doutrina alemã: Cfr. WÜRTENBERGER (n. 34), p. 197 s. e 220 s.; MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, 1970, p. 15; também na Itália, G. BETTIOL (n. 42), p. 783 e na França, *Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire*, FIPP, (rapporte), p. 26.

45. Não esqueçamos que ainda no final da segunda metade do século passado, na concepção de KROHNE, importante penitenciarista alemão, o condenado encontrava-se submetido de modo incondicional, na sua pessoa e no seu património, ao poder estadual, em ordem à obtenção dos fins das penas, in *Lehrbuch des Gefängniskunde*, Stuttgart, 1889, p. 2; poucos anos mais tarde, no Congresso Penitenciário Internacional de Paris, em 1895, MENTACHANINOV manifestava-se ainda no sentido de que “le détenu est soumis d’une manière absolue aux pouvoirs publics”: citações de C. CALÓN (n. 6), p. 264.

46. A *humanização* de que *hoje* se fala em direito penitenciário tem a ver, não como adoçar de costumes e, conseqüentemente, das condições de detenção, outrossim com a afirmação do recluso como *sujeito de direitos*, ou, se quisermos empregar uma fórmula mais conhecida, como *sujeito da execução*.

47. Neste sentido também a opinião de BETTIOL (n. 42), p. 783; G. VALDES, *Comentários a la ley General Penitenciaria*, 1980, p. 17.

Penitenziario,⁴⁸ ganha viabilidade ao reconhecer a lei o que já um largo setor da doutrina proclamava com nome próprio.⁴⁹

De resto, na Alemanha, remonta já aos trabalhos de FREUDENTHAL⁵⁰ e WAHLBERG⁵¹ a preocupação de subtrair o domínio da execução ao arbítrio discricionário da administração, acentuando, de forma particular aquele primeiro autor, que “a execução da pena constitui uma relação jurídica entre o Estado e o recluso”.⁵² Afastada se considerava então a sua idéia como *alieni juris*, devendo sofrer nos seus direitos apenas as limitações que correspondessem à pena pronunciada.

Significativamente, anote-se que a tão falada oração reitoral de FREUDENTHAL se intitulava “*Die Staatsrechtliche Stellung des*

48. NOVELLI, *L'autonomia del diritto penitenziario*, 1933, p. 5 e 22; CICALA, *Limiti e rapporti tra politica criminale, diritto penitenziario e tecnica o pratica penitenziaria*, 1935, p. 58.

A questão da conveniência em sistematizar num diploma legal as normas jurídicas referentes à execução tinha já sido tratada no III Congresso Internacional de Direito Penal (Palermo, 1932), onde, tendo em atenção o período de elaboração que a matéria ainda necessitava, não se optou por uma posição definitiva: cfr. RIDP, 1933, p. 150 e 151 e Rivista di Diritto Penitenziario, 1933, p. 358.

49. Contra a autonomia do direito penitenciário, C. CALÓN (n. 6), p. 11; SUTHERLAND/CRESSEY, *Criminology*, 1970, p. 482 s., equiparando o direito penitenciário à criminologia; C. MATA, *Derecho Administrativo Penitenciário: protección al recluso*, in R. Adm. Pública, n. 76, 1975, p. 31 s.; J. LARGUIER, *Criminologie et Science Penitentiaire*, 1971.

Criticando, por seu lado, a falta de autonomia científica, G. SUTTINGER, *Das Gefängnis als Abschreckung, Erziehungs- und Verwahrungsanstalt*, in JZ, 1952, p. 737.

50. Cfr. do Autor, *Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht*, in ZStW, vol. XXXII (1908), p. 233 s., *Gefängnisrecht*, in ZStW, vol. XXXV, p. 917 s., *Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat*, in ZStW, XXXIX, p. 493 s., *Die rechtliche Stellung des Gefangenen*, in E. BUMKE, *Deutsches Gefängniswesen*, 1928, p. 141 a 146.

Por seu turno, o pensamento de Freudenthal não escapou aos juristas suíços do seu tempo. Cfr. HAFNER e ZÜRCHER, in *Schweiz Gefängniskunde*, 1925, p. 95 s., cit. de F. CLERC, *Les droits du détenu*, in RPS, 1961, p. 34 s.

51. *Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, p. 251, cit. de WÜRTENBERGER (n. 34), p. 197.

52. FREUDENTHAL, *Der Strafvollzug...*, n. 50, p. 230.

Gefangenen"⁵³ e já aí se indicava a criação de uma lei de execução como uma necessidade "*staatsrechtlich*".

Parecerá assim surpreendente a quem apenas perfunctoriamente se debruce sobre a temática de posição jurídica do recluso que só tão tardiamente se cumprissem as exigências de legalidade⁵⁴ há tanto tempo sentidas e continuasse a valer para aqui a sentença de DANTE: "Oh vós que entraís, deixai toda a esperança".⁵⁵

Simplesmente, só assim pensará quem porventura esqueça como o conceito de relação especial de poder⁵⁶ conquistou a execução, especialmente no período que se inicia após a II Guerra Mundial.⁵⁷ Qualquer que fosse o ponto de vista escolhido pelos autores para abordarem esta problemática, como pressuposto da argumentação

53. Cit., MÜLLER-DIETZ, *Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen?* Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, p. C-9.

54. Portugal ocupou, neste campo, uma posição de vanguarda, onde uma reforma geral em matéria de execução vem a efetivar-se com a Reforma Prisional de 1936 (Decreto n. 26.643, de 28 de maio), reforma que, nas palavras de EDUARDO CORREIA, "bem pode considerar-se a mais acabada articulação legal da ciência penitenciária da época" (in Prof. Dr. José Beleza dos Santos, 1973) e que JESCHECK considera "de alta importância no domínio da penologia" ("*La Reforma Pénale Allemande et Portugaise*", in Estudos "In Memoriam" do Prof. Dr. José Beleza dos Santos, BFD, suplemento XVI, p. 433 s.).

Não pode, no entanto, deixar de se assinalar que se verificou uma rápida proliferação de modificações em caráter mais ou menos administrativo – fato a que a rigidez do sistema progressivo não foi alheio –, situação a que urgia pôr cobro. Nesse sentido, e inscrevendo-se no amplo movimento de reforma feito sentir em diversos países, foi elaborada a recente reforma sobre a execução das medidas privativas de liberdade, em vigor desde 1.º de janeiro de 1980 e aprovada pelo Decreto-Lei n. 265/79 de 1.º de agosto.

55. Cit., in ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, p. 94.

56. A ele teremos ocasião de nos referir demoradamente mais adiante. Importa, para já, recordar que ao conceito de "relação especial de poder", referindo as situações especiais de relação de certos indivíduos com os poderes públicos, se contrapõe o de "relação geral de poder" e, embora ultrapassado – as relações cidadão-Estado não são as de súdito-soberano –, continua a ser de uso corrente. Sobre isto, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos Fundamentais*, 1977, p. 232.

57. Cfr. K. TIEDMANN, *La Protection des droits des détenus*, in RSCrim, 1962, p. 490; H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug in Übergang*, 1969, p. 40.

estava aquele conceito. JACOBI,⁵⁸ em 1929/1930, descrevia a posição jurídica do recluso com fundamento na relação especial de poder, conhecendo as suas opiniões larga divulgação.⁵⁹ E é nesta linha de pensamento que têm de ser compreendidos e enquadrados os contributos de TIEDEMANN⁶⁰ e MÜNCH⁶¹ para o estudo dos direitos fundamentais do recluso, ou de BAUMANN⁶² para a qualificação jurídica das normas de execução.

Dizer-se que o fato de o princípio de legalidade da administração não vigorar para as relações especiais de poder foi produto de uma regra mais histórico-convencional do que dogmaticamente fundamentada, não invalida que aquelas estivessem totalmente desvinculadas da lei e da Constituição, não se impondo que o conceito abrangesse a exigência – cuja verificação é necessária para poder afirmar que se encontra preenchido um dos requisitos essenciais de um Estado de direito – de regular por lei a matéria referente à conformação de direitos fundamentais.

Se JESCH⁶³ ainda afirma que a idéia de uma relação especial de poder “se encontra desde há algum tempo submetida ao fogo cruzado da crítica”, concordamos inteiramente com HESSE enquanto defende a não existência de uma “relação especial de poder” antes “relações especiais diversificadas de sujeição” cujo único denominador comum consiste em que modifica, de alguma maneira, o *status* geral do cidadão.⁶⁴

De qualquer forma – e a este ponto tornaremos com o devido vagar – interessa para já reter a idéia de que, no lento e complexo

58. L. JACOBI, *Die Rechtsstellung der Strafgefangenen*, in ZStW, 50 (1930), p. 376 s.

59. Cfr. SCHÜLER-SLRINGORUM (n. 57), p. 40.

60. K. TIEDEMANN (n. 34), p. 92 s.

61. MÜNCH (n. 34), p. 73 s.

62. BAUMANN, *Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1.º 12. 1961*, in MKrim, 1964, p. 57 s.

63. JESCH, *Ley y Administración: estudio de la evolucion del principio de legalidade*, 1978.

64. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1972: trata-se de um estatuto jurídico, mas de um estatuto jurídico especial (*Sonderstatus*).

processo de consolidação da posição jurídica do recluso, a evolução se processou através do reconhecimento de garantias constitucionais quando já se lhe reconhecia uma situação jurídica incontestada.⁶⁵

Esta asserção é especialmente comprovada com o exemplo expressivo fornecido pela República Federal da Alemanha, onde só em 1977 entrou em vigor uma lei relativa à matéria de execução de medidas privativas de liberdade.⁶⁶ Assim, já em 1972, na mesma decisão em que deixou expresso que os direitos fundamentais dos reclusos "*nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetz eingeschränkt werden können*", o Tribunal Constitucional⁶⁷ estabelecia que, entretanto, as limitações de direitos fundamentais só poderiam ser admitidas na medida em que fossem indispensáveis para a manutenção da ordem ou segurança do estabelecimento penitenciário. Houve, então, decisões de diversos tribunais⁶⁸ que poderemos talvez classificar de "revolucionárias", baseadas em garantias constitucionais.

65. Neste sentido, cfr. nomeadamente, HIETE, *Probleme des Strafvollzugs und der Strafvollzugsgesetzgebung*, in ZStW, 1956, p. 213 s.; WÜRTENBERGER, *Sinnvoller Strafvollzug im Lichte der Strafrechtsreform*, BewHi, 1963, p. 19 s.; *id.* *Reform des Strafvollzugs in sozialen Rechtsstaat e Horizonte der Strafvollzugsreform* in Kriminalpolitik (n. 34), p. 191 s. e p. 216 s.; MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, 1978, p. 26; V. FRIELINGHAUS, *Die Verfassungsbeschwerde*, in *Strafvollzug in der Praxis*, Schwind/Blau, p. 276 s.; H. RÖHL, *Der Rechtsschutz des Gefangenen*, in JZ, 1954, p. 65 s.; G. A. ALTENHAIN, *Die Strafgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsschuß gegen Justizverwaltungsakte*, in JZ, 1966, p. 16 s.; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, 1979, p. 10: "... solange und soweit es an einer gesetzlichen Grundlage für Rechtsstellung des Gefangenen unmittelbar aus dem G. G." (destaque nosso).

66. *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstraf und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung-Strafvollzugsgesetz* (StVollzG) de 16 de março de 1976.

Anteriormente, existia apenas, desde 1961, a *Dienst-und Vollzugsordnung*, de 1.º.12.1961 (DvollzO), comum aos "Länder" da República Federal, mas que se limitava a unificar as prescrições existentes na matéria, originárias nas diversas administrações penitenciárias. Sobre isto, cfr., H.-H. JESCHECK, *Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung*, in Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch, 1980, p. 18 s.

67. BverfGE 33, 1, in JZ, 1972, p. 357 s., com comentário de STARCK.

68. Sobre isto, vide, KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug - eine Einführung in die Grundlagen*, 1977, p. 69 e 70.

Importante será, contudo, não esquecer que a invocação da aplicação direta dos preceitos constitucionais, sempre comporta o risco de fazer deslocar o problema para bases incertas e inseguras,⁶⁹ a que muitas vezes não deixa de ser alheia a pressão dos fatos. Basta recordar o que a este propósito se passa nos Estados Unidos e a marca que ela deixou, na década de setenta, a célebre rebelião de Attica.⁷⁰

De fato, à política tradicionalmente seguida de não interferência na execução, opôs-se uma importante decisão do *Suprem Court*, em 1961 (*Monroe v. Pape*)⁷¹ que veio tornar possível a apreciação, por via judicial, das condições de detenção, começando os tribunais a receber queixas sobre regulamentos arbitrários, superlotação de prisões, condições desumanas de vida, falta de assistência médica, ausência de facilidades recreativas ou educacionais, etc. Mas, foi sobretudo a partir dos anos setenta que a doutrina do *hands-off*⁷² – como tradicionalmente é designada – foi abandonada, passando a interferência judicial a ser não só possível como desejável, podendo apontar-se, neste período, a existência de numerosas e importantes decisões proferidas pelos tribunais.⁷³

69. Uma visão crítica sobre a jurisprudência dos tribunais na Alemanha, V. FRIELINGHAUS, (n. 65, p. 276 s.).

70. Sobre isto, cfr. G. SYKES (n. 24), p. 472 s; C. FRAGOSO, *Perda da Liberdade (os direitos dos presos)*, tese n. 37 da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

71. Cfr. B. F. FALKOF, *Prisoner representative organizations, prison reform and Jones v. North Caroline Prisoners' Labor Union: an argument for increased court intervention in prison administration*, in *JCrim*, vol. 70, p. 44, 1979, especialmente nota 13.

72. Sobre a doutrina do *hands-off*, cfr. L. FOX, *The first amendment rights of prisoners*, in *JCrim*, vol. 63, 1972, p. 162 s.

73. O caso *Coffin V. Reichard* firmou um princípio que serviu de base a várias decisões: "A prisoner retain all the rights of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication taken from him by law" (cfr. B. F. FALKOF (n. 71), p. 44). No mesmo sentido, confira, decisão do tribunal distrital de Nova York, em 1970, onde, a certo passo, se afirma: "prisoners do not lose all of their rights under the Constitution when sentenced to prison" (J. MITFORD, *Kind and usual punishment, the prison business*, 1974, p. 284). Para delimitar os direitos dos reclusos, cfr. caso *Procumer v. Martinez* (1974) e *Pell v. Procunier* (1974), em que os reclusos invocavam garantias constitucionais para evitar a censura de

Também, no plano internacional, a atividade desenvolvida em prol dos direitos dos reclusos – que podemos situar no período que medeia entre as duas guerras mundiais – representa um fator a ter em conta no processo de consolidação da sua posição jurídica. Assim é que a elaboração das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*⁷⁴ se pode entender já como uma tentativa de passar das especulações científicas para o domínio da legalidade no campo do direito penitenciário, cuja autonomia científica, como se deixou assinalado, começa então a esboçar-se.

3. Uma última nota importa aqui acentuar, com o que deslocamos o problema do âmbito da sua natureza jurídica – aquele onde, aliás, se situa este nosso estudo – para o campo das realidades fácticas, suporte de toda a elaboração teórica.

De fato, obviar à discriminação que, no plano jurídico, o recluso sofre, não é suficiente, só por si, para o restituir à posição de ser humano que lhe é inerente.

É sabido quanto um regime penitenciário que regula de modo minucioso todos os momentos da vida do recluso o pode

correspondência e conceder entrevistas à imprensa, in B. F. FALKOF (n. 71), p. 46. Em ambos os casos se invocaram três objetivos básicos que se pretendem garantir com a estrutura prisional: “*the deterrence of crime, the rehabilitation of those committed to custody, and the maintenance of internal security*”, o que bem mostra a fluidez de conceitos em que se demarcam os direitos dos reclusos.

74. A Comissão Internacional Penal e Penitenciária elaborou, em 1929, e reviu, em 1933, um conjunto de regras para o tratamento de reclusos, que, em 1934, a Liga das Nações aprovava. A ONU, no seu 1.º Congresso sobre a prevenção do crime e tratamento dos delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, aprovou uma nova versão dessas regras, que passaram então a constituir as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*. Uma revisão destas Regras Mínimas foi aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 19 de janeiro de 1973, alterando, em vários pontos, o texto original. Destaca-se sobretudo, o intuito de facilitar os contactos com o mundo exterior, tornar mais flexível a modelação da execução e desenvolver e encorajar a participação dos reclusos na sua reinserção social.

Neste plano, vide, também, os debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas relativos aos direitos civis e políticos dos reclusos, in *Révue Internationale de Politique Criminelle*, n. 14, 1959 (cit., M. ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, 1981, p. 258).

despersonalizar e converter num autômato, movido pela complexa engrenagem que constituem as múltiplas regras a que obedece a organização de um estabelecimento prisional. Particularmente representativo da idéia de prisão como instrumento de controle total da pessoa do recluso se revelava o *panopticum* de J. BENTHAM, permitindo vigilância absoluta e exigindo completa disciplina.⁷⁵

Apontamos já algumas críticas sobre essa “instituição total”⁷⁶ que é a prisão – e que, nos últimos anos, tem sido objeto da atenção de numerosos estudiosos,⁷⁷ demonstrando, de forma eloqüente, os

75. Sobre o fenômeno do “panoptismo”, cfr. M. FOUCAULT (n. 8), p. 197 s.; também, R. ROTH, *Pratiques Penitenciaires et Théorie Sociales – l'exemple de la prison de Genève* (1825-1862), Paris, 1981, p. 125 s.

76. Cfr. estudo de E. GOFFMAN, *On the characteristics of total institutions: staff – inmate relations*, in *The Prison*, Donald R. Cressey ed., 1961, p. 68 s. Este Autor elaborou a idéia de *instituição total* como sendo aquela que, por completo, domina e controla a vida das pessoas, em todos os momentos da existência e revelou aquilo a que chamou o *caráter binário* das instituições totais: há nelas uma cisão básica entre um grande grupo manejado (o dos reclusos) e um pequeno grupo de pessoal superior: “cada grupo tende a representar o outro através de estereótipos hostis: o pessoal julga os reclusos cruéis, maliciosos e indignos de confiança; os reclusos consideram o pessoal petulante, despótico e mesquinho”. Cfr., ainda, N. A. POLANSKY, *The prison as an autocracy*, in *JCrim*, vol. XXXIII, n. 1, 1942, p. 16 s.; D. BLOMBERG, *Les études socio-culturelles portant sur le milieu de détention ou de traitement*, in *L'Efficacité des Peines*, cit., p. 173 s., referindo dois sistemas socioculturais que coexistem no mundo da prisão: “... ils démontrent toutes une culture de détenus contraire à, ou du moins, différente de l'orientation des valeurs du personnel et des objectifs officiels de l'institution (p. 201).

77. SYKES, por exemplo, numa obra que remonta já a 1958, descreve a privações a que o recluso se encontra submetido, salientando que, ao perder a liberdade ele perde o seu *status* social (*The Society of Captives – a study of a maximum security prison*); do mesmo modo, no estudo conjunto com S. L. MESSINGER, *The inmate social system*, in *Theoretical Studies in Social Organization of the Prison*, 1960, p. 5 s. Também R. KORN e L. MCCORKLE, in *Criminology and Penology*, 1965, p. 523 s., salientam que através da prisão não se trata apenas da perda de liberdade física, mas de sujeição completa a uma estrutura de comando autoritária, que reduz por completo a capacidade de autodeterminação do recluso (p. 523). Podem ainda apontar-se os estudos de D. R. CRESSEY, *Limitations of Organization of Treatment in the Modern Prison*, in *Theoretical Studies...*, cit., p. 78 s. e de R. MCCLEERY, *The Governmental Process and Informal Social Control*, p. 149 s.; id., *Authoritarianism and the Belief*

seus efeitos devastadores sobre a personalidade humana – a que se juntaram novos ingredientes de cariz científico. Os fenômenos da subcultura prisional⁷⁸ e do seu severo código⁷⁹ – amplamente estudados e dados a conhecer também através de depoimentos dos próprios reclusos –, revelam quanto as modificações operadas nos reclusos, nomeadamente através do processo de “mortificação”⁸⁰ descrito por GOFFMANN, ou do chamado processo de “prisionização”,⁸¹ os afasta dos padrões normais de comportamento do mundo social.

É assim imperioso que o movimento de renovação que incide sobre o regime de execução da prisão – em que se faz assentar a chamada tese “reformista” – vise preservar no recluso a característica de ser “social”.⁸²

System of Incurables, p. 260 s.; C. SCHRAG, *Some Foundations for a Theory of Correction*, p. 309 s., todos in *The Prison*, (n. 76).

Estes estudos – já considerados clássicos sobre o assunto – vieram mostrar que a prisão não é uma miniatura da sociedade, mas sim um sistema próprio de intervenção social e de poder, constituindo, segundo HARBORDT, uma subcultura deformada. Vide S. HARBORDT, *Die Subkultur des Gefängnisses – eine soziologische studie zur resozialisierung*, 1967. Note-se, aliás, que na sua obra datada de 1955 já VON HENTIG procedia a uma análise sob a perspectiva do “mundo dos reclusos”, in *Die Strafe*, II, p. 200 s.

78. Recorde-se aqui o nome de D. CLEMMER que em 1940 descreveu detalhadamente, pela primeira vez, no seu livro *The Prison Community*, a forma de vida de uma prisão americana de segurança máxima.

A este propósito, BUFFARD (n. 21), p. 11 s., elaborou a teoria da “regressão total”: anal, bocal e corporal.

79. Cfr. SYKES (n. 24), p. 500 e 501, e p. 527 s.

80. GOFFMANN (n. 76), p. 23 s.

81. D. CLEMMER, *The process of prisonization*, in *Crime and Justice*, vol. 3, p. 92 s.

82. Acentuando o aspecto de que o recluso não é um ser extra-social, cfr. Regras 58 e 62 (Regras Mínimas), e, ainda, Anteprojeto de Lei Geral Penitenciária (Espanha) – Exposição de Motivos; pode também ler-se in *Progress in Penal Reform*, ed. L. BLOM-COOPER, p. XI: “Prison should be within the community and not a place apart”.

Salientando, neste ponto, a importância do papel da sociedade, cfr. EDUARDO CORREIA, (n. 21), p. 129 s.; T. ERIKSSON, *Society and the treatment of offenders*, in *To the memory of Sir Lionel Fox*, p. 85 s.

Creemos que ainda não chegou o momento de “esvaziar as prisões”. Entretanto, a lúcida e objetiva consideração das realidades – não esqueçamos que a prisão é um “mal” – só nos pode conduzir a uma reflexão mais profunda e atenta dos defeitos e inconvenientes do sistema, tentando combatê-los. Ponto em que a temática relacionada com a posição jurídica do recluso ganha maior relevo.⁸³

O fato de o recluso conservar a titularidade dos direitos fundamentais se constitui, por um lado, elemento fundamental para criar a atmosfera favorável à ação reeducativa que se procura desenvolver atualmente nos estabelecimentos penitenciários contribui, por outro lado, de forma predominante, para evitar o aprofundar da separação sociedade-recluso.

Compreende-se, assim, que da constelação de problemas que caracterizam a prisão ressalte o tema da posição jurídica do recluso pelas repercussões que tem na criação de uma imagem impressiva e renovada daquela instituição.

Numa sociedade em que a privação de liberdade só pode ser *cada vez mais* duramente sentida,⁸⁴ o recluso só pode ser *cada vez menos* tratado como uma “wertlose Sache”⁸⁵ *die man einfach aufbewahrt und (verschluBsicher) verwahrt*”,

E julgamos não distorcer a realidade ao afirmar que a chave da compreensão de uma autêntica reforma penitenciária passa obrigatoriamente pela consideração e defesa da posição do recluso como pessoa humana. O respeito incondicional pela dignidade do ser humano é um princípio jurídico fundamental sem o qual não

83. Relacionando a questão dos direitos dos reclusos com o clima educativo que se pretende criar na prisão, cfr. F. CLERC (n. 50), p. 34 e 35; P. CORNIL, *A propos des droits civils et politiques des détenus*, in RPS, tomo 74, p. 1 s.; DUPRÉEL (n. 33), p. 163 s.; D. FOGEL, *Pursuing Justice in Corrections*, in *Justice and Punishment*, p. 125 s.

84. Neste sentido, M. COLARDYN, *La problématique de la peine privative de liberté au niveau de la personne et du travail en détention*, in BAP (Bruxelles), n. 3, 1975, p. 180; E. E. SWINNEN, *La liberté thérapeutique, substitut de la peine privative de liberté*, in BAP (Bruxelles), 1974, p. 115.

85. No sentido kantiano, Cfr. cit., MÜLLER-DIETZ, *Strafzweck und Vollzugsziel*, 1973, p. 8.

há Estado de direito⁸⁶ nem é possível falar de um verdadeiro direito penitenciário.

Não é descabido meditar aqui as palavras de SOUSA PINTO: “Ao argumento de que – vai mudar o sistema penal – respondemos, que não importa (...). É muito mais humano e vantajoso à Sociedade livrar-se do criminoso, mudando-lhe a vontade, e hábitos viciosos, do que tirar-lhe somente o poder físico, retendo-o sempre na cadeia”.⁸⁷

O que aqui nos propomos é lançar as bases de uma compreensão do estatuto jurídico do recluso, fazendo ressaltar a importância que, neste contexto, encerra – quiçá como um elemento primordial – a idéia de reinserção social enquanto finalidade da execução.

86. Cfr.. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto, Questão de direito*, 1967, p. 572. Esta mesma idéia é renovada, pelo autor, em *O papel do Jurista no nosso tempo* (1968) e *A Revolução e o Direito* (1976).

87. Vide nota 17.

DETERMINANTES JURÍDICO- CONSTITUCIONAIS

Uma correta análise da posição jurídica do recluso exige que se considere, na sua configuração, a influência de princípios jurídico-constitucionais com importância decisiva. Referimo-nos aos princípios do Estado de direito e social, o primeiro fornecendo o pressuposto legal da execução e o segundo, o critério que há de informar, quanto ao conteúdo, a conformação dos direitos fundamentais do recluso.

1. O Estado de direito

Apesar do esforço legislativo sobre o direito penitenciário que, entre nós, desde muito cedo se manifestou,⁸⁸ permaneceu tal domínio à mercê de medidas com caráter mais ou menos administrativo. Se bem que esta situação fosse, em grande parte, fruto das próprias dificuldades de aplicação de certas regras adaptadas,⁸⁹ não deixava por isso de ser pouco conforme às exigências de legalidade que o princípio do Estado de direito encerra.

Só se poderá explicar que, inclusivamente sob a vigência da nossa atual Constituição, tal estado de coisas se mantivesse, se se procurar na doutrina constitucional uma explicação.

88. Sobre o assunto, EDUARDO CORREIA (n. 20), p. 14 s. e 116 s.

89. Pense-se, por exemplo, no rígido sistema progressivo que adoptava a Reforma Prisional de 1936.

1.1. A execução como relação especial de poder

Na verdade, enquanto domina a teoria clássica sobre as relações especiais de poder,⁹⁰ tornado em conceito central da execução – cujo privilégio, de resto, não lhe cabe, em qualquer sentido⁹¹ –, não surge a necessidade de base legal em que se fundamentem as medidas tomadas nos setores que o conceito abrange.

A dogmática que inicialmente se ocupou do tema considerou a relação especial de poder como âmbito de livre conformação para a Administração. Neste ponto,⁹² é inevitável a referência a OTTO MAYER, autor a quem se deve o fato de o conceito se ter imposto rapidamente e de uma forma geral no Direto Administrativo.

Relativamente à relação de dependência jurídica em que se encontrava o súdito perante o Estado, referenciava a relação especial,

90. Falamos em “relação especial de poder” traduzindo a fórmula alemã “*Besonderes Gewaltverhältnis*”. No entanto, outras expressões podem ser usadas, designadamente, fazendo ressaltar o aspecto da *sujeição*. Assim, na doutrina espanhola, A. G. ANABITARTE, *Relaciones de sujeción y principio de legalidad en la Administración*, in R. Adm. Pública, 1961, n. 34, p. 11 s.; F. SOSA WAGNER, *Administracion Penitenciaria*, in R. Adm. Pública, 1976, n. 80, p. 83 s., especialmente, p. 100 s.

91. Uma ampla gama de situações conformam especiais relações com os poderes públicos, apontando a doutrina, entretanto, como menos equívocas, as que se estabelecem com os membros das forças armadas, os funcionários públicos, os alunos de estabelecimentos oficiais de ensino e os reclusos. Esta última – conectada com o tema que nos interessa – é citada, concretamente, entre outros, por C. H. ULE, *Das besondere Gewaltverhältnisse*, in VVDStRL, 15; WOLF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, 9. Auf. (utilizando a terminologia “*öffentliche insbesondere verwaltungsrechtliche sonderverhältnis*”); KRÜGER, *Der Verwaltungsschutz im besonderen Gewaltverhältnis*, in NJW, 1953, p. 1369; FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand* (trad. M. FROMONT), 1969, p. 211 s.

A verdade é que, dada a diversidade das suas manifestações – a que se alia o fato de se tratar de um conceito que se desenvolveu um pouco à margem, carecendo pois daquela investigação científica que o teria devidamente cunhado –, tornou-se complexo e difícil oferecer uma definição rigorosa de relação especial de poder, tarefa a que, de resto, cabe renunciar no contexto desta investigação. Fornecendo um quadro sugestivo da problemática. A. G. ANABITARTE (n. 90), p. 13 s.

92. Segue-se, aqui, A. G. ANABITARTE (n. 90).

“a essa dependência intensificada que se estabelece, em virtude da prossecução de um fim determinado da Administração Pública, para todos os indivíduos que se inserem nessa estrutura especial prevista”.⁹³ Prescindindo já do argumento da submissão voluntária a um qualquer poder institucional,⁹⁴ fundamentava-a “pelo *facto* da entrada... dentro do círculo de influência da instituição, ao qual se une a *submissão*, realizada automaticamente, a uma espécie de *direito doméstico*”.⁹⁵

Sem pretender envolvermo-nos aqui na questão do carácter jurídico da relação especial de poder, importante será destacar que, se nas conclusões da doutrina tradicional o princípio da legalidade apenas valia na relação geral entre o Estado e o cidadão, o seu fundamento teórico residia na construção do conceito de *direito* de LABAND e seus seguidores.⁹⁶ É sabido⁹⁷ como, através de tal

93. Cfr., ANABITARTE (n. 90), p. 14.

94. O consentimento não existe em relação a muitas situações, como será o caso, desde logo, dos reclusos. De resto, na perspectiva de uma Teoria Geral do Direito e do Estado, “o consentimento não pode ser fundamento de atos através dos quais, com carácter soberano, se intervenha na esfera do indivíduo, já que, nesse caso, estaríamos face a uma delegação individual do poder legislativo: a teoria do consentimento é incompatível com o Estado de direito, o qual supõe o princípio de legalidade”. Assim, cfr. S. WAGNER (n. 90), p. 102; sobre a argumentação *volenti non fit injuria*, cfr. ANABITARTE (n. 90), p. 40 s. e JESCH (n. 63), p. 268 e 269.

95. Cfr. JESCH (n. 63), p. 263 s. A intervenção na esfera privada dos indivíduos colocados nessa especial situação podia ter lugar, por conseguinte, na base de disposições ditadas pela via administrativa quando isso não significava fundamento jurídico.

96. No plano material, aquela esfera de relações era já conhecida a propósito da fronteira entre “direito” e “não-direito”. O próprio OTTO MAYER cita como precursores da sua teoria GERBER e LABAND. Sobre isto, *vide* JESCH (n. 63), p. 159 s.

97. O conceito de *direito* formulado por LABAND limitava o seu âmbito às relações entre cidadãos ou entre o Estado e aqueles (súditos); em contrapartida, não pertenciam ao direito as relações compreendidas no âmbito interno do próprio Estado – que se encontravam assim no âmbito do não-direito –, o que LABAND justificava com a “lógica jurídica”: se as normas de comportamento que o indivíduo impõe a si mesmo não podem ser preceitos jurídicos, tal asserção é igualmente válida no que respeita ao Estado. Ainda segundo LABAND é de concluir que só pode haver

construção, a relação especial de poder, enquanto pertencente ao espaço interior do Estado, foi subtraída ao âmbito do direito. Dado que, segundo a doutrina tradicional da reserva de lei, só as leis materiais tinham que ser emanadas como formais⁹⁸ – estando, no entanto, o conceito de lei material vinculado precisamente ao referido “âmbito do direito” – as normas compreendidas no âmbito da relação especial de poder não criavam direito. Ou seja, onde não se tratasse de matéria reservada, a Administração era livre de emitir preceitos sem conteúdo jurídico, que se dirigiam exclusivamente a situações “internas”.

Por aqui se vê como esta posição era tributária da então predominante concepção de norma jurídica. Quer a definição da matéria de lei passe pela fórmula de JELLINEK e LABAND (“esfera jurídica dos particulares”) ou pela proposta de THOMA e ANSCHÜTZ (“liberdade e propriedades”),⁹⁹ o resultado sempre seria o de desqualificar juridicamente aquelas disposições que se inserem no âmbito das relações especiais de poder.

Neste contexto – em que também se considerava enquadrado o recluso nas suas relações com a Administração – bem se compreende que o conteúdo e limites dos seus direitos derivasse diretamente do *fin* da execução, que ganhou, desta forma, um lugar preponderante.¹⁰⁰

espaço para uma *proposição jurídica* no âmbito que compreende as relações entre a Administração e qualquer outra esfera de vontade reconhecida pelo direito; ao contrário, as normas que permanecem no âmbito da própria administração não são preceitos jurídicos. Sobre isso, *vide* JESCH (n. 63), p. 159 s.

98. Corresponde este esquema de pensamento a uma situação histórica caracterizada por uma crescente atividade normativa da Administração. A criação de um *conceito material de lei* visa, assim, estabelecer um limite a tal atividade, em termos de preservar um setor que deve ficar reservado ao legislador. Sabemos como a resposta que foi dada a esta questão resultou, igualmente, de forma predominante, da conjuntura histórico-concreta.

99. Sobre o assunto, cfr., G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, I, 2.ª ed., Coimbra, 1980, p. 314 s.

100. A jurisprudência alemã fornece aqui importante testemunho, tornando-se clássica a fórmula segundo a qual são justificados os limites dos direitos dos reclusos “*soweit sie zur Erreichung der Strafzwecke und der durch sie bestimmten Natur des Anstaltsverhältnisses notwendig ist*”, in NJW, 1969, p. 672 (decisão

De certa maneira procurava-se assim colmatar a inexistência de uma lei: o fim da execução *substituí*a uma lei de execução.¹⁰¹

Simplemente, o erro metódico consistente em utilizar o conceito de “fim” ao mesmo tempo como fundamento e limite das medidas a tomar no âmbito da execução¹⁰² – é muito difícil dizer se é o fundamento que não justifica uma medida de execução ou se esta é que encontra um limite – contribuiu para que a noção de relação especial de poder ligada à execução não tivesse ganho em clareza. Por outro lado, compreende-se que, para além do pluralismo e heterogeneidade de pontos de vista que sempre se ligam ao sentido e fim da pena,¹⁰³ as dificuldades se avolumam quando a questão se prende diretamente com o funcionamento de um estabelecimento penitenciário e as suas exigências de manutenção da ordem e segurança. A dificuldade em aplicar ao caso concreto uma fórmula geral resultava aqui agravada.

do Tribunal de Oldenburg, de 10.08.1964). Para mais exemplos, SHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 19 s. e 45 s., MÜLLER-DIETZ (n. 44), p. 74 s.; SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 61 e 62.

De resto, anote-se, já com JACOBI se encontrava muito difundida aquela idéia. Sabe-se, no entanto, os perigos e as dificuldades que rodeiam um tal sistema (cfr. Introdução).

101. O princípio da legalidade da Administração assim o requeria. Em todo o caso, isto pedia uma transformação da função da Administração no Estado de direito, o que BUAMANN apontou, n. 62, p. 60 s., especialmente, p. 64; *id.*, in Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, p. 548.

JACOBI (n. 58), p. 392, atribuída ao pensamento final o papel de uma “legalidade *sui generis*”, nas suas palavras, “*Zweck-lex des besonderen Gewaltverhältnisses*”.

102. Neste sentido, MÜLLER-DIETZ (n. 44), p. 74; particularmente claro na expressão desta idéia é igualmente, SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 43: “...sowohl die Befugnis, im Vollzuge auf Disziplinversöße überhaupt mit Hausstrafen zu reagieren, als auch Art und Schweregrad der anwendbaren Disziplinarmaßnahmen in einzelnen aus dem Vollzugszweck abgeleitet werden”.

103. Cfr. BAUMANN (n. 62), 1964, p. 65: a relação especial de poder aparece “mit der ganzen unsicherheit belastet... die der Lehre vom Sinn und Zweck der Straf anhaftet”. Veja-se que, por exemplo, JACOBI (n. 58), p. 396, entende como tarefa fundamental da execução o aspecto de “*Zufügung des Strafabels*”, HIETE (n. 65), p. 213 s., defende “*nur die Resozialisierung für legitim*”, enquanto BAUMANN (n. 62), p. 65, coloca “den Akzent mehr auf die Tatschulds ühne”.

Em face de qualquer Estado absoluto do *ancien régime*, entretanto, o conceito de Estado de direito veio sobretudo acentuar a importância dos direitos fundamentais cuja proteção jurídico-constitucional se apresenta como seu eixo principal. As dúvidas quanto à legitimidade da construção referente à execução como relação especial de poder retornam agora,¹⁰⁴ então a nível constitucional. O que bem se compreende se se pensar que a Constituição impede a limitação de direitos fundamentais segundo critérios de uma “legalidade administrativa”, antes ela própria os fornece, no que a *lei* desempenha um papel relevante. O que se pretende é a proteção, a garantia e a realização dos direitos humanos e liberdades fundamentais com eles relacionadas.

MÜNCH e TIEDEMANN – dois autores alemães, já aqui referidos, que colocam na base da sua construção a execução como relação especial de poder – tratam nas suas obras da posição jurídico-constitucional do recluso. Para aqueles autores não se revela tão importante o problema do fundamento legal da própria relação especial de poder – que consideram resolvido através da institucionalização da execução pela Constituição¹⁰⁵ – como a questão dos limites aos direitos fundamentais. E, aqui, constituindo o seu próprio *fundamento* já uma restrição, ao recluso caberiam aqueles direitos que os “limites imanentes de garantia pessoal”¹⁰⁶ lhe conferem e que, afinal, a própria execução como relação especial significa. Para além disto, permanecendo, obviamente, a pergunta pelos limites de intervenção nos direitos fundamentais – para o que

104. A idéia de uma relação especial de poder juridicamente vazia foi submetida ao fogo cruzado da crítica, contando-se entre os fenômenos que assinalam a dissolução da fronteira entre relação especial e relação geral a proteção dos direitos fundamentais.

Caberá, desde já, não deixar de referir nesta sede a problemática, que será autonomamente tratada no capítulo referente aos direitos fundamentais.

105. Vide MÜNCH (n. 34), p. 73 e TIEDEMANN (n. 34), p. 95 s. A fundamentação legal da relação especial de poder era encontrada a partir da Constituição que, ela própria, mencionava certas relações especiais de poder; este reconhecimento constitucional contribuiria, por outro lado, para uma conversão em direito do conceito. Criticamente, quanto a este último ponto, JESCH (n. 63), p. 267.

106. Cfr. TIEDEMANN (n. 34), p. 93 s., que segue KLEIN.

se exige uma resposta da relação especial de poder como relação *jurídica* – os limites imanentes dos direitos fundamentais impediriam que o seu sentido se perdesse.¹⁰⁷

Com o que não se esgotava, entretanto, o lado constitucional do problema. A construção da execução como especial relação de poder, se a sobrepunha, num certo sentido, à própria Constituição – ponto em que o *fin* da execução seria então chamado à colação – não anulava essa asserção essencial de que os direitos fundamentais têm efeito na própria relação especial de poder e no seu conteúdo concreto. Só que, mais uma vez ressalta quanto os direitos fundamentais, sofrendo restrições baseadas no recurso a vagos e imprecisos princípios relacionados com o fim da execução, se projetam numa base de incerteza, possibilitando uma ampla sujeição do recluso.¹⁰⁸

O cariz “revolucionário” da invocação de garantias constitucionais – a que já aludimos e cuja importância destacamos – era assim temperado, de forma predominante, pelo amplo recurso à idéia de que a prisão fundamentava uma relação especial de poder, cujo conteúdo apontava o seu próprio fim.¹⁰⁹

Mais elucidativo para a clarificação do problema que nos ocupa seria talvez procurar nas decisões dos tribunais o fundamento da relação especial de poder, ou seja, saber em nome de que se subscrevem os seus fins ou os limites verificados. Simplesmente, não se logra alcançar tal objetivo já que o problema ou é ignorado ou é escamoteado.¹¹⁰

107. Cfr. TIEDEMANN (n. 34), p. 104.

108. Assim, GRUNAU, *Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs*, in ZStW 70 (1958), p. 511, que salienta: “... die Grundrechte entsprechend der im GG vorausgesetzten Rechtsordnung überhaupt oder teilweise nicht mehr gewährleistet sind”.

109. Cfr. nota 100. A extensão da sujeição era, pois, fundamentalmente determinada pela questão em causa, as afirmações de caráter mais genérico remetendo para os fins das penas ou para as exigências de ordem e segurança no estabelecimento.

110. O fundamento legal das relações especiais de poder continuava a pretender encontrar-se na Constituição ou na sentença judicial. Cfr. TIEDEMANN (n. 34), p. 98.

Aliás, a própria cunhagem jurídica da relação especial de poder não é isenta de dificuldades, o que não deixou de se refletir na nossa problemática. Na verdade, não têm outro sentido, por exemplo, o recurso aos “institutos”¹¹¹ ou à própria relação especial de poder como fonte de direito.¹¹²

Dizer-se que o ponto final (provisório) de uma aturada evolução na dogmática representa o esforço para uma compreensão jurídica do fenômeno não invalida, entretanto, que se reconheçam as especialidades que a relação especial de poder comporta.

Assim, ao analisarmos o lado estrutural ou formal desta relação jurídica não nos é estranha uma particular configuração de direitos-deveres.¹¹³ Se, à primeira vista, parece existir nada mais do que um paralelo na evolução da relação especial de poder face à relação geral – não se duvida que a evolução da relação geral de poder em direção à subjetividade, legalidade e defesa jurídica se repete na relação especial de poder –, não constitui surpresa que a afirmação de direitos dos reclusos seja mais controversa e menos clara do que em relação à generalidade dos indivíduos. A “relação de vida” de onde nasce a especial relação de poder reveste-se ela própria de um cunho específico. A estreita conexão aí verificada entre o homem (-partícula) e o Estado – numa agudização do eterno processo “man versus the state”¹¹⁴ – torna difícil pelo menos não

111. Trata-se-ia de sistemas de ordenação específicos cuja função só poderia cumprir-se “se as estruturas organizadas (serviços) que os suportam operassem numa base de confiança, de eficiência e de disciplina incompatíveis com os obstáculos resultantes da consideração individual de cada pessoa enquanto titular de direitos fundamentais. A salvaguarda de interesses e bens comunitários ligados à função (por vezes expressivamente considerada como *missão*) exercida justificaria a compreensão dos direitos dos que, por sua livre vontade ou por decisão da lei, nela participam ou a ela estão sujeitos”. Cfr. V. ANDRADE (n. 56), p. 233.

112. A discussão dos dois grandes temas – legalidade e direitos fundamentais – girava sempre em torno da consideração da própria relação especial de poder como fonte de direito, o que muito contribuiu para obscurecer o problema. Ora, como mais detalhadamente veremos adiante, a crítica à relação especial de poder juridicamente vazia teve repercussões sobre a problemática do princípio de legalidade.

113. SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 52, nota 84, cunha esta particularidade na expressão: “Die ‘*Staatsrichtung*’ als Kennzeichen des *rechtsverhältnis*”.

114. Título de uma coleção de escritos de HERBERT SPENCER, *The man versus the state*, Londres, 1884 (cit., JESCH (n. 63), p. 131).

contestar a existência de direitos públicos subjetivos. Os interesses opostos – conhecidos através da situação paralela que configura a relação geral de poder – suportam aqui uma carga muito mais forte. O lado estadual, existindo historicamente nas relações especiais como “espaço vazio de direito”, pretende um máximo de liberdade e um mínimo de ligações jurídicas; ao recluso, por seu turno, interessa o lado estadual tão vinculado ao direito quanto possível e, para si, quer *direitos* e não uma posição só reflexamente protegida.

A radicalização do conflito está à vista, residindo a maior dificuldade na afirmação de direitos do indivíduo-recluso face ao detentor do poder especial.¹¹⁵

Com situação análoga deparamos se olharmos agora o lado funcional ou material da relação.

Existe, na verdade, um dualismo¹¹⁶ inerente à compreensão do conceito de relação especial de poder. ULE propõe as categorias mais conhecidas: distingue entre *relação fundamental* – em que se considerava o funcionário ou o sujeito das relações enquanto pessoa jurídica – e *relação de serviço* – em que os sujeitos eram titulares de cargos ou de órgãos submetidos a um poder de direção –, salientando aqui as principais dificuldades de atribuição de um sentido jurídico. Seria este o campo das múltiplas ordens concretas, especialmente típico das relações especiais de poder, que fugiria a um controle através de normas jurídicas.¹¹⁷

Neste núcleo residiria o problema da “singularidade”¹¹⁸ cuja essência estaria menos nela própria do que na *relação típica* de superioridade e inferioridade – esse “poder especial” – de que sempre se revestem as decisões e medidas tomadas no âmbito da relação especial de poder.

115. O que tudo vem tornar pelo menos crítica a asserção jurídica da relação especial de poder. Sobre isto, cfr., SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 51.

116. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 234.

117. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, II (1962-1966), § 99, IV, b, 3, p. 323, fala em “Unaufzählbarkeit der (potentiellen) Rechte und Pflichten”.

118. “Singularität probleme” lhe chama SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 53.

Note-se que precisamente pela consideração deste dualismo se iniciou a tentativa de vinculação à lei das relações especiais de poder, procurando estender àquele segundo tipo de situações o alcance do princípio da legalidade.¹¹⁹

O que importa considerar é que, se a compreensão jurídica da especial relação de poder comporta aspectos específicos, nem por isso ela deve ser posta em causa. Como desde há muito tempo se vem afirmando, o recluso detém uma posição jurídica subjetiva ativa frente ao Estado e esta asserção pertence, de forma essencial, ao patrimônio indestrutível da idéia de Estado de direito. Que o recurso ao conceito de relação especial de poder como conceito central na execução tenha impedido, por tanto tempo, uma adequada proteção dessa posição – ou até implicado um retrocesso – é algo que se deve à própria compreensão do conceito no domínio da teoria e doutrina constitucionais.

Assim, a discussão do problema da legalidade, exigência que com acuidade se fazia sentir, girava sempre em torno da consideração da especial relação de poder como fonte de direito, nesta base considerada como *lex* cujo fim seria o de definir direitos e deveres para o recluso – mais deveres do que direitos, acrescente-se.

Na realidade, pois, só com a problematização do conceito de relações especiais de poder a nível constitucional se abre a via de uma análise da posição jurídica do recluso em termos que satisfaçam plenamente as exigências de um princípio de Estado de direito.¹²⁰ Ponto em que aquele conceito não pode legitimar qualquer restrição de direitos fundamentais. Enquanto não forem conformados por uma lei¹²¹ – como oportunamente veremos – valem aqueles direitos para os reclusos como para a generalidade dos cidadãos.

119. Cfr., VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 233 e 234.

120. Neste sentido, uma larga representação da doutrina alemã, nomeadamente, T., WÜRTENBERGER (n. 34), p. 197 s. e 220 s.; *id.*, n. 65, p. 25 s.; SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 61 s.; MÜLLER-DIETZ (n. 44), p. 74 s.; também J. BAUMANN (n. 62), especialmente p. 62 s., que coloca o problema do significado jurídico do D. V. O.; K. TIEDEMANN, *Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzuges*, in NJW, 1967, Heft 3, p. 87 s.

121. Reconhece-se aqui a importância das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, respectivamente proferidas em 14.03.1972 e 29.10.1975, ambas acentuando

Como só a lei esgota o pressuposto para a intervenção nos direitos dos reclusos é o que nos propomos ver em seguida.

1.2. O princípio da legalidade nas relações especiais de poder

A crítica à idéia de uma relação especial de poder juridicamente vazia teve repercussões na problemática do princípio da legalidade da administração.¹²² E, se a sua validade naquele âmbito se deve à modificação da estrutura constitucional, a esta se alia a transformação de conteúdo e alcance do próprio princípio.

Concebido como uma conquista fundamental do *Rechtsstaat*, em circunstâncias político-históricas determinadas, com o princípio de legalidade exigia-se apenas que a Administração, no desenrolar da sua atividade, não contrariasse a lei, “qualquer coisa que no pensamento originário do século XIX escapava à tirania dos interesses concretos”.¹²³

Era a manifestação mínima do *primado da lei*.¹²⁴ A Administração encontrava-se apenas limitada pelo texto legal – nesse sentido,

que “auch die Grundrechte von Strafgefangenen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden können”. Cfr., SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 67 e 68; igualmente, A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in Ind P, 1973, n. 1, p. 24: “... ogni ulteriore restrizione... deve essere prevista dalla legge”.

122. Isto é comprovado pela procura de um *fundamento jurídico* para as disposições ditadas no âmbito das relações especiais de poder, num esforço que, por si só, mostrava como o edifício abanava. Sobre os diversos fundamentos trazidos à colação, cfr. JESCH (n. 63), p. 267 s.

123. Sobre a evolução do princípio da legalidade, vide, ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 1955, p. 43 s.

A reação contra o Estado-polícia, que desde os finais do século XVIII vai progredindo, há-de significar, necessariamente, uma subordinação do Estado à lei (= direito).

124. Exigia-se apenas que a Administração, no desenrolar da sua atividade – que era, aliás, de reduzida dimensão, verificando-se as suas injunções legislativas em domínios muito restritos – não contrariasse a lei, protetora dos direitos subjetivos: nos setores não regulamentados e dentro dos limites da lei, continuava ela a mover-se livremente.

A esta formulação do princípio corresponde a concepção clássica, histórica ou restritiva do princípio da legalidade – *de compatibilidade*, como refere

toda a Administração sendo legal – e (pelo limite externo constituído) pelos direitos individuais.

Na intenção de se conferir mais eficaz proteção ao indivíduo pretendeu garantir-se a reserva da definição de preceitos gerais e abstratos que tocassem certos valores tidos como fundamentais na comunidade para um órgão “legislativo”.¹²⁵ Estamos assim caídos no conceito de *reserva de lei*.¹²⁶

Simplesmente, não estava ainda clarificado com que sentido rege um princípio geral da legalidade. No espaço de atividade que lhe era assim delimitado, a Administração gozava de uma ampla margem de liberdade, de uma esfera de irrelevância jurídica – onde não se tratasse de matéria reservada não haveria criação de direito – que era ainda a continuação do estado de coisas do regime de polícia.¹²⁷

EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, trad. in RDAdm., vol. 56 (1959), p. 47 s. Sobre isto, vide, ainda, A. QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, p. 129 s.

Sobre a atividade administrativa, por conseguinte, juridicamente irrelevante, cfr. E. FORSTHOFF (n. 91), p. 70 s.; M. CAETANO, *Tendências do Direito Administrativo Europeu*, in BFDL, p. 91 e 92; ROGÉRIO SOARES (n. 123), p. 54 s. e A. QUEIRÓ, cit., p. 233 s.

125. Este órgão “legislativo” conheceu formas políticas posteriores com sentidos vários. De qualquer forma, significa sempre a reserva para um órgão com uma legitimação política especial de fixação das condições em que é possível tocar em situações consideradas de maior melindre ou tidas como mais importantes. Isto qualquer que seja esse órgão legislativo ou qualquer que seja a natureza desses valores. Assim R. SOARES, *Direito Administrativo, polic.*, Curso de Direito do Porto, p. 54.

126. Trata-se aqui de uma construção (não necessária), que tem a sua razão em circunstâncias político-históricas determinadas: toda a questão surge porque a Administração pode continuar a utilizar um poder normativo próprio que ameace fazer concorrência às faculdades legislativas do órgão legislativo fundamental (sem ofender o primado da lei). Assim, ROGÉRIO SOARES (n. 125), p. 27. De um modo particular, no sistema das monarquias dualistas, tornava-se indispensável instituir – além de limites negativos – limites positivos à Administração. A sua atuação através de normas gerais, no âmbito assim definido, estava afastada.

Sobre a definição do princípio da reserva de lei na monarquia constitucional alemã, cfr. R. SOARES (n. 123), p. 64 e 95; FORSTHOFF (n. 91), p. 86.

127. Cfr. R. SOARES (n. 123), p. 63 s.; A. QUEIRÓ (n. 124), p. 421, que fala da conservação da clássica *plenitudo potestatis* do Executivo: CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto, questão-de-direito*, (n. 86), p. 375.

Reflexo ainda portanto de uma estrutura dualista semelhante à do Estado Polícia¹²⁸ e fruto de uma concepção demasiado rígida da separação dos poderes, era esta a construção tradicional que passou a suscitar apreensões freqüentes, designadamente no que se refere às chamadas relações especiais de poder.¹²⁹

Ligadas àquela estrutura constitucional, consideradas como fazendo parte do âmbito interno do Estado, mantiveram-se no espaço de vazio jurídico absolutista, subtraídas ao princípio da reserva de lei tradicional. Na estrutura constitucional posterior – cuja mudança mais significativa, no que respeita à configuração do princípio da legalidade, se estriba na transformação de posição e relações recíprocas entre o Executivo e o Parlamento¹³⁰ – não se compreende já a existência de espaços juridicamente vazios. Separação de poderes não significa agora “absolutismo” de qualquer deles: o executivo, na análise das inter-relações que advêm de um entendimento correto do princípio não pode salvar a posição de que gozava, perdendo o seu pendor soberano e convertendo-se em poder executivo autêntico.

Isto significa que não pode colher no ordenamento jurídico-fundamental nenhum resíduo absolutista que lhe confira uma presunção de competência, que agora deve ser fundamentada na lei e na Constituição.

As modificações que acabamos de apontar reclamam para a relação especial de poder uma equiparação relativamente à relação

128. A estrutura fundamental do Estado revela-se na imagem do contraste entre Estado e Sociedade. O Estado, originariamente absoluto, é representado perante a sociedade pelo Executivo; a Sociedade, por seu turno, é representada pelo Parlamento. A ambas as partes corresponderiam esferas subtraídas à ação da parte contrária: por um lado, o espaço interior do Estado – relação especial de poder – e, por outro, o espaço interior da sociedade – liberdade-propriedade e esfera jurídica dos cidadãos.

Sobre isto. R. SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1969.

129. Significativamente, ANDRAE (cit., SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 50, nota 79) escreveu, relativamente à execução que, como se sabe, recorria àquele conceito: “Wir haben im Strafvollzug noch ein Stück absolutistischen Staates vor uns, das kann gar nicht bestritten werden”.

130. De resto, intimamente ligado ao nivelamento do anterior contraste Estado-Sociedade: já não há Sociedade sem Estado nem o Estado pode ser concebido sem Sociedade.

geral, também aí se sentindo que não se compreende uma total e ilimitada liberdade da Administração. A competência de atuação do Executivo só pode existir, inclusivamente naquele âmbito, em virtude de uma específica atribuição legal ou constitucional.¹³¹

Recusar esta necessidade de instaurar um regime de legalidade da Administração¹³² seria não estar em consonância, relativamente a esta problemática, com o princípio de Estado de direito e a sua exigência característica e essencial de *previsibilidade*.¹³³

Ponto é o de saber até onde se deve estender, neste domínio, a realização do princípio da legalidade, questão em que se manifesta alguma diversidade de pontos de vista.

1.3. O poder discricionário

De fato, se por um lado deparamos com a opinião dos que defendem a necessidade de uma específica fundamentação legislativa para todos os atos de Administração, por outro lado, aderindo ainda a uma sua idéia como poder independente, vamos encontrar soluções

131. Assim parecendo que deixa de fazer sentido sequer falar em relações especiais de poder. Deste modo, expressamente, HESSE (n. 64) e também KLEIN, in MANGOLDT-KLEIN, *Kommentar*, Bd I, fala em “*öffentlich-rechtliches Statusverhältnis*”.

Para JESCH – que também critica o conceito – a figura de relação especial de poder transformar-se numa figura jurídico-administrativa. Se a isenção do Executivo das limitações do moderno Estado de direito – sobretudo, a não validade do princípio da legalidade – andava ligada à relação especial de poder como categoria jurídico-constitucional, perdeu esta o seu valor, mantendo-se, no entanto, como uma noção funcional do Direito Administrativo. Sobre isto, *vide* JESCH (n. 63), p. 271 s.

132. Entre nós, entende-se tradicionalmente que toda a atividade (jurídica) administrativa tem de ser a atuação de uma vontade (anterior) da lei que não seria, assim, apenas limite, mas *pressuposto* de toda aquela atividade. Cfr. A. QUEIRÓ, *A Ciência do Direito Administrativo e o seu objeto*, Aditamentos às Lições de Direito Administrativo, 1963, p. 26 s. Também, ELIAS DIAZ, *Estado de Direito e Sociedade Democrática*, 1969, p. 40 s.

133. Sobre a validade do princípio do Estado de direito na execução, cfr. WÜRTENBERGER (n. 34), p.197; MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 58 s.; sobre o problema em geral, HESSE (n. 64), p. 79 s.

opostas tendentes a conservar a reserva de lei nos moldes tradicionais.

Neste último sentido, aliás, jogaria a circunstância de os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição possuírem eficácia direta.¹³⁴ O que significaria que, juntamente com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade,¹³⁵ constituiriam proteção suficiente face à Administração.

Consideramos aqui inadequada qualquer destas vias.

Quanto às teses da reserva total, a serem prosseguidas, equivaleriam a uma perda inevitável de eficiência da Administração, coarctada na sua capacidade de se adaptar às exigências de uma realidade em permanente mutação. Este é justamente o nosso caso, em que a legalidade se torna impotente face à realidade objetiva integrada por uma multiplicidade e disparidade de situações de fato a tipificar.

No entanto, fazer repousar em princípios constitucionais e direitos fundamentais a defesa dos reclusos não é, também, como já tivemos ocasião de ver, a via adequada para a levar por efeito de forma satisfatória; a *lei*, justamente, visa garantir o modo de realização daqueles princípios e direitos neste setor.

Não cabe na nossa intenção formular soluções acabadas e definitivas em tema tão controverso.¹³⁶ Julgamos ser de maior interesse enquadrar o problema nas suas linhas gerais e afiançar de uma primeira atitude da legalidade ante a relação especial de poder.

Abandonada que está a concepção de que se trata de uma “terra de ninguém jurídica”, começou por se aceitar – como vimos – que

134. Entre nós, sobre o problema, G. CANOTILHO (n. 99), p. 218 s., VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 243 s. Cfr., ainda, o que se disse na *Introdução*.

135. Da importância da sua validade na execução, nomeadamente no que a este último diz respeito, pode ver-se sobretudo quanto à aplicação de medidas de segurança (art. 108.º, n. 3), coercivas (art. 122.º, n. 1) e disciplinares (art. 130.º, n. 1) no Decreto-Lei de Execução.

Sobre o problema, em geral, cfr., WOLF (n. 117), p. 176 e 179.

136. C. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª ed., Fund. C. Gulb., p. 178, refere-se ao conceito de discricionariedade como um dos mais “plurissignificativos e mais difíceis da teoria do direito”.

seria admissível a intervenção nos direitos dos reclusos desde que fosse diretamente exigida pela indispensável realização dos fins a que tende aquela chamada relação especial de poder. Novamente há que reconhecer o relativo auxílio que apenas fornece tal formulação. Atualmente, a aproximação do estatuto de recluso ao do cidadão normal – a que se liga o abandono definitivo e unânime daquele conceito – implica que, mesmo onde os ataques sejam reclamados pela prossecução dos fins da relação, a sua medida seja dada por uma lei.

Relembrar estas conclusões parece-nos particularmente importante se atentarmos na amplitude de poderes discricionários que cabem à Administração penitenciária. Na verdade, se todo o clima de restrição da discricionariedade encontra apoio na idéia de que por esse modo se está a realizar mais completamente o quadro de um Estado de direito, o que se passa é que se encara hoje aquele poder de maneira diversa daquela que era dominante no século XIX. Nas suas sucessivas transformações prende-se, justamente, com a evolução do próprio Estado de direito e do princípio da legalidade. Caberia aqui uma referência às “quatro fases por que sucessivamente passou a concepção do ‘poder discricionário’ até adquirir o sentido com que hoje o vemos. Definindo de início um poder político, depois uma esfera de autonomia jurídica, entendido em terceiro lugar como a essência da função pública administrativa, vemo-lo agora discutido como uma modalidade de aplicação ou execução da lei”.¹³⁷

O que se recusa, em suma, é uma concepção de discricionariedade como um domínio da não legalidade, “como um mundo em que a Administração só presta homenagem aos imperativos da conveniência e oportunidade”. Ao contrário, ela só tem sentido se for pensada como uma posição deliberadamente assumida pelo legislador, como delegação ao agente para encontrar a solução para o caso concreto.¹³⁸

137. C. NEVES, (n. 86), p. 375.

138. Sobre o assunto, cfr., A. QUEIRO (n. 124), p. 458; R. SOARES (n. 125), expressando a idéia da incapacidade do legislador, quer de prever até ao fim uma situação de fato no seu recorte hipotético, quer de, em face de um quadro determinável, manusear fatos concretos.

O que desde logo significa que “a liberdade de que aqui se trata, a desvinculação discricionária, não exprime uma desvinculação perante o direito ou o jurídico em geral”.¹³⁹

É assim que, embora o Decreto-lei sobre a execução satisfaça a necessidade do pressuposto legal para todas as medidas tomadas naquele âmbito, tal não impede a consideração, em termos adequados ao sentido que vimos descrevendo, de uma margem de discricionariedade conferida à Administração penitenciária.

Independentemente da concessão expressa de poderes discricionários¹⁴⁰ – questão cuja legitimidade não cabe aqui tratar¹⁴¹ –, sendo de execução vinculada a atividade exercida pelos seus órgãos competentes, deve esta comportar uma capacidade de conformação que melhor permita uma adequação de necessidades especiais e concretas à finalidade específica que compete satisfazer. Sendo mais visível em certos casos,¹⁴² esta margem de discricionariedade é, contudo, inevitável,¹⁴³ especialmente quando se adota uma técnica “preventiva” de regulação e restrição das liberdades¹⁴⁴ em que se impõe a intervenção da autoridade administrativa¹⁴⁵ como condição do exercício do direito.

139. C. NEVES (n. 86), p. 360 e 361.

140. Vejam-se, por exemplo, os arts. 30.º, n. 4 e 93.º do Decreto-Lei de Execução.

141. Sobre o assunto, por exemplo, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 339 s.

142. Cfr., por exemplo, o art. 119.º do Decreto-Lei de Execução.

143. Anote-se, aqui, a importância do fato da finalidade de execução estar resolvida no texto legal.

144. Assim se explica, por exemplo, que as *saídas* não sejam um direito do recluso. Cfr. art. 50.º, n. 1, do Decreto-Lei de Execução.

Sobre as técnicas de regulação e restrição das liberdades, *vide* VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 341 s.

145. A forma de *licença* que essa intervenção assume em matéria de saídas admite um certo grau de discricionariedade. No entanto, para que a Administração não fique com poderes demasiado latos observa-se que, para além da indicação dos pressupostos (nomeadamente, arts. 50.º, n. 1, 59.º, ns. 1 e 2, 61.º, ns. 1 e 2) o legislador tipifica os casos de impossibilidade de concessão das licenças – art. 52.º. (Anote-se que, na referência aos artigos se segue a numeração do Decreto-Lei 49/80, de 22 de março).

Sobre as formas que estas intervenções podem ainda assumir, *vide*, de uma forma geral, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 341 s.

Importará, no entanto, não esquecer que a atual compreensão do princípio da legalidade,¹⁴⁶ se deixa entender esta discricionariedade de uma forma muito mais ampla do que antigamente,¹⁴⁷ abarca, por forma indispensável, a subordinação da Administração a *princípios jurídicos fundamentais*.¹⁴⁸ Estes, impondo-se à Administração, garantem que a maior liberdade de que tem de dispor não se transforme em atropelo ao Direito. Mais do que a dependência umbilical da Administração à lei o que está agora em causa é uma vinculação mais extensa e profunda especialmente pedida em domínios até há pouco considerados como coutada natural de uma Administração livre e onde as determinações legais positivas se mostram incompletas ou insuficientes.

Tal será o caso no domínio que nos ocupa, onde o princípio da dignidade da pessoa humana determina limites que classicamente seriam impensáveis. Nem pode pensar-se que corresponde ao pensamento do legislador, ao conceder a discricionariedade, deixar que as soluções encontradas ofendam qualquer dos referidos princípios jurídicos fundamentais ou, de modo direto, se proponham um fim diferente do fim legal.

146. Segue-se, aqui, R. SOARES (n. 125), p. 46 s. e 72 s. O princípio da legalidade perdeu um pouco o significado que, no capítulo dos direitos fundamentais, lhe confere a função de garante contra possíveis intervenções e limitações: já não é apenas limitativo formal.

147. Fala-se, a este propósito, de uma "*lacuna intralegal*". Cfr. ROGÉRIO SOARES (n. 125), p. 218.

O alargamento e as novas circunstâncias da atividade da Administração – de que teremos ocasião de falar adiante – exigem, do mesmo passo, o repensar do princípio da legalidade e o reconhecer à Administração uma maior capacidade de conformação do seu material.

148. Cfr. art. 267.º, n. 2, da Constituição.

O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL

Reconhecido ao recluso na execução um estatuto jurídico – e estabelecido o pressuposto legal que, de acordo com as exigências de um Estado de direito lhe garante a proteção devida – cumprirá agora analisar o seu conteúdo.

Neste ponto, os critérios fornecidos pelos direitos fundamentais – de cuja vigência na execução adiante trataremos em número autónomo – e pelo princípio do Estado social assumem um papel decisivo.

É sobre este último aspecto que nos propomos, de imediato, debruçar-nos.

1. O princípio do Estado social como princípio definidor dos fins do Estado e como imposição constitucional ao legislador

É a nossa atual Constituição¹⁴⁹ dominada por uma viva indicação social, evidenciada na consagração pormenorizada de um conjunto de direitos, agrupados sob a designação de *direitos económicos*,

149. Afirma-se no preâmbulo da nossa Constituição o primado do “Estado de direito democrático”. Precisando o sentido da expressão, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976, formação, estrutura, princípios fundamentais*, 1978, p. 499 s.

Cfr., ainda, Parecer n. 18/78 da Comissão Constitucional, de que foi relator EDUARDO CORREIA, publicado em *Pareceres da Comissão Constitucional*, 6.º vol. (1979), p. 17, que, a este propósito, refere o art. 17.º da Constituição como procurando articular aquela idéia.

sociais e culturais.¹⁵⁰ Com o que, não deixe de ser assinalado, se integra na corrente comum à generalidade das constituições europeias do Ocidente,¹⁵¹ ricas em disposições polarizadas para um fim de natureza social.

Trata-se, na verdade, de um pensamento fundamental, obedecendo à exigência de consagração, na prática, da idéia de igualdade e do ingrediente de democraticidade que caracteriza o atual modelo de Estado. São *novos setores* da atividade da Administração e *novas formas* de a realizar ao lado de *novas experiências organizatórias* – não poucas vezes criando hierarquias diferentes, conflitantes com as estabelecidas – mas é, sobretudo, uma *nova ética da Administração* que, ao contrário da atividade executiva no sentido clássico, “é um instrumento de transformação da sociedade para a realização de uma idéia de justiça social”.¹⁵²

Ao individualismo liberal sucede o *social*, procurando superar um conceito de liberdade “tomado como um fim e como forma abstrata, sem conteúdo vivificador, que são as condições da existência e de desenvolvimento da sociedade”. A liberdade – escreveu MARNOCO E SOUSA¹⁵³ – deve conceber-se “positivamente, como o direito de desenvolver a própria atividade em harmonia com as condições de existência e desenvolvimento do organismo social”.

A tônica passa, pois, a incidir na idéia de igualdade – igualdade concreta que não se realiza na mera titularidade de direitos. O que se pretende é a correção do individualismo clássico liberal por meio de uma afirmação dos referidos direitos sociais e de uma realização dos objetivos de justiça social. Esta evolução fica assinalada, diz-se, de um modo geral, pela passagem de um Estado (liberal) de Direito para o Estado (social) de Direito, concebido este último como fórmula que, por meio de uma revisão e de um reajuste do

150. Vide, Título III da nossa Constituição.

151. Cfr. Constituição da República Federal Alemã (arts. 20.º e 28.º).

152. Cfr., por exemplo, ROGÉRIO SOARES (n. 125), p. 29 e 44.

153. Do autor, *Direito Político*, Coimbra, 1900, p. 85 e 88. Aqui se pode ainda ler: “A liberdade abstrata, como muito bem diz GIANTURCO, é uma palavra vã, a que se tem sacrificado os mais sagrados interesses”.

sistema, pretende evitar os defeitos do Estado liberal e, principalmente, do individualismo que lhe servia de base, postulando um traçado de caráter social que, por seu turno, fica bem diferenciado de qualquer outro sistema próprio dos totalitarismos.¹⁵⁴

Este princípio a conferir um sentido à atividade estadual – definitivamente vista como um instrumento de realização da idéia de justiça social¹⁵⁵ – vale, em primeira linha, em relação àqueles grupos sociais que se vêm diminuídos no seu desenvolvimento pessoal ou social, independentemente da causa que origine a situação de especial estado de necessidade em que se encontram.¹⁵⁶

Àquele grupo pertencem, como facilmente se compreende, os reclusos – e os ex-reclusos – particularmente carecidos do *auxílio* que o Estado lhes *deve* prestar.¹⁵⁷

154. Neste sentido, ELIAS DIAZ (n. 132), p. 101 s. *Vide*, também, CABRAL MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, p. 209 e 212; CASTA-NHEIRA NEVES, *o Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 129, nota 271; JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, p. 94; MIR PUIG, *La Nueva Constitución Española y el Derecho Penal – Fundamento Constitucional de la Pena y Teoría del Delito*, in Doc P n. 7, p. 529.

155. Neste sentido, expressivamente, T. WÜRTENBERGER, *Strafvollzug, Wahlfach Examinatorium*, WEX, 3, p. 51: “Der Sozialstaat von heute nimmt Schicksaal, Leben und Rang der einzelnen Persönlichkeit ernst und ist um ihre Integration in das soziale Ganze besorgt”.

156. *Vide*, sobre este ponto, MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 16.

157. Saliente-se, entre nós, a posição já defendida, neste sentido, por EDUARDO CORREIA (n. 21), sobretudo p. 138 e 139, a propósito do dever de assistência social (prisional e post-prisional) que compete aos poderes públicos. Igualmente, na exposição de motivos que antecede o Projeto de Código Penal (1963, p. 62) refere a “dimensão do social... de um direito destinado a assegurar, de forma positiva, a plena realização da personalidade do homem na sociedade, possibilitando-lhe os meios da sua formação, da sua educação e do seu melhoramento”. Pelo que nos diz respeito, trata-se de já aqui fazer ressaltar o aspecto do dever de auxílio que cabe à administração penitenciária em relação aos reclusos que cumprem uma pena privativa de liberdade e a quem compete, no âmbito do princípio que se vem acentuando, preparar para, no futuro, conduzirem a sua vida, de modo socialmente responsável, sem que pratiquem crimes. É esta idéia que encontramos expressamente consagrada no n. 1, do art. 2.º, do Decreto-Lei de Execução numa

Qual o alcance desta obrigação que impede sobre o Estado – ou, se quisermos (num certo sentido), desta cláusula de socialidade – é, entretanto, um problema que nos coloca no limiar de uma das questões centrais da nossa ordem constitucional. Reflexo inevitável da nova posição social do Homem, o reconhecimento da dimensão social dos direitos fundamentais hoje dominante, importa, para já, precisar o caráter de *normas impositivas de legislação* dos direitos sociais.¹⁵⁸

Assim, ao contrário do princípio do Estado de direito – ancorado na estrutura dos direitos fundamentais “clássicos”, negativos e limitativos de uma esfera jurídica de autonomia individual, diretamente aplicáveis e judicialmente exigíveis – o princípio do Estado social, procurando realizar uma idéia de igualdade por intermédio de prestações positivas, necessita da intervenção do legislador para que se defina o seu conteúdo concreto. As normas constitucionais referentes aos direitos sociais são preceitos definidores dos fins do Estado, contêm diretivas para o legislador, não sendo, nesse sentido, imediatamente aplicáveis, muito menos constituindo preceitos executáveis por si mesmos.¹⁵⁹

inequívoca afirmação de que o legislador ordinário cumpriu a indicação contida no princípio do Estado social.

De forma particular, chamando a atenção para esta problemática, é de salientar a doutrina alemã. Assim, nomeadamente, MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung* (n. 44), p. 94 s. (especialmente, p. 96); CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, (n. 65), p. 29 s.; MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, p. 133; KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 68; C. HOFFMEYER, *Grundrechte im Strafvollzug*, 1979, p. 73 s.; MAELICKE, *Entlassung und Resozialisierung*, p. 13; ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (trad. F. MUÑOZ CONDE, 1972), p. 33 s.; *id.* (n. 28), *Sentido y Límites*, p. 31 s.; TIEDEMANN, *Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 86 (1974), p. 348; HAFKE, *Über den Widerspruch zwischen Therapie und Herrschaft in ZStW*, 88 (1976), p. 609. Fazendo apelo a uma idéia de solidariedade humana, STRATENWERTH, (n. 157), p. 489 s.

158. A doutrina alemã fala de *Verfassungsufräge* (imposições legiferantes). Cfr. HESSE (n. 64), p. 118 s.; H. MANGOLDT-F. KLEIN, (n. 131), art. 20.º Anm VII 1 b.; WÜRTENBERGER, *Strafvollzug im sozialen Rechtsstaat*, in *Die Strafvollzugsreform*, A. KAUFMANN (Hrsg), 1971, p. 11 a 19; *id.* (n. 34), p. 222 s.

159. Não significa isto que se trate de normas meramente programáticas, no sentido de simplesmente declaratórias, visto que têm força jurídica e vinculam efetivamente o legislador. No nosso sistema, quando não estiverem a ser cumpridas

Da sua consagração constitucional não resulta, portanto, qualquer sistema coerente de prestações cujos destinatários tenham um verdadeiro poder de exigir. Pode dizer-se que, acima de tudo, se pretende enunciar um princípio que o legislador ordinário deve respeitar, mas cuja concretização lhe compete.

Nesta medida, não se trata ali de verdadeiros *direitos* subjetivos, antes uma certa corrente os identifica com meras *pretensões jurídicas*,¹⁶⁰ que, só uma vez emitida legislação – refletindo já uma opção num quadro de prioridades a que a escassez de recursos obriga¹⁶¹ –, se atualizarão como direitos subjetivos que valem, então, enquanto direitos concedidos por lei, não como direitos fundamentais.

Dando cumprimento a esta imposição constitucional¹⁶² foi aquela diretiva amplamente prosseguida na regulação da execução pelo legislador ordinário que, assim vocacionado para promover a participação de todos nos bens sociais, não se furtou à definição do conteúdo dos direitos sociais.¹⁶³

as medidas legislativas obrigatórias para tornar exeqüíveis certas normas constitucionais pode estar-se em face de uma inconstitucionalidade por omissão (vide, art. 297.º e 281.º, da Constituição). Assim, cfr., parecer n. 18/78 da Comissão Constitucional (n. 149), p. 17, nota 22; J. GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 185.

160. Vide Parecer da Comissão Constitucional (n. 149), p. 79; VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 185.

161. É este um entendimento corrente. Nesse sentido, entre nós, cfr., nomeadamente, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 164 s. Vide, ainda, BRUNNER, *Die Problematik des Sozialen Grundrechte*, 1971, p. 14 s. (especialmente p. 17); VBerfGE, 33, p. 303 s., in JZ, 1972, p. 686 s.; H. H. RUPP, afirma mesmo, de forma drástica, que “onde não há nada não se pode ir buscar nada” in JZ, 1971, p. 402; MANGOLDT-KLEIN (n. 158); RAMM, *Der Wandel des Grundrechte und der freiheitliche Soziale Rechtsstaat*, in JZ, 27 (1972), p. 137 a 146, especialmente, 142 s.

162. Este entendimento do princípio do Estado social é da maior importância, exatamente no campo da execução das penas, ficando o legislador ordinário legitimado para aí prescrever a realização daquele princípio.

163. Veja-se, desde logo, a declaração positiva do n. 2 do art. 4.º, do Decreto-Lei de Execução em que se deixa expresso que o recluso tem direito a um trabalho remunerado, à segurança social, à educação e à cultura, bem como, na medida do possível, ao desenvolvimento integral da sua personalidade.

A concretização destes direitos enquanto posições jurídicas subjetivas do recluso obedece, mais adiante, a uma cuidada regulação. Compare, nomeadamente, arts. 63.º e segs., 71.º e segs., 79.º, 80.º e segs. e 83.º e segs.

1.1. Posição jurídica do recluso

A esfera jurídica do recluso principia a ganhar assim contornos claros.

A propósito da sua posição jurídica, titular de direitos em relação ao Estado, fala-se aqui, com base na distinção extraída do direito constitucional, no *estatuto negativo* e *positivo* do recluso.¹⁶⁴

Verdadeiro estatuto de defesa legal perante os poderes públicos, integrado pelos direitos “clássicos” – com os limites que adiante se verão –, ao estatuto negativo “contrapõe-se”¹⁶⁵ um estatuto de (re)integração social, integrado por um conjunto de direitos positivos cujo conteúdo ao legislador coube determinar. A principal dificuldade residirá em superar a antinomia assim aparentemente surgida;¹⁶⁶ (já que) só de uma compreensão unitária do problema poderá resultar um verdadeiro esclarecimento sobre a posição do recluso.

De fato, a relação que se estabelece entre o recluso e a administração será necessariamente diferente conformada que seja uma execução de tipo *meramente* “negativo” ou “positivo”. Se, naquele primeiro sentido, devem ser evitadas as consequências

164. Trata-se de uma distinção feita com base naquela outra utilizada a propósito da posição jurídica do cidadão, titular de direitos, em relação ao Estado. Vide GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 509 e 510.

165. Articulando esta idéia, cfr., T. WÜRTENBERGER (n. 34), p. 223.

166. Sabe-se como a estrutura dos direitos fundamentais clássicos comparada com aquelas normas que, por intermédio de prestações positivas, procuram realizar, fundamentalmente, como já vimos, uma idéia de igualdade, torna particularmente difícil a redução do problema a um quadro unitário. De certo modo, pode mesmo dizer-se que o recurso à distinção entre estatuto negativo e positivo está ultrapassada, por agravar aquela antinomia. Só que, não nos parece descabido lidar aqui com esta visão das coisas até porque deste modo se revelam as tensões que, de forma particular, se fazem sentir no domínio da execução das penas e que, como teremos ocasião de ver, tentamos superar através de um critério unitário fornecido pela relação de reciprocidade entre direitos e deveres do Estado e do recluso, que é resultado da nova função social dos direitos fundamentais.

Vide, sobre as tentativas de uma construção unitária dos direitos fundamentais, Parecer da Comissão Constitucional, (n. 149), p. 16 e 17 e nota 19; VIEIRA DE ANDRADE, (n. 56), p. 173 s.; HESSE, (n. 64), p. 116.

nocivas que advêm da privação de liberdade¹⁶⁷ o que, juridicamente, se traduz na proteção dos direitos dos reclusos – a não interferência na sua esfera privada – já aquele outro, pressupondo uma execução que lhe deve ser “útil”, corresponde o dever de assegurar a efetivação de prestações no sentido de contribuir para a realização dos objetivos pretendidos.

Assim, do ponto de vista do recluso, a sua posição jurídica é por um lado, meramente “negativa” – analisa-se em direitos de liberdade ou de defesa – sendo, por outro lado, “positiva”, integrada por direitos a prestações, válidos enquanto direitos subjetivos concedidos por lei.¹⁶⁸

O que se afirma – e nisso reside a tentativa da sua compreensão unitária – é que o conteúdo de ambos os estatutos assim delimitados não deve ser visto isoladamente antes em estreita e íntima conexão. Este conjunto intrínseco que assim define a posição jurídica do recluso deve pois ser perspectivado (unificado) tendo em consideração, de forma essencial, a ampla tarefa “social” cometida à execução.¹⁶⁹

Na verdade, já vimos como na atualidade o pensamento do social ganhou um significado preponderante na compreensão dos direitos fundamentais. Nem se trata já, tampouco, de distinguir os direitos fundamentais dos reclusos enquanto posições jurídicas subjetivas cujo conteúdo, como vimos, não é uniforme.

O que está em causa é, desde logo, a dificuldade em definir aquele estatuto de defesa, assegurando a esfera de autonomia

167. Aspecto que, para além de estar inegavelmente referido a uma nova concepção da execução de medidas institucionais no sentido de uma abertura progressiva para o mundo exterior – assim o mostra o n. 2, do art. 3.º, do Decreto-Lei de Execução –, comporta, inequivocamente, um significado jurídico.

168. Sobre a distinção entre direitos cívicos e direitos de liberdade, cfr., BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia (Reflexões)*, 1980, p. 28 e 29.

169. É a idéia, transportada para este domínio, de que, na atualidade, os direitos, mais do que até aqui, devem ser dominados pelo pensamento do social. De resto, o acentuar do lado *social protetivo* no direito penal, especialmente no direito penitenciário, tem, entre nós, larga tradição. Acentuando esta idéia, EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 62 e 63.

individual do recluso sem prejudicar a realização dos objetivos da execução. Por outras palavras – e é este ponto que importa aqui acentuar, já que reflete a posição concreta do recluso na execução – não se trata tanto (ou só) de garantir (ou melhorar) um sistema que delimite as fronteiras de intervenção na esfera de liberdade do recluso no sentido resultante da tradição originária no Estado de direito do século XIX, quanto de completar esta perspectiva pela que lhe advém da própria consagração de direitos sociais.

De fato, ao fixar para os reclusos a validade de certos direitos sociais, o legislador também está a desenhar os contornos ou a fixar as linhas de uma ordenação material da execução. E, se os direitos de defesa conformam uma perspectiva estática – não se protege a sua validade no decurso da execução da pena com outro sentido que não seja o de respeitar os limites inerentes à dignidade humana do recluso – já os direitos sociais devem ser vistos numa perspectiva dinâmica. Ou seja, a sua validade no decurso da execução, se não deixa também de constituir um fator humanizante, contribui, de forma essencial, para a realização dos objetivos da execução, projetando-se, assim, para depois do momento da libertação.

O que por este modo se vem pretendendo acentuar é afinal – e mais uma vez – que a salvaguarda da individualidade do recluso não faz esquecer que ele é, ao mesmo tempo, um homem que o Estado – ou mais precisamente, a administração penitenciária – se obrigou a ajudar para que pudesse de novo desempenhar o seu papel na sociedade. Ou seja, reafirmar a influência do “social”.

Por sua vez, na definição do estatuto positivo do recluso, a incidência do pensamento social mostra sobretudo a relação de reciprocidade dos direitos e deveres do Estado e do recluso.

De fato, aquele princípio não fundamenta apenas direitos a prestações por parte dos reclusos, nem origina tão-só deveres para a administração penitenciária. O problema que se levanta é o de saber até que ponto a contrapartida do dever geral de auxílio assumido pelo Estado será um *direito* de *exigir* a participação do recluso para conseguir os objetivos da execução.

A seu tempo veremos qual o sentido e alcance desta *participação* do recluso no seu processo de preparação para a vida em liberdade.

Entretanto, interessa para já reter a idéia de que não é por acaso que surge a necessidade da sua consideração como um elemento essencial a ter em atenção relativamente ao conteúdo positivo da posição do recluso. De fato, numa primeira abordagem, não nos é alheia a afirmação de que só a participação ativa do recluso no seu tratamento pode evitar que, ao serem prosseguidos os objetivos da execução, se dê a ruptura de um dique que deixa inundar de novas limitações a esfera privada dos reclusos.

Não é outra coisa que se pretende significar quando se afirma que a execução de tipo “positivo” pode criar uma nova limitação de direitos fundamentais. Ainda que se deseje afinal atuar apenas em benefício do recluso isso não impede que as medidas tomadas nesse contexto sejam sentidas como restritivas.¹⁷⁰

No entanto, se uma execução assim informada pelo pensamento do social pode justificar medidas limitativas dos direitos fundamentais – necessárias à realização dos pressupostos intrínsecos a uma futura condução do recluso em liberdade¹⁷¹ – isto não significa, de forma alguma, uma qualquer imposição generalizada de deveres.¹⁷²

170. Bem se compreende que, qualquer limitação de direitos, ainda que invocando razões de reinserção social – v.g., proibição de visitas (art. 31.º) – representa sempre, na perspectiva do recluso, um preço “demasiado alto” a pagar pela liberdade a obter findo o cumprimento da pena.

171. Cfr., decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE, 40, 284 e segs.) de 29.10.1975, defendendo que a finalidade de reinserção social não se esgotava na concessão de direitos, podendo também legitimar limitações de direitos fundamentais: “Ein so verstandene Strafvollzug kann nicht nur Ansprüche des Gefangenen begründen, sondern auch grundrechtbeschränkende (Maßnahmen) rechtfertigen, die erforderlich sind, um die inneren Voraussetzungen für eine spätere straffreie Lebensführung des Gefangenen zu fordern” (BVerfGE, 40, 285), cit., in MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 134.

172. Confrontamo-nos aqui, desde logo, com o dever de participar que o nosso legislador – e bem – não consagrou. Vide art. 3.º, n. 4 (e, também, art. 9.º). Esta participação significa antes, por parte do recluso, uma “aceitação” da sua responsabilidade social, neste sentido devendo ser estimulada e orientada. Trata-se assim, como adiante veremos, de uma *necessidade* de participação a que não se alia a aplicação de qualquer medida disciplinar.

Cabrá aqui fazer uma referência à legislação alemã que sufraga a mesma tese: vide, § 4.º, 1, da atual lei de execução das medidas privativas de liberdade.

Nem aquelas limitações são impedidas pelo entendimento de uma execução que pressupõe a participação voluntária do recluso no tratamento.¹⁷³ Antes o seu verdadeiro sentido resulta daquela dimensão atualmente assinalada aos direitos fundamentais que, vinculando a administração penitenciária à realização de uma tarefa social, compromete o recluso a uma certa forma de viver, responsabilizando-o num projeto comum. A posição concreta do recluso na execução, a que a matéria dos direitos fundamentais dá corpo, reflete duas idéias fundamentais, que não é demais acentuar: por um lado, a proteção jurídica face à administração, baseada na sua consideração como ser humano; por outro lado, a sua (re)inserção na sociedade, como ser de novo inteiramente (co)-responsável pelo destino comunitário.

Era esta a posição defendida pelos Autores do *Alternativ-Entwurf* (1973), § 4.º, 1 (cfr., *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, 1973, Anotação ao § 4.º, p. 59), em sentido contrário ao proposto no Projeto da *Strafvollzugskommission* (1971, § 4.º, 1) e no *Regierungsentwurfs* (§ 4.º).

Já a acentuação da idéia de responsabilização social do recluso que por este modo se vem imprimindo à execução, implicando uma estreita conexão de direitos e deveres, justifica que, no caso do direito ao trabalho, se lhe faça corresponder um verdadeiro dever (cfr. art. 64.º), cujo incumprimento acarreta a aplicação de medidas disciplinares (cfr. art. 132.º, c). De resto, a generalidade dos deveres surgidos no quadro de uma modelação de execução inspirada na realização do princípio do Estado social não ficam sujeitos à aplicação de medidas disciplinares (nomeadamente, participação em atividades destinadas a assegurar o direito à educação e à cultura ou ocupação de tempos livres – cfr., por exemplo, art. 79.º, 80.º e 83.º; também, art. 132.º e suas alíneas).

De acordo com as idéias expostas, cfr., nomeadamente, WÜRTENBERGER, *Freiheit und Zwang im Strafvollzug*, in NJW, 69, p. 1750 (expressamente salienta a “*Sozialen Inpflichtnahme des Gefangenen*”); igualmente, o princípio enunciado pela *Strafvollzugskommission*: “Je mehr der Vollzug im Sinne seiner sozialstaatlichen Gestaltung leistet, desto mehr verpflichtet er den Gefangenen, an der Erreichung des Vollzugsziels tätig mitzuwirken” (cit., CALLIESS MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 15).

173. Neste sentido, MÜLLER-DIETZ, *Die Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz und die Strafvollzugsreform*, in JZ 29 (1974), p. 351 s. e 489 s. (especialmente, 491); *id.* (n. 157), p. 134.

Com estas limitações, de novo se salienta, está tão-só a acentuar-se o lado “social” da execução.

Assim referenciadas aquelas limitações ao aspecto da própria responsabilização social do recluso e taxativamente enumeradas no diploma legal,¹⁷⁴ não se vê que possam ser apodadas de arbitrárias ou que não se resultem amplamente fundamentadas.

De fato, o princípio do Estado social que começamos por indicar como critério para a configuração da posição jurídica do recluso não fundamenta apenas a existência de direitos sociais na execução, mas também os limites dos direitos fundamentais. A realização dos objetivos da execução a limitar aqueles direitos é exigida e legitimada por aquele princípio.

E bem se compreende, de resto, a influência que na posição do recluso exerce o fato de aqueles objetivos serem uns e não outros. Corretamente, o que se pode dizer é que a posição jurídica do recluso é diretamente influenciada pela finalidade atribuída à execução, ela própria resultante do novo entendimento atribuído ao exercício da atividade da administração penitenciária.

A validade de certos direitos sociais para os reclusos encontra-se justificada à luz do princípio de Estado social; mas é a finalidade atribuída à execução – que esse mesmo princípio aponta, como de seguida veremos –, visando preparar o recluso para voltar a ocupar o seu lugar na sociedade de onde foi afastado, que faz impender sobre a administração penitenciária o dever de colocar à sua disposição os meios necessários ao desenvolvimento pleno da existência individual.

174. Cfr., arts. 31.º; 40.º, n. 2; 85.º, n. 2; 86.º, n. 1 e 87.º. Rejeitou-se, assim, a consagração de uma cláusula geral de reinserção social (cfr. art. 4.º, n. 1) que viria enfraquecer a posição jurídica do recluso.

De fato, as exigências do moderno Estado devem ser compreendidas como uma unidade – unidade dialética, segundo ROXIN – e não como pólos opostos de interesses irreconciliáveis. No sistema de execução das penas privativas de liberdade este contraste surge com particular acuidade. Ora, a finalidade de reinserção social não significa dispor a capricho do recluso, tornando-o objeto de medidas coactivas; a idéia contida no princípio do Estado social só se satisfaz se, do mesmo passo que são introduzidas novas concepções e métodos de tratamento com vista à obtenção daquela finalidade se fortalece a posição jurídica do recluso na execução. Vide ROXIN (n. 157), p. 33 s.; *id.* Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo (trad. LUZÓN PENA, n. 28), p. 65 s.; T. GRUNAU, *Kritische Überlegung zum Strafvollzugsgesetz*, in JR 1977, p. 51.

O quadro que vimos esboçando relativamente à posição jurídica do recluso ganha assim clareza e conteúdo. Os direitos a prestações – como sentido que deixamos explícito – fariam parte do seu estatuto positivo de integração social, contrapartida, entretanto, do seu estatuto negativo de defesa legal, cujo conteúdo seria dado pela afirmação de direitos de liberdade.¹⁷⁵ Só da associação dos dois estatutos assim determinados resultando, contudo, um completo esclarecimento sobre a posição jurídica do recluso, nesse sentido se revelando o elemento unificador fornecido pela finalidade de reinserção social de importância decisiva.

1.2. Finalidade da execução: reinserção social

Neste plano das considerações – limites aos direitos fundamentais – ressalta a importância da abordagem da problemática da determinação da finalidade (principal) da execução sob o ponto de vista jurídico-constitucional.

Geralmente, as teorias sobre os fins das penas apresentam-se como contendo respostas acabadas à pergunta invariável e sempre renovada sobre a finalidade da execução.¹⁷⁶ Se é inegável que por essa forma se enriquece a problemática, a verdade é que não pode hoje desligar-se a compreensão do direito penal – e, especificamente, a função da pena – da sociedade em que aquele se propõe intervir e do novo entendimento da função que o Estado é chamado aí a desempenhar.

O que se pretende assinalar é tão-só a evidente vinculação axiológica entre a função do Estado – ou, se quisermos, um certo entendimento das relações entre o Estado e o indivíduo (delinquente)

175. Cfr., WÜRTENBERGER (n. 34), p. 223.

176. A problemática jurídico-constitucional da determinação da finalidade da execução não foi, até ao presente, objeto de tratamento sistemático, sendo, de maneira geral, abordada na perspectiva de uma questão dogmática e de política criminal. Isto mesmo é posto em destaque pela doutrina alemã. ROXIN fala a este propósito de “Faszination der Straftheorien und ihr ‘ästhetisch-philosophischer Reiz’” (n. 28), p. 11; cfr., ainda, para esta abordagem do tema, MÜLLER-DIETZ, *Verfassung und Strafvollzugsgesetz*, in NJW 25 (1972), p. 1167; *id.* (n. 85), p. 6 s.

— e a finalidade a atribuir à pena. Pese embora a relativização que, por este caminho, a problemática da pena venha a sofrer — e que as teorias absolutas de todo em todo repudiam —, condicionando-a à filosofia político-constitucional adoptada, o que é fato é que deste modo se permite fazer ancorar na Constituição a finalidade atribuída à pena.

Entretanto, ao contrário do que à primeira vista se possa pensar, não significa isto qualquer “rígida” tomada de posição da nossa atual Constituição¹⁷⁷ quanto à matéria, o que se nos afigura ser uma posição correta da parte do legislador constitucional. Não sendo unanimemente seguida,¹⁷⁸ não é, por isso, mais criticável ou expressão de um qualquer embaraço quanto à orientação a seguir, antes parece significar — porventura mais acertadamente — o resultado de uma outra opção que, por entender tal matéria particularmente vulnerável, a não quer submeter à fixidez que uma consagração constitucional sempre implicaria.¹⁷⁹

O que se afirma é que a decisão básica respeitante à finalidade a atribuir à execução da pena, que a legislação ordinária consagra, é apontada pela Constituição.¹⁸⁰ Embora se lhe não refira através do enunciado de uma norma expressa nesse sentido, pode dizer-se, como em seguida veremos, que dela se podem extrair alguns critérios, meramente negativos ou positivos, que de alguma maneira

177. Já o mesmo se não pode dizer relativamente à Constituição de 1933, cujo art. 124.º prescrevia que “para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança que terão por fim a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação social do delinquente”. Assinale-se, entretanto, o carácter de sobremaneira genérico desta norma, não fornecendo qualquer indicação precisa quanto ao conteúdo da matéria em causa.

178. Veja-se, por exemplo, a Constituição Espanhola (art. 25.º, n. 2) e a Italiana (art. 27.º, n. 3), que aludem expressamente à função de reeducação e reinserção social das penas privativas de liberdade. Já a Constituição da República Federal Alemã não prevê, tal como a nossa, qualquer norma que fixe o conteúdo da execução, sendo o § 74.º, n. 1, apenas uma norma de competência.

179. Neste sentido, para a Constituição da República Federal Alemã, MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 7 s.; K. RUPPRECHT, *Grundrechtseingriffe im Strafvollzug*, in NJW, 25 (1972), p. 1345 a 1348, especialmente, 1346.

180. A Constituição não prende o legislador a uma regulação minuciosa, mas tampouco o deixa completamente livre para atribuir à execução de pena privativa de liberdade qualquer finalidade.

contribuem para a definição daquela finalidade. De fato, na sua base estão um certo número de valores de que se parte, cuja defesa e afirmação a própria Constituição legitima.

A importância das consequências daqui decorrentes é manifesta. Só o inimigo do sistema – e as nossas propostas são-lhe iminentes –, com um ideário que, antes de tudo o põe em causa, pode opor-se à realização da finalidade assim apontada.

Compreende-se que, nesse caso, falar em reinserção social – permita-se que se adiante desde já – não seja defensável, já que desse modo se contribui, no seu entender, para a manutenção do *status quo*, ao mesmo tempo que se faz diminuir a ação (eventual)¹⁸¹ dos grupos marginais sobre a sociedade.

Da sua transformação, sendo desejável – dadas as insuficiências e a permanente necessidade de aperfeiçoamento e progresso do sistema – não pode esperar-se, contudo, a sua própria negação.

Outras críticas poderão ser dirigidas àquela finalidade – e esse ponto não deixaremos de focar quando tratarmos do seu sentido e limites – mas já não as que provém de setores defendendo valores contrários aos que a Constituição consagra. É com esta base que *aderimos* àquela finalidade, enquanto proposta pelo sistema a que *também aderimos* e cumpre preservar. Do ponto de vista jurídico-constitucional, nem uma prognose negativa quanto aos resultados consegue justificar que se deixe de dar uma oportunidade ao recluso para se preparar para viver em sociedade, facultando-lhe, nesse sentido uma possibilidade real de desenvolver as suas capacidades.

Importa, pois, indagar, numa primeira fase, quais os limites (negativos) que a Constituição traça, neste campo, ao legislador ordinário, o que se completará, num sentido positivo – legitimando a finalidade de reinserção social consagrada – pela indicação contida no princípio do Estado social. Este, com o alcance que lhe atribuímos, obriga e legitima uma *certa* intervenção do Estado no campo da administração penitenciária que acarreta inevitavelmente uma determinada função para a (execução da) pena.

181. Pondo em causa a atuação dos grupos marginais na reestruturação da sociedade, vide ROXIN, *El desarrollo*, n. 28, p. 523.

O que se pretende fazer ressaltar é a incidência que tem sobre a função da pena a fundamentação (jurídico-constitucional) do direito penal no modelo de Estado de direito social. De fato, a nossa atual Constituição, ao consagrar um modelo de Estado de direito com conteúdo social supõe uma particular legitimação do direito penal e, conseqüentemente, determinadas possibilidades de conceber a função da pena. Com o que se confirma aquela asserção de que partimos ao afirmar que a função da pena anda intimamente ligada à função que seja cometida ao Estado.¹⁸²

O problema da fundamentação do direito penal só assume aqui relevância – e nessa medida o abordaremos – enquanto lhe anda ligada uma particular compreensão quanto à finalidade da pena.

1.2.1. Os limites negativos

A iniciar o nosso excursus pela Constituição vamos pois fazer incidir primeiramente a nossa observação sobre aqueles princípios que, esgotando-se afinal em limites (negativos) apontados à finalidade da pena, fornecem ao legislador ordinário um critério a seguir na sua determinação.

182. Nesta linha, sobre a importância de que se reveste para uma política criminal adequada a compreensão das penas e do direito penal no quadro do atual modelo de Estado, H.-H. JESCHECK (n. 28), p. 1 s. (destaca a importância de que se reveste para uma definição da tarefa do direito penal uma compreensão da Constituição como “freiheitliche, demokratische Grundordnung”); H. KRÜGER, *Allgem. Staatslehre*, 1964, p. 800; W. MAIHOFER, *Menschenwürde im Rechtsstaat*, 1967, p. 146 s.; P. NOLL, *Die thische Begründung der Strafe*, 1962, p. 14 s.; G. BLAU, *Sozialpädagogische Tendenzen im Strafrecht der Gegenwart*, in MKrim, Heft 5/6, 1962, p. 141 s.; T. WÜRTENBERGER, (n. 34), p. 201 s. e 222 s.; *id.*, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Kriminalität als sozialkulturelles Phänomen*, in BewHi, 1966, p. 3 s.; *id.* (n. 65), p. 19 s. (pretendendo conferir à execução das penas privativas de liberdade, através do pensamento de reinserção social, uma especial justificação, reforçada pelo princípio hoje dominante do Estado social). Ainda, toda a teoria formulada por R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, especialmente, p. 198 s. e seguida na Espanha, nomeadamente, por MIR PUIG (n. 154), p. 525 s. e *Introducción a las bases del derecho penal*, 1976. Vide, também, G. BETTIOL, *O Mito da Reeducação*, in *O Problema Penal* (trad. Fernando de Miranda, 1967), p. 263 s., especialmente, 273 s.

Assim, podemos dizer que os limites encontrados excluem essencialmente uma modelação da execução indigna de um ser humano.¹⁸³ A esta hipótese corresponderia desde logo uma execução cuja tarefa se esgotasse em mera custódia ou “depósito” seguro do recluso, já que este, tratado como “coisa sem valor”, podia ser simplesmente “guardado” ou afastado da sociedade.¹⁸⁴

Também com o art. 1.º da nossa Lei Fundamental seria incompatível uma execução que reduzisse o recluso agora a puro objeto de medidas terapêuticas. O que não quer dizer, naturalmente, que a Constituição proíbe ou, de qualquer modo, afasta uma idéia de tratamento, eventualmente a favor do tão discutido conceito de ressocialização. Que uma execução norteadas por esta idéia arranca precisamente do respeito pela personalidade humana é o que deixa entender a necessidade de participação do recluso na sua reinserção social, a que já aludimos e que o art. 3.º, n. 4 do diploma legal vigente sobre a execução das penas consagra.

Do que se trata é de afastar uma antiga – mas não inteiramente superada – ideologia ligada à utilização da expressão “tratamento” ou “terapia” implicando que, numa execução orientada nesse equívoco sentido, o recluso fosse reduzido a um material humano inferior.¹⁸⁵

De início ligada a um sentido humanizante da prisão¹⁸⁶ tornou-se aquela idéia de necessidade de tratamento do delinqüente –

183. A isso se opõe a nossa Constituição, art. 1.º e outros, por exemplo, o art. 13.º, n. 1 e 26.º, n. 1.

184. Cfr. MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 8.

185. Poderá mesmo dizer-se que a divisa “renúncia à ideologia de tratamento” serviu de mote às mais recentes discussões penitenciárias, sem que contudo se possa considerar definitivamente superada a ameaça que representa. Vide FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, 1979, p. 28 s.

Nem se esqueça que um tratamento traduzido, só por si, na aplicação de medidas terapêuticas, curativas, psicoterápicas ou de pedagogia ou profilaxia social – e, ainda que num certo ponto de vista, perdido o sentido naturalístico, de puro tratamento causal – não garante o sucesso tido em vista, enquanto aplicação de medidas isoladas que não conseguem compensar a força das condições de des-sociação a que o recluso está exposto na vida quotidiana do estabelecimento.

186. Cfr. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), nota 1, p. 22.

imposta na perspectiva político-criminal das concepções positivistas – alvo das maiores críticas, sobretudo pelos perigos que uma ampla divulgação dos seus métodos veio pôr a descoberto.

De fato, sendo muito claros os objetivos que através de uma tal ideologia se pretendem alcançar – essencialmente, impedir a prática de novos fatos criminosos pelo condenado –, o delinqüente-recluso tende a ficar à mercê da intervenção ilimitada da administração penitenciária.

É sabido como, arvorada em estandarte do positivismo criminológico, foi a prevenção especial daquelas tendências que, negando ou prescindindo de uma consideração ética da personalidade humana, apenas analisava os fatores naturalísticos do crime, concluindo que este era sempre expressão de uma personalidade “anormal”, que, na medida do possível, devia ser *corrigida* (tratada) pela sanção, a fim de que se obtivesse a recuperação do criminoso, com o decorrente benefício, não só individual, mas também social.¹⁸⁷ À medida que tal ideologia vai dominando o sistema e quanto maiores vão sendo, em concreto, os poderes atribuídos ao pessoal encarregado do tratamento, tanto mais ressaltam os extremos e os abusos a que pode conduzir aquela lógica do cientismo dos positivistas. O paralelo delinqüente-doente mostra-se falso e exagera-se, quer em considerar todo o criminoso carecido de um tratamento assim entendido, quer quando se pensa que tais métodos

187. Sobre as diferentes manifestações da prevenção especial – para além da ressocialização, a intimidação especial derivada da privação ou restrição de direitos que supõe a pena, ou a inocuização já V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht, in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, p. 164-168. Distinguem também esses diversos aspectos, por exemplo, ROXIN (n. 28), p. 15 e 26; MIR PUIG, *Introducción* (n. 182), p. 103-104, 107-108.

Por outro lado, resulta indubitável e evidente o interesse social em que se aproveite e oriente a fase de execução da pena privativa de liberdade para prosseguir finalidades de prevenção especial, concretamente, na sua forma mais construtiva e positiva de ressocialização. É este um lado da questão que é de novo posto em relevo por ROXIN (n. 28), p. 31, insistindo em que, se resulta de forma imediata que a execução deve orientar-se no sentido da ressocialização – agora entendida de maneira diferente –, tal se fica a dever ao fato de aí coincidirem os interesses da sociedade com o verdadeiro bem do delinqüente.

são idôneos, em qualquer caso, para provocar uma catarse do delinqüente.

Assim, uma execução que faça assentar nestes pressupostos uma finalidade de correção dos que se consideram corrigíveis – baseando-se num determinismo férreo em que liberdade e responsabilidade eram ilusão – apenas pode conduzir à “coisificação” do indivíduo, *objeto* das medidas de tratamento que visem aquela correção.¹⁸⁸

Ora, a (re)socialização que se pretende pressupõe exatamente a participação do recluso, *não se conseguindo obter*¹⁸⁹ contra a sua *vontade*. Ao falar-se, nestes termos, na sua participação, está assim a apelar-se para a sua dimensão de ser humano dotado da autonomia que é inerente àquela consideração, conceitos que, presidindo à nossa Lei Fundamental, pressupõem o homem como ente responsável e livre.

A idéia de uma (re)adaptação social *coactiva* mediante a execução da pena, para além de ser incompatível com a Constituição, não contém em si mesma justificação. Caberá sempre perguntar o que legitima que a maioria dos cidadãos obrigue uma minoria a viver segundo os moldes que àquela são gratos, ou porque não poderão viver certas pessoas do modo que desejam, à margem da sociedade. Mesmo fazendo intervir aqui o limite que deriva da aplicação de penas somente para os que violam bens jurídico-criminais, perguntas como estas vêm chamar a atenção para o fato de se considerar algo de evidente que se reprima violentamente *quem é diferente*.¹⁹⁰ Ora, o que se afirma é que não se trata de uma evidência, antes nos encontramos colocados perante um fato – a punição com a finalidade de correção – que necessita de fundamentação (jurídica) – como veremos – a partir de outras

188. Sobre isto, EDUARDO CORREIA (n. 20), p. 89 s.; *id.*, (n. 5), p. 13 s.; *id.* (n. 27), p. 2. Partindo do postulado determinista e da rejeição do livre arbítrio e dos seus pressupostos metafísicos – núcleo fundamental do positivismo – “corresse o risco de comprometer a própria ressocialização do delinqüente, sacrificando o sentimento de auto-responsabilidade e fomentado a chamada fuga para a doença e para a neurose”.

189. Saliente-se desde já a importância desta idéia para a determinação do sentido a conferir à finalidade de reinserção social.

190. Fala-se, atualmente, no “direito de ser diferente”. Vide, a obra de N. KITTRIE, *The Right to be Different. Deviance and Enforced Therapy*, 1971.

considerações que não podem ser encontradas na via aberta pelo pensamento de prevenção especial de cariz positivista e naturalístico.¹⁹¹

Queremos com isto deixar desde já expresso – pela importância que estas considerações assumem na delimitação do sentido da reinserção social – que a responsabilidade e autonomia será sempre o princípio fundamental a ter em atenção na obtenção daquela finalidade. A reinserção social pressupõe a liberdade e vontade do delinqüente-recluso nesse sentido. Terá sempre a liberdade de ser diferente e nunca o dever de aprender a ser igual; o máximo que se lhe pode exigir é que não pratique crimes. No decurso do cumprimento da pena – como castigo que lhe é aplicado pela violação de bens jurídico-criminais¹⁹² – o recluso terá sempre que se submeter a um regime que heteronomamente lhe é imposto, e nessa medida ainda que não se tenha corrigido para que não volte a praticar crimes, este fim poderá ser obtido por puro efeito intimidativo: ele sabe que, uma vez em liberdade, se voltar a cometer crimes vai para a prisão como castigo pelo mal cometido.

Não será esta a finalidade da execução que lhe é assacada para a generalidade dos delinqüentes-reclusos, nem lhe pode ser apontada como seu fim único – com o que tocamos de novo a Constituição –, mas já pode constituir o objetivo da execução para aqueles que, com autonomia e em liberdade, não se querem reinserir na sociedade. Mas, a este ponto voltaremos, com mais detalhe, oportunamente.

191. A função (jurídico-constitucionalmente reconhecida), atribuída ao Estado, de auxílio àqueles que sofrem de uma *capitis deminutio* no sentido do desenvolvimento das suas capacidades para poderem de novo desempenhar o papel que lhes compete na sociedade, fornece então uma resposta adequada.

Entretanto, para que não se caia também num conceito de reinserção social demasiado amplo – a exercer eventualmente, da mesma forma, sobre os que são “diferentes” – deve sofrer uma limitação que o circunscreva aos que cometem crimes. Sobre este ponto teremos ocasião de nos debruçar adiante.

192. Sentido que a Constituição não afasta: a idéia de justiça, a que anda estreitamente ligada a de proporcionalidade, é uma idéia constitucional. Cfr. art. 88.º, n. 1, da Constituição. Sobre isto, *vide Direito Criminal*, III (1), Lições do Prof. Doutor Eduardo Correia e dos Drs. Anabela Miranda Rodrigues e António Manuel Almeida Costa, ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito (Coimbra, 1980), p. 85.

Importa agora prosseguir na via que abrimos para a determinação da finalidade da execução – ainda que, por enquanto, repita-se, com valor meramente negativo – focando exatamente aquele aspecto a que nos referimos por último. Ou seja, o que lhe atribui um objetivo, exclusiva ou preponderantemente, de aplicação do mal, no puro sentido de retribuição de um mal com outro mal.

Este princípio da “retribuição” no seu sentido clássico – acentuando na execução *somente* a tarefa de infligir um castigo – seria também incompatível com a Constituição. Para além de não conter em si virtualidades para fornecer um critério a seguir na modelação de execução,¹⁹³ redundaria numa intervenção na esfera jurídica do recluso em flagrante contradição com os princípios que, em matéria de limites aos direitos fundamentais, informam a nossa ordem constitucional. Sobre o assunto nos debruçaremos adiante com vagar. Entretanto, e para já, é de salientar que tal finalidade a orientar a execução somente se analisaria, do ponto de vista do recluso, num prejuízo do seu estatuto jurídico justificado apenas na perspectiva da mera punição, sem lhe estar ligada *qualquer função* de política criminal.

Ora, mesmo quando o direito penal parte “do reconhecimento da *idéia de culpa*”¹⁹⁴ e a pena ganha um sentido retributivo, ela não pode, como tal, ver-se como finalidade em si mesma, antes cobra sentido no contexto social em que se insere.¹⁹⁵

O que se quer salientar é que a pena tem uma *significação funcional* para a comunidade em que se insere que, já do ponto de vista constitucional, só é legitimada – representando como representa, em primeira mão, um sacrifício para quem a sofre – se o prejuízo jurídico que encerra para o recluso for exigido pela proteção de bens jurídicos essenciais a uma vida em convivência social.¹⁹⁶

193. A este propósito fala SCHÜLER-SPRINGORUM, com razão, de “Dilemma eines Vergeltungsvollzuges” (n. 57), p. 138 s.

194. Que reconhecidamente cabe ao nosso direito penal e é amplamente acentuado por EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 8 s.; *id.* (n. 27).

195. Cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 29 s.; *id.* *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 1976, p. 14 s.; EDUARDO CORREIA, *A influência de Von Liszt sobre a reforma penal portuguesa*, Coimbra, 1971, p. 21 s.

196. Aqui já não se afastaria o imperativo da recuperação social do delinquente: cabendo à pena uma função – a de proteção de bens jurídicos – essa proteção tem de traduzir-se, eminentemente, na ressocialização do recluso porque só ela

Estas considerações conduzem-nos necessariamente à apreciação (do ponto de vista jurídico-constitucional) de uma execução que *unicamente* visasse a defesa da sociedade, através da intimidação.^{196-a}

Caso em que o obstáculo da incompatibilidade com a Constituição teria também de ser vencido. Sendo já discutível a *intervenção* de um pensamento de prevenção *geral* no que toca à determinação da medida da pena,¹⁹⁷ em todo o caso não pode a sua execução – através do endurecimento das condições de detenção – funcionar apenas com esse cariz de advertência.¹⁹⁸ Tampouco por motivos de prevenção *especial* seriam tais medidas de intimidação justificadas.

respeita, do mesmo passo, a sua dignidade humana. A idéia de castigo, por si só, não conteria virtualidades para justificar a intervenção na esfera jurídica do recluso, não lhe cabendo qualquer função no contexto social.

Mostrando que se trata de um imperativo ético e não de mera oportunidade, que harmoniza com o pensamento de culpa (é a concepção da pena como instituição) EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 62 s.; *id.* (n. 195), p. 21 s.

196-a. Não se exploram no texto as virtualidades que encerra um pensamento de prevenção de integração que nada tem a ver com o conceito estrito de prevenção geral reduzido aos elementos de ameaça e intimidação.

Na verdade, o conceito de prevenção geral encerra, além do mais, a idéia de que o Estado estabelece nos códigos penais uma ordem protetora obrigatória para todo o cidadão. No interesse da prevenção geral também se deve informar sobre o âmbito do proibido quem não necessita de intimidação – esta é uma exigência inquestionável de todo o Estado (democrático) de direito.

De qualquer forma – e pelo que aqui nos interessa – sempre caberá acentuar que estas idéias de prevenção geral “positiva” não reclamam para a execução qualquer sentido coativo ou intimidativo.

Assim, H. SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht?*, in ZStW, 1980, H. 3, p. 611 s.; F. STRENG, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion Strafrechtlicher Zentralbegriffe*, in ZStW, 1980, H. 3, p. 637 s., especialmente, p. 663 a 679; C. SCHÖNBORN, *Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des Strafrechtlichen Schuldprinzips*, in ZStW, 1980, H. 3, p. 682 s., especialmente, p. 697.

De uma prevenção geral positiva falam também, HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, p. 77 s. e p. 127 s.; ANDENAES, *General prevention revisited: research and policy implications*, in J. Crim., 66, 1975, p. 338 s.; *id.*, *General prevention – illusion or reality*, in J. Crim. 43. 1952/1953, p. 176 s.

197. Ao problema dedicaremos alguma atenção a propósito do conflito de fins imanen à execução, sendo para já de assinalar a controvérsia que rodeia o tema.

198. Assim, expressamente, SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 145 s.; A. KAUFMAN, *Strafrecht und Strafvollzug*, in *Die Strafvollzugsreform*, p. 47.

Em ambos os casos, o valor da dignidade humana seria menosprezado. De resto, como limite das necessidades de defesa – e nisso estão de acordo os autores mesmo quando negam a culpa como fundamento do direito de punir¹⁹⁹ – será sempre adequado o princípio da culpa e (ou) da proporcionalidade. Pela sua consideração nos situamos num plano especialmente adequado à defesa e respeito devido pela dignidade humana – base em que deve assentar qualquer construção de direito penal que vise defender os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo –, o que há-de constituir o mais forte obstáculo erguido a um direito penal defensivo que degrada o criminoso a mero meio de obter a intimidação, e, com ela, a defesa da sociedade.²⁰⁰

Dir-se-á que assim se esgota o enunciado dos casos em que se configura uma execução incompatível com a tábua de valores e que adere a nossa Constituição.

Evidentemente, as necessidades de defesa da sociedade – a que o Estado tem o dever de dar satisfação e cuja função não se nega que a pena deva comportar²⁰¹ – podem sempre levantar a questão de saber se, por isso, à sua execução não estava assim a ser indicada a finalidade de realizar uma idéia de segurança.

Ora, no que se refere à execução, esta finalidade pode pretender-se que diga apenas respeito ao decurso do cumprimento da pena ou ao momento posterior à libertação. O que, no primeiro caso, significaria que aquela necessidade de defesa da sociedade implicava

199. Pense-se, nomeadamente, em ROXIN (n. 28), ao propor a substituição da idéia de culpa pela de *responsabilidade*, comandada por exigências político-criminais de prevenção, especial e geral.

200. Cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 15 s. Saber se se trata, corretamente, de um princípio da culpa ou de um princípio de proporcionalidade é uma questão controversa que não nos ocupa aqui. O que importa é salientar que um tal pensamento deve estar presente, de forma irrenunciável, ao menos como limite da aplicação de uma pena e da sua medida máxima. Neste sentido, ROXIN (n. 28), p. 27 s.

Vide, sobre o assunto, EDUARDO CORREIA (n. 5), especialmente p. 64 s.; *A doutrina da culpa na formação da personalidade*, in RDES, 193, p. 24 s.

201. Acentuando este pensamento, EDUARDO CORREIA, *Sobre a Reinserção Social dos Delinquentes*, Lisboa, 1979. Vide MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 12 s.

uma execução orientada exclusivamente pela finalidade de segurança, podendo, no segundo caso, a mesma necessidade ser satisfeita através de uma execução que visasse a reinserção social.

Ambas as finalidades assim apontadas à execução estariam, pois, de acordo com a tarefa cometida ao Estado – nomeadamente, na sua tarefa de intervenção no campo da administração da justiça penal – de combater a criminalidade. Não se podendo afirmar, como se vê, que a sua realização, assim feita, derivar desta imposição jurídico-constitucional obrigue – pelo menos do ponto de vista do legislador ordinário – à modelação de uma execução orientada exclusivamente pela finalidade de segurança.

De resto, não pode deixar de se salientar que a defesa da sociedade é algo que *per definitionem* ainda ligada à privação de liberdade – pois é a da sua execução que estamos a tratar – abrangendo o seu conteúdo, necessariamente, medidas que a visam obter.

Entretanto, a maneira de realizar a legítima (e imposta) defesa da sociedade da prática de crimes é uma decisão que cabe, antes de tudo, ao legislador ordinário.²⁰² Foi essa tarefa que levou a efeito com a elaboração do diploma legislativo sobre a execução das medidas privativas de liberdade: não se furtou à afirmação de que essa defesa se realizaria através de medidas que visam a reinserção social do recluso, eleita em finalidade primordial da execução.

O que se afirma é que pelo caminho que vimos trilhando não resulta que qualquer finalidade seja imposta à execução, mas apenas que é impensável a verificação de certas hipóteses isoladamente. Era isto que se pretendia significar quando se disse que os princípios constitucionais – *maxime*, o princípio da dignidade humana de que arranca a nossa Constituição – apenas podiam funcionar como limites negativos; o âmbito assim demarcado constituiria o espaço assinalado ao legislador ordinário em que este teria de mover-se na determinação da finalidade da execução.

Entretanto, que esta decisão do legislador ordinário no sentido pelo menos da inclusão da finalidade de reinserção social é

202. Sobre este ponto, especificamente, e em sentido análogo, vide BAUMANN, *Die Strafvollzugsreform aus der Sicht des Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. in Die Strafvollzugsreform*, p. 26 s.

legitimada e imposta jurídico-constitucionalmente no princípio do Estado social que, em sentido positivo, a aponta, é o que nos propomos apreciar em seguida.

1.2.2. Finalidade de reinserção social

Uma preocupação constante ao longo da história do direito criminal centrou-se na questão da legitimidade e sentido da utilização de reações criminais. As suas tendências mais marcantes – nomeadamente, no que se refere àquele último aspecto – agrupam-se, de resto, em torno de alguns pontos de vista fundamentais, como vamos ter ocasião de ver.

É sabido como a aspiração de eficácia relativamente à defesa da sociedade, que sempre rodeou a utilização de penas, se reafirma hoje com veemência.

De fato, o novo entendimento da função do Estado, levando-o a intervir ativamente na realidade social, ao refletir-se no campo do direito penal, só lhe pode atribuir o objetivo de luta contra o crime, como fenómeno real existente na sociedade.

Uma preocupação deste teor revelara já, aliás, a Escola Positiva Italiana, nos finais do século XIX, participando na crítica à ineficácia do direito penal clássico, que efetivamente podia acusar de ter permitido o aumento considerável da delinquência.

Na verdade, intimamente conexionado com um modelo de Estado de direito liberal – cuja preocupação fundamental consiste, como sabemos, em defender a sociedade do Estado regendo-se, do mesmo passo, pelo princípio básico da máxima restrição – está um direito penal que, construído nesta base, é concebido sobretudo numa perspectiva de proteção das garantias do delinquente. Acorrem-nos aqui inevitavelmente ao espírito as teses defendidas no seio do Movimento Iluminista e o nome de BECCARIA, aliado às suas teses contratualistas.²⁰³

203. As interrogações sobre a legitimidade do poder do Estado para privar o cidadão dos seus direitos mais elementares através da aplicação de uma pena – quando se agitavam questões como as referentes à legitimidade e limites do

Uma preocupação de defesa da sociedade, ainda que indiscutivelmente presente,²⁰⁴ não se pode dizer que constituísse o fulcro do ideário de um direito penal “liberal”. Aquele pensamento só vem a conhecer expansão e a ganhar foros de primazia com o advento e triunfo do *positivismo*, cujo êxito, de forma convergente, se fazia sentir no domínio das ciências empíricas e do Homem. Por outro lado, a este ambiente e àquela crítica, correspondiam uma evolução no entendimento do Estado: a transformação do Estado *liberal* clássico num Estado *social* de direito. Como já aqui foi apontado, esta alteração encerra uma modificação da filosofia do Estado que, de mero guardião do ordenamento jurídico, sem legitimidade para intervir ativamente na configuração positiva da sociedade, passou a deter um papel intervencionista. Conceção em que o Estado se encontra não apenas legitimado mas obrigado a fazer incidir a sua atividade na organização social.²⁰⁵

Aqui se reconhece o essencial do positivismo e das suas concepções de política criminal. “Estes, na verdade, como que invertem o sentido da escola clássica: em vez do recuo do poder sancionatório da sociedade, preconizavam a ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre o delinquente; à idéia de responsabilidade *pessoal* faziam suceder a da responsabilidade *social*; não curavam de *punir* segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a *defesa* da sociedade; não reconheciam, por isso, à reação criminal outra medida que não a da necessidade em função da ameaça do delinquente”.²⁰⁶

poder político – adquiriram uma importância fundamental no seio das correntes liberais, contrariamente ao que se passava numa concepção absolutista do Estado, em que o problema se pode revestir de um interesse secundário.

204. Se ilegítimas eram todas as penas que não relevassem da salvaguarda do contrato social, inúteis seriam todas as que não fossem adequadas a obviar às suas violações futuras. Cfr. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 14; EDUARDO CORREIA (n. 20), p. 84 s.

205. A esta concepção subjaz aquela idéia, a que já por diversas vezes fizemos apelo, de acabar com as barreiras que separavam Sociedade e Estado: este transforma-se no motor ativo da vida social, é uma forma de destino. Vide E. FORSTHOFF (n. 91), p. 115 s.; E. DIAZ (n. 132), p. 97.

206. Cfr. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 29.

Nesta nova perspectiva – em que o Estado nos surge dominado por uma idéia de finalidade que aponta sobretudo a necessidade de defesa da sociedade – o poder punitivo assim fundamentado é exercido – para além da defesa das garantias do delinqüente – como instrumento ativo na prevenção da criminalidade.²⁰⁷

O princípio intervencionista, vetor do Estado social, pode entretanto conduzir – e assim sucedeu nalguns casos – a um direito penal mais preocupado com a sua eficácia do que em servir o indivíduo.²⁰⁸

A própria teoria eclética – mantendo de pé a idéia de necessidade da pena –, apesar dos esforços moderadores que intentou, atribuiu ao direito penal e à pena uma função de prevenção.²⁰⁹

Entretanto, está assim a chamar-se a atenção para um ponto de vista fundamental em torno do qual gravitam as mais importantes tomadas de posição quanto à função cometida à pena: a liberdade do indivíduo (-delinqüente).

Como se sabe, aos ideais do liberalismo é inerente a crença na liberdade absoluta do Homem, que lhe fazia corresponder “o poder soberano de, em qualquer momento e sem qualquer dificuldade, se decidir pura e simplesmente pelo bem e pelo mal”.²¹⁰ A proteção

207. Cfr. CALLIESS (n. 182), p.199; MIR PUIG (n. 154), p. 530.

208. Tratava-se de combater eficazmente, no terreno dos fatos, uma criminalidade que aumentara ao longo de todo o século XIX. Analisando o fenômeno, que atribui às dificuldades de adaptação de amplas camadas da população à nova situação que determinou o capitalismo, a revolução industrial e o aparecimento do proletariado, cfr. H. H. JESCHECK (n. 28), p. 23.

Entretanto, são conhecidos os perigos que encerra um direito penal concebido para ser eficaz – a pena converte-se numa arma do Estado contra a Sociedade, havendo terror penal em vez de eficácia penal. Ora, o que se tinha em vista ao acentuar no direito penal o pensamento de prevenção era ultrapassar a sua tradicional ineficácia, pressupondo alicerçada a sua função de garantia, nada fazendo temer, portanto, que a nova concepção intervencionista pudesse ser utilizada em prejuízo das liberdades do indivíduo. Os exemplos que a História nos deu vieram, entretanto, mostrar, de forma flagrante, aqueles perigos.

209. Recorde-se VON LISTZ e o seu “Programa de Marburgo”. Sobre isto, vide EDUARDO CORREIA (n. 195); JESCHECK (n. 28), p. 57; P. BOCKELMANN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils*, in *Fraz von Liszt zum Gedächtnis*, 1969, p. 56 s.

210. Cfr. EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 18 s.; *id.* (n. 200), p. 30 s.

desta liberdade e do que ela significava era o princípio fundamental a ter presente em qualquer campo de atividade estadual. No que se refere ao direito penal com ela se podem conectar, quer o princípio da proporcionalidade ou o princípio da culpa, quer as atuais tendências de descriminalização, não lhe sendo igualmente alheias as idéias de humanização, salvaguarda da dignidade humana e respeito pela esfera privada do delinqüente.

Já a idéia de reinserção social é estranha a este programa de liberalização do direito penal. Se, por um lado, era utópica, dados os pressupostos de que este arrancava, por outro lado, correspondia a uma intervenção na esfera privada do delinqüente, altamente problemática face aos princípios, que desse modo se punham em causa, do Estado de direito e da proteção da liberdade.²¹¹

No entanto, já no século passado se toma consciência que a ausência de liberdade total, absoluta, no sentido clássico, é algo de irremediável que pode, no entanto, proporcionar um domínio puramente instrumental sobre a pessoa, como bem o demonstraram precisamente as correntes de filiação positivista.²¹²

Aspecto decisivo será pois, a posição que se tome no que se refere à liberdade de que se parte.

Na atualidade, ao restaurar-se as noções de livre arbítrio e de responsabilidade, em sentido decisivamente contrário ao dos

211. Cfr., CALLIESS (n. 182), p. 209 s.; G. STRATENWERTH (n. 157), p. 491, que, a propósito da idéia de reinserção social afirma: "no se trata de la protección de la libertad del afectado o de una garantía del Estado de derecho, sino de, atendidos tales puntos de vista, un ataque a la vida del delincuente, creador e altamente problemático"; ESER, *Resozialisierung in der Krise*, in Festschrift für Peters, p. 505 s.

212. Ao mesmo tempo, a legitimar estas teorias da prevenção especial, está um certo entendimento das relações entre a sociedade e o indivíduo-delinquente que comportam sempre o perigo de o colocar à mercê da intervenção ilimitada por parte dos poderes públicos, ainda que invocando o verdadeiro "bem" do delinqüente. As soluções de penalistas como VON LISTZ, apesar dos esforços moderadores, deixam-se reduzir, sem dificuldade, a um denominador comum: convertem o delinqüente, malgrado, em mero objeto das reações penais que devem ter por objetivo, ou a correção – "a adaptação do delinqüente à sociedade" –, ou a inocuização – "a seleção artificial do indivíduo incapaz de viver em sociedade". Sobre isso, vide nota 209.

positivistas – negando a liberdade de autodeterminação do Homem e convertendo o delinqüente em mero objeto de reações criminais – não se cai, no entanto, no erro de lhe atribuir um livre arbítrio absoluto.

De fato, por um lado, hoje é absolutamente impensável um direito penal que abstraia da gênese social ou individual condicionante do crime; por outro lado – e este será aqui o aspecto decisivo –, a própria proteção da liberdade que hoje se pretende não pressupõe unicamente uma solução em termos de direito penal “liberal ou não liberal” – ou, se preferirmos, proteção e agressão da esfera privada do indivíduo, ou, ainda, retribuição no sentido clássico, ou prevenção geral e prevenção especial.

A alternativa, se se pretender tomar seriamente em consideração o delinqüente – enquanto ser humano que se quer proteger, dotado de autonomia cujo crime é *também* o resultado de uma ausência de liberdade – só pode consistir em *ajudá-lo*, através da (execução da) pena, “a libertar-se da ausência de liberdade”²¹³ que o conduziu à prática do crime.

Com o que vai já implícita, nesta finalidade atribuída à pena, uma *ampliação* dos critérios do Estado liberal de direito, segundo os quais uma idéia, ainda que apenas de ajuda, seria sempre vista à luz do liberalismo individualista como uma intromissão na personalidade do delinqüente totalmente alheia à função exclusivamente de árbitro que competia ao Estado. A componente social, legitimando e apontando aquela intervenção, é um traço característico que marca a transição para um modelo de Estado de direito social – síntese que supõe a superação dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social.²¹⁴

Ganha assim uma face nova a idéia de defesa da sociedade – a conseguir através da cominação, aplicação e execução da pena – de forma essencial ligada à ampliação da tarefa cometida ao Estado. Que através da (execução da) pena se visa simultaneamente aquele objetivo – protegendo a sociedade e os seus membros do

213. Assim, expressivamente, G. STRATENWERTH, (n. 157), p. 492.

214. Sobre isto, MIR PUIG (n. 154), p. 527 s.; *id.* *Introducción*, (n. 182), p. 123 e 301 s., ELIAS DIAZ, (n. 132), p. 135 s.

crime – e a própria proteção do indivíduo (-delinqüente) face à intervenção estatal, é agora um postulado a respeitar, se por seu turno se quiserem respeitar as exigências de um modelo de Estado de direito social.²¹⁵ Um direito penal que, de forma unilateral, pretendesse realizar aquelas finalidades congregando-as numa unidade objeto de uma abstração conceitual, não conseguiria ultrapassar a antinomia que lhes é inerente. Proteção da sociedade e proteção do indivíduo são finalidades antinômicas, mas representam, afinal, as necessidades que é preciso conciliar no seio do direito penal verdadeiramente progressivo e eficaz.²¹⁶

Uma idéia de reinserção social ancorada no princípio do Estado social orientando a finalidade da pena na fase de execução pode respeitar aquelas exigências e exprimir de forma adequada aquela polaridade.²¹⁷

215. O que se aflora aqui é um pensamento social, já não de tipo meramente defensivo contra o criminoso, mas *protectivo*, em que se acentua a proteção devida ao próprio homem delinqüente. Como escrevia MARC ANCEL, expondo a doutrina da Nova Defesa Social, “a proteção da ordem social implica antes de tudo a proteção do homem”.

Sobre isto, MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, 1980, p. 103; EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 62 s.

216. Conferindo ao princípio da culpa a possibilidade de fornecer o “*ponto ótimo* de confluência das necessidades irrenunciáveis de defesa da liberdade da pessoa e de defesa dos interesses eticamente relevantes da sociedade”, cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 15 e 16.

217. Pode mesmo dizer-se que este pensamento social dá fundamento a um direito do indivíduo-recluso em face da sociedade – o “direito à ressocialização” – reflexo da proteção (auxílio) que, na atual configuração da sociedade (Estado) esta(e) é chamada(o) (por imposição jurídico-constitucional) a proporcionar-lhe. Assim configurado, não cremos estar aqui colocados perante um verdadeiro direito subjetivo que se possa vir exigir perante os poderes públicos; antes, no contexto em que nos surge, mais se aproximará da idéia de *pretensão* que, a propósito dos direitos sociais, deixamos expressa. Pelo que ao legislador ordinário, sempre cumprirá concretizar o particular modo de aqui realizar a justiça social – ou seja, determinar a extensão e alcance deste “direito à ressocialização”. Em apoio desta opinião, C. HOFFMEYER (n. 157), p. 132. s.

Por sua vez, é contrapartida deste “direito” do recluso um verdadeiro dever para o Estado – *maxime*, para a administração penitenciária – de desenvolver a sua atividade de molde a preparar o recluso para reocupar o seu lugar na sociedade, respeitando a sua dignidade de ser humano.

De fato, do ponto de vista da sociedade, assegura-se a sua defesa, enquanto se prepara o recluso para, no futuro, conduzir, a sua vida sem que pratique crimes;²¹⁸ do ponto de vista do recluso, assegura-se a salvaguarda da sua dignidade humana porquanto do que se trata é tão-só de lhe facultar alternativas para o seu comportamento criminoso, pondo à sua disposição meios que possibilitem a sua reinserção na sociedade. Poderá mesmo dizer-se, de certo modo, que, relativamente ao recluso, a sua *pretensão* – e não direito – à ressocialização se fundamenta no princípio fundamental do respeito e garantia da dignidade humana e direitos e liberdades fundamentais que a nossa Constituição consagra.²¹⁹

Só assim entendida, a reinserção social – como *ajuda* – não corre o risco de se confundir com qualquer sistema de tratamento que pretenda a imposição de um determinado quadro de valores, antes – tendo por base a liberdade do delinquentes – visa facultar-lhe a necessária preparação – a que não será alheia o fortalecimento da sua personalidade²²⁰ – para que possa, no futuro, conduzir a sua vida “sem que pratique crimes”.

Educado “em liberdade para a liberdade”, ao recluso competirá, em última análise, a decisão pelo caminho da não delinquência.

218. Cfr. em sentido análogo, decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 35, 236), *in* MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 133: “Nicht zuletzt dient die Resozialisierung dem Schutz der Gemeinschaft selbst: diese ein unmittelbares eigenes Interesse daran, da der Täter nicht wieder rückfällig wird und erneut seine Mitbürger oder die Gemeinschaft schädigt”.

219. No mesmo sentido, para a doutrina alemã, cfr. decisão do Tribunal Constitucional (cit., nota anterior): “Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG”.

220. Anote-se, desde já – ao assunto voltaremos no capítulo seguinte ao precisarmos o sentido desta reinserção social que constitui objetivo da execução –, que não se trata de, assim, abrir a via a uma qualquer intervenção profunda na personalidade do recluso ou de forçar a sua adesão interior aos valores de ordem jurídica. O que se pretende é, mais precisamente, desenvolver e fomentar o seu sentido de responsabilidade que lhe permitirá, uma vez em liberdade e perante os conflitos a resolver, optar no respeito pelos comandos jurídico-criminais.

Em apoio deste entendimento, cfr. na jurisprudência alemã, decisão do Tribunal Constitucional (BVerfGE, 35, 202, 235), *in* KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 57.

O pensamento de reinserção social surge, assim, como um verdadeiro imperativo – ético²²¹ e não de mera oportunidade –, que não repousa em simples considerações de natureza utilitária. Quer-se com isto significar que, nem na eventualidade de se vir a concluir pela ineficácia da aplicação de programas de tratamento se encontrava justificação para renunciar a uma tal orientação.

Uma idéia de proteção da sociedade – que, não se duvida, ao direito penal sempre compete – não pode, entretanto, ser elevada, de forma autônoma, a critério informador do fim da pena, a atingir não importa por que processos,²²² aquela, como reafirmação de uma qualquer exigência ética, não pode – sob pena de não reconhecer ao Homem qualquer autonomia – despojar-se desse seu elevadíssimo conteúdo para assumir um caráter puramente utilitário.

Ora, na verdade, a opção por uma política criminal de reinserção social assenta em fundamentos éticos que não podem ser esquecidos. Ela é exigida por uma sociedade que – à luz do princípio do Estado de direito social que procuramos caracterizar –, comportando a defesa (-imposição) de um certo número de valores essenciais a uma convivência social organizada, visa, do mesmo passo, assegurar as condições de livre desenvolvimento da personalidade ética do homem e de respeito pelos seus direitos fundamentais.²²³

Nesta idéia de reinserção social coincidem, aliás, os direitos e deveres da administração penitenciária e do recluso. Na verdade, ao dever que lhe compete de recuperar o delinquente corresponde o “verdadeiro bem” do condenado, pressuposto o livre desenvol-

221. Cfr., já neste sentido, o pensamento de EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 62 s., especialmente, p. 64.

222. Cfr. P. BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in JZ, 1964, p. 337 s.

223. Mostrando, por outro lado, como se trata de um postulado básico da realização de um verdadeiro direito penal da culpa, cfr. EDUARDO CORREIA e a sua concepção da *pena como instituição*: cfr. n. 195, p. 21 s.

A teoria da culpa pela não formação da personalidade fornece, aliás, ampla base dogmática para a consideração daquela finalidade na execução. De resto, a possibilidade de superação da antinomia entre as idéias da culpa e de reinserção social da pena tem ganho, recentemente, larga audiência. Cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 195), p. 201 s. e nota 33.

vimento da sua personalidade, cuja proteção constitui garantia constitucional.

O delinqüente, se, por um lado, é uma pessoa especialmente carecida de auxílio – neste sentido, de tratamento – deve ser visto, por outro lado, como um ser livre e responsável, que compete defender de agressões por parte da sociedade – quer sejam feitas em nome da sua defesa ou do próprio “bem” do delinqüente.

A polaridade que assim se exprime no domínio das relações entre a administração penitenciária e o recluso é apenas expressão de um particular campo de tensão presente em toda a problemática social que a idéia de reinserção social pode suprimir se precisamente se entender como *auxílio*. Ou seja, visando a reinserção social o desenvolvimento da personalidade e considerando, portanto, a liberdade do homem que, pelo menos, sempre estará como limite a essa atuação desenvolvida.

Na base de um conceito de reinserção social que por este modo se exige e do processo de correção com o alcance que lhe é inerente está, assim, o pressuposto – necessário em qualquer sistema educativo corretamente entendido²²⁴ – de que a ajuda que se oferece – *maxime*, o tratamento que se propõe – só é frutífero mediante a *colaboração voluntária* de quem o recebe.²²⁵ Ponto em que, tratamento e salvaguarda da liberdade não são mais pólos opostos, antes *meios* que se completam reciprocamente: a ação educativa desenvolvida em relação ao recluso deve possibilitar o desenvolvimento da sua personalidade; por sua vez, só a salvaguarda da liberdade do recluso e a sua própria *participação* no tratamento

224. Sobre o assunto, EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 40 s.; K. PETERS, (n. 36), p. 486 e 487.

225. Sobre isto, CALLIESS (n. 182), p. 173 s., para quem a participação ativa do recluso, que deixa de ser considerado como puro objeto sobre o qual recai a atividade de prestação (reformadora) do Estado, supõe exatamente a passagem de um direito penal “*social*” para um direito penal que pretenda, para além disso, ser “*democrático*”.

Sendo certo que a ajuda externa favorece um processo de educação, necessita esta, para ser totalmente conseguida, da aceitação voluntária e da colaboração do interessado.

podem fazer com que os esforços ressocializadores sejam bem sucedidos.

O que se observa, portanto, é que não existindo entre uma idéia de reinserção social assim entendida e a proteção da liberdade qualquer antinomia intransponível é o aparente antagonismo superado pelo recurso àquela idéia de *participação*²²⁶ que não representa mais do que, por essa forma, fazer apelo ao sentido de responsabilidade do recluso.

A consideração deste momento – que, pode dizer-se, surge como um autêntico limite em relação ao tratamento ressocializador – é, assim, uma verdadeira *necessidade*, cujo alcance a extensão nos propomos abordar.

1.3. Participação

Neste passo das considerações que vimos desenvolvendo importa salientar o fato de que a *posição do recluso* não é apenas resultante de normas que delimitam as fronteiras de intervenção nos seus direitos fundamentais, determinando a sua *posição jurídica* na execução. Antes aquele conceito recebe o essencial do seu conteúdo através da modelação da execução, no que a participação do recluso é um aspecto central.²²⁷

Sobretudo para satisfazer os limites que devem ser respeitados no sentido de evitar que o “social” se converta numa nova forma de tirania – sendo certo que as garantias derivadas do Estado de direito conseguiram no direito positivo uma consagração muito mais acabada do que os limites que aconselham um princípio “social”

226. Ainda segundo CALLIESS (n. 182), p. 209 s., este é o caminho para tentar lançar uma ponte entre os princípios antinômicos do Estado liberal e do Estado social: esta dualidade, expressão de posições antinômicas, poderia ser superada por uma concepção unitária que pressupõe diferentes modos de realização do *diálogo* Estado-sujeito.

227. Cfr. art. 3.º, n. 4 e art. 4.º do Decreto-Lei de Execução. Observa-se, assim, que este último artigo referido não abarca a compreensão global da posição do recluso que deve ser completada com o disposto no artigo dirigido à enunciação de princípios básicos que orientam a modelação da execução.

–, o tratamento ressocializador, que assim queira estar de acordo com as exigências de um Estado de direito social, não deve impor-se sem entrar em linha de conta com a sua participação, devendo constituir um ininterrupto diálogo entre a administração, e o recluso.²²⁸

Trata-se, pois, como de resto já adiantamos, de uma necessidade de participação que encerra duas consequências jurídico-constitucionais importantes.

Por um lado, respeitam-se as exigências derivadas da garantia constitucional de autonomia da pessoa humana. Reconhece-se, assim, ao recluso, uma posição de *sujeito* da execução – enquanto participante ativo e como personalidade responsável no processo de (re)socialização –, afastando uma visão das coisas que o tornava em mero destinatário passivo de normas, colocado na posição de objeto das preocupações de uma execução orientada por qualquer finalidade que ela fosse.

Por outro lado, evidencia-se a estrutura ressocializadora do tratamento, conformada pela participação do recluso, em último termo, dela dependente.

De fato, arranca-se aqui do reconhecimento da idéia de que a preparação para a vida em responsabilidade social é um processo cujo início se localiza já no decurso da própria execução; só assim existe uma real possibilidade de se alcançarem os objetivos pretendidos, no que a participação assume um papel de relevo.²²⁹

Ela constitui, assim, o pressuposto de um verdadeiro tratamento, sendo mesmo indispensável, já que não existe ressocialização *sem* ou *contra* a vontade do recluso.

228. Assim, expressamente, CALLIESS (n. 182), p. 160: a modelação da execução não estaria prefixada, devendo antes concretizar-se e modificar-se com base neste *diálogo*. É ainda CALLIESS que afirma (p. 18), no âmbito desta compreensão: em termos cibernéticos isto expressa-se dizendo que a norma penal não opera de acordo com o esquema da “condução” – que não toma em conta os resultados –, mas de acordo com o esquema de “regulamentação”, que se vai adaptando segundo os resultados.

229. Neste sentido, CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 36 e 37 (anotação 2).

O que permite o acentuar desta *necessidade* de participação é, por sua vez, o reforçar daquela idéia que rodeia a afirmação de um “direito” à ressociação por parte do recluso.²³⁰

Entretanto, nem qualquer destas asserções permitem a consagração de um eventual *direito* ou *dever* de participação.²³¹

Quanto àquele primeiro aspecto, nem a visão realista sobre a própria incapacidade de participação do recluso no tratamento – que o nosso legislador parece ter tomado em atenção²³² – aconselhavam que se consagrasse um tal direito. Aliás, o próprio “modelo pedagógico” que se quer fazer da execução conduziu a que se desistisse de tal hipótese, já que nem sempre é de esperar uma convergência de posições quanto ao programa concreto de tratamento a aplicar.

De acordo com este pensamento se mostra o nosso n. 4 do art. 3.º do Decreto-Lei de Execução, aconselhando a participação do recluso na elaboração do seu plano individual de readaptação, mas conferindo aos órgãos competentes a decisão final sobre as medidas a tomar.²³³

Aceita-se, assim, um conceito *ativo* de participação no quadro das relações de interação com a administração penitenciária ou com os reclusos em geral que não se esgota numa aceitação – ainda que ativa, participante – da oferta de possibilidades de ressociação postas ao seu dispor. O que é importante – e, aliás, só deste modo a participação traduzirá a sua íntima relação com uma modelação da execução que prepare o recluso para uma vida socialmente responsável – é fazer sentir ao recluso que ele não só *pode* como *deve* apresentar as suas próprias sugestões e opiniões, reveladoras

230. Cfr. o que a este propósito se disse (n. 172).

231. É esta a opinião comumente seguida, nomeadamente, na República Federal Alemã, onde o problema se pôs igualmente. Cfr. CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 37 s. (anotações 3 e 4); MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 139 s. Em sentido contrário, defendendo um direito de participação, SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 74.

232. Fala-se, no referido n. 4, do art. 3.º, em “*estimular*” a participação do recluso, o que tudo leva a crer que está aí implícita uma idéia de despertar e estimular a própria capacidade – inexistente – para participar.

233. Cfr. art. 9.º, especialmente o n. 5.

de uma capacidade de iniciativa que será útil não só manter como desenvolver no seu espírito.

Uma verdadeira participação supõe que o recluso possa fazer introduzir os seus valores pessoais na modelação da execução; desatendendo as suas opiniões e pretendendo, como única via, substituir o seu mundo de valores pelo dominante na sociedade não se respeita o conteúdo essencial da idéia de tratamento que precisamente, enquanto exigida pelo princípio que subjaz ao ideário de um Estado de direito social, não pretende tanto impor um determinado sistema de valores quanto, como veremos, ampliar as possibilidades de decisão do recluso.²³⁴

Entretanto, da consagração do conceito de participação não resulta para o recluso, como se observa, qualquer direito a uma modelação do seu tratamento com um conteúdo determinado: ao dever²³⁵ do pessoal penitenciário de levar a efeito as esperadas medidas de tratamento tomadas de acordo com a personalidade e demais necessidades do recluso não corresponde, por parte deste, qualquer direito a prestações concretas conformando o conteúdo da execução.²³⁶ Pelo que, falar-se da consagração de um direito à

234. Num certo sentido – em apoio do qual, precisamente, se faz de forma sistemática apelo à consciência e sentido de responsabilidade do recluso, que deve ser “promovida e fomentada” como “fator determinante da boa ordem e disciplina dentro do estabelecimento” (art. 108.º, n. 1) – não repugna falar de um “espírito não-conformista” por parte do recluso face às propostas de programa de vida em comum que lhe são apresentadas pelo pessoal encarregado da execução. Para utilizarmos a expressão de BAUMANN, uma “desordem pedagógica” talvez seja, em larga medida, o pressuposto do êxito do tratamento.

De fato, não pode esquecer-se que, na organização da detenção, a vida em comum num estabelecimento prisional não constitui, em si mesma, qualquer finalidade, antes representa “um campo de experiência” – e estamos agora aptos a entender corretamente esta expressão – que prepara o retorno do recluso para a vida em sociedade.

Vide, sobre o assunto, J. BAUMANN, Sicherheit und pädagogischer Unordnung, in Die Reform des Strafvollzugs, cit., p. 101 s.; HAFFKE (n. 157), p. 607 s.

235. Dever que resulta do art. 2.º, n. 1, em consonância com os arts. 8.º e 9.º.

236. Neste sentido, na República Federal Alemã, a propósito da questão igualmente suscitada, CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 37 s. (anotações 3 e 4); SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 74; MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 87; *id.* (n. 157), p. 140.

participação sem concretização quanto ao conteúdo, seria isso mesmo vazio de sentido.

No que toca ao dever de participação – e embora uma forte tendência se manifestasse nesse sentido²³⁷ – renunciou o legislador à sua consagração.²³⁸

De resto, a não ser assim, sempre se abriria o caminho a uma ressocialização coactiva ou, pelo menos, de duvidosa compatibilidade com um sistema pedagógico que, num certo sentido, quer evitar a formação de “bons reclusos”. Idéia esta que se reconduz no fundo, às opções fundamentais, mais vastas, sobre que assenta o atual edifício penitenciário, e a que já fizemos uma breve referência na Introdução.

Assim, pode sem dúvida dizer-se que, nunca certa vertente, a atual vocação humanitária que a pena privativa de liberdade testemunhava na sua origem – ideal cuja permanência é presente-mente o estímulo das exigências sempre reiteradas no sentido da reforma das condições existentes –, reside essencialmente na tentativa de redução das diferenças entre a vida na prisão e a vida em liberdade.²³⁹ É uma tal ordem de preocupações que encontramos na origem dos esforços para “normalizar” a vida penitenciária, evitando, ou, pelo menos, reduzindo ao mínimo a influência nefasta de uma detenção. E, como já se afirmou,²⁴⁰ “não é tornando a vida mais agradável para os reclusos que se atingirá esse objetivo, mas sim normalizando-a, tanto quanto possível, desenvolvendo a independência, maturidade e o seu sentido de responsabilidade”. Para aqueles cuja duração da pena a cumprir permite estabelecer um plano individual de readaptação importa sobretudo que a vida durante a

237. A base dogmática residia aqui no acentuar da idéia de “responsabilização social” do recluso, decorrente da finalidade ressocializadora exigida pelo princípio do Estado social. Cfr. nota 172; ainda WÜRTENBERGER (n. 172), p. 1750.

238. É esta a opinião generalizada. Em seu apoio, para além dos autores já referidos em notas anteriores, cfr., ainda, GRUNAU, *Kritische Überlegungen zum Strafvollzugsgesetz*, in JR, 1977, p. 53.

239. Cfr. art. 3.º, n. 2 do Decreto-Lei de Execução e Regra 58 (Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adoptadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, 19 de janeiro de 1973).

240. V. der GRIENT (n. 37), p. 134.

reclusão reflita, tanto quanto possível, a vida em sociedade livre. Só assim um regime penitenciário será educativo, permitindo ao recluso conduzir uma existência “normal” no sentido de que esta o prepare para a forma de vida que terá após a libertação.

Sublinha-se, a este propósito, e por outro lado, que o regime de execução das penas privativas de liberdade de longa duração deve comportar uma aproximação crescente e progressiva à vida livre. A maior parte dos reclusos mostram-se gravemente desadaptados à vida em sociedade e não é isolando-os do mundo – tolhendo-os, pois, no assumir das suas responsabilidades sociais – que se melhorará o seu futuro comportamento. Tanto mais que a sociedade se transforma a um ritmo tal que a separação recluso-sociedade terá tendência a acentuar-se se não for obstada através de medidas que a atenuem.²⁴¹

Com tudo isto pretende-se apenas significar que muito longe estamos já do sistema tradicional a que se alia a idéia referida da formação de “bons reclusos”. Do que se trata – e nunca é demais repeti-lo – é antes de ajudar um indivíduo em especial estado de necessidade a ultrapassar os escolhos, a alcançar uma certa maturidade, a preparar-se para ter reações adequadas face à complexidade da vida social. Quer se trate de atividades de tipo formativo, ensino, trabalho, ocupação de tempos livres, etc., é conveniente que cada membro da comunidade prisional se sinta responsável pelos assuntos de interesse geral, nomeadamente, pela boa execução de tarefas que lhe sejam confiadas e susceptível de suportar as eventuais consequências de uma falta ou infração voluntárias.²⁴²

O que se tem em vista – e a moderna ciência penitenciária orienta-se, em larga medida, nesse sentido – é, pois, averiguar o melhor caminho para promover o sentido de responsabilidade

241. Salientando este aspecto, vide J. IMBERT e G. LEVASSEUR (n. 2), p. 338; PAUL CORNIL, *Méthodes Modernes de Traitement Penitentiaire*, 1955, Prefácio, p. VII.

242. Este sentido procura respeitar, entretanto, a aplicação de medidas disciplinares: Cfr., por exemplo, arts. 128.º, n. 1 (... *culposamente*...), 131.º e 135.º.

Por outro lado, bem se compreende que o princípio da participação consagrado ganhe a sua verdadeira dimensão ao completar-se com o princípio da corresponsabilidade dos reclusos (art. 5.º).

própria do recluso, um dos alicerces fundamentais do edifício penitenciário do presente.

Só deste modo o tempo de prisão deixa de representar para o recluso “um tempo morto” em que se instala o vazio espiritual e em que se cria um ser eminentemente automatizado e respeitador de uma disciplina imposta mas não aceita, conduzindo a que a privação de liberdade perca todo o sentido que pode eventualmente fazer dela um instrumento ativo de reforma do recluso.²⁴³

Sendo tudo isto certo não parece que, não já do ponto de vista constitucional,²⁴⁴ mas no plano do tratamento em que vimos colocando o problema, um dever de participação deva ser consagrado.

Por um lado, não se obteria assim a responsabilização do recluso que efetivamente só se pode alcançar, no quadro de uma privação de liberdade imposta, através de uma atividade conscienciosamente desenvolvida por parte do pessoal penitenciário tendente a despertar e estimular no recluso a vontade própria de participar na execução. É isto que o levará a *aceitar*, mais do que *suportar*, o plano de readaptação que lhe é imposto. Já foi dito, e bem, numa expressiva frase que aqui nos ocorre, que “para conservar a sua personalidade o recluso não deve viver num mundo em que tudo lhe seja interdito a menos que lhe seja permitido, mas onde tudo lhe seja permitido a menos que lhe seja interdito”.²⁴⁵

243. Neste sentido, EDUARDO CORREIA (n. 27), especialmente, p. 2; VAN DER GRIENT (n. 37), especialmente, p. 460 e 465; também, Contributo Penitenciário Francês para o II Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Paris de 10 a 19 de setembro de 1950, *La prison est-elle un facteur crimogène*, onde se analisam os efeitos negativos da prisão neste domínio. Aí se chama a atenção para o estado mental que pode resultar de um encarceramento, constituindo um obstáculo importante à reinserção social: “A vida minuciosamente regulada do recluso, acabando por se tornar uma sucessão de atos automáticos, pode deixar insuspeitos estados de enfraquecimento intelectual e psicológico profundos compatíveis unicamente com aquele mundo de existência que não necessita de espírito de iniciativa ou de decisão, nem esforço intelectual” (in RPDP, 1951, p. 25 s.).

244. Pela referência a um tratamento coativo a que assim se abria possibilidade e que, já vimos, é impensável neste plano.

245. Cfr. VAN DER GRIENT (n. 37), p. 465.

Por outro lado, a renúncia à consagração daquele dever fica ainda tributária do risco que uma posição contrária poderia representar na consagração de um qualquer sistema de favores que tão perto está de um regime tradicional de coação no sentido de uma mera acomodação externa no interesse da reinserção social.²⁴⁶

Deste modo se contribui, ainda, para a atenuação das tensões – sempre presentes, contudo – entre uma situação de liberdade e coação ou reinserção social, existindo, ao mesmo tempo, uma possibilidade mais real para o recluso de se tornar capaz de conduzir a sua vida “de modo socialmente responsável”.

Embora a participação não constitua portanto um dever – não estando prevista a aplicação de qualquer tipo de medidas disciplinares para os casos em que o recluso se recusa a participar – isso não quer dizer que se fique assim obrigado a suportar a sua influência anti-ressocializante na execução. Além do mais, de uma ausência de participação sempre se podem extrair indiretamente conseqüências, quer a nível de diagnóstico ou prognose, mas sobretudo nos casos em que a finalidade da execução é o critério a seguir na concessão ou limitação de direitos.²⁴⁷ Sendo a participação responsável e voluntária no tratamento um indicador positivo no sentido da obtenção da finalidade da execução nenhum obstáculo se levanta a que assim se valorize a participação, não obstante não constituir qualquer dever, como já se deixou claro.

Entretanto, é conveniente salientar que a ausência de um dever de participação não contém em si qualquer resposta à problemática que envolve a criação de outros deveres.²⁴⁸

Assim, o legislador previu alguns que, em primeira mão, entende que favorecem a reinserção social. É o caso, nomeadamente, do dever

246. Desenvolvendo esta idéia, CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 38 e 39 (anotação 4).

247. Cfr. nomeadamente, art. 13.º, n. 1; art. 30.º, n. 1 e 31.º; art. 40.º, n. 2 e 43.º, n. 1, a; art. 84.º, n. 5, 85.º, n. 2, 86.º, n. 1 e 87.º.

Neste sentido, SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 74; MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 140. Criticamente, GRUNAU (n. 238), p. 53; *id.* *Taschenkommentar zum StVollzG*, 1977, anotação 1, § 4.º

248. Vide nota 72.

de trabalhar – a cuja violação faz corresponder a aplicação de medidas disciplinares²⁴⁹ –, visando assegurar a reinserção social do recluso através de uma preparação profissional adequada e assim essencialmente pensado como uma medida de tratamento, afastado o seu caráter infamante e a idéia de acrescer, por seu intermédio, ao mal da pena.²⁵⁰

Da mesma forma, não é outra coisa que se passa com o dever de observação do recluso que este é obrigado a suportar²⁵¹ e que indiretamente – enquanto fornece elementos necessários a uma planificação do tratamento – contribui para a sua reinserção social.

Observa-se, assim, uma certa ruptura no princípio da reinserção voluntária assinalada, desde logo, na elaboração do plano individual de readaptação, em que apenas o recluso intervém participando e sem que lhe corresponda, como já vimos, qualquer direito a prestações. Não se duvida, entretanto, do peso que esta participação exerce, quer pelo lado do pessoal penitenciário – que, em larga medida, dela fica dependente na realização da tarefa de ressocialização que lhe compete, já que representa uma ajuda inestimável reconhecer as propostas e opiniões do recluso num estágio prematuro da execução –, quer em relação ao próprio recluso que, assim, desde o início do cumprimento da pena se sente estimulado a tomar parte ativa no plano e prossecução do seu tratamento.

Já o princípio do consentimento se entende que deve ser feito valer para aqueles casos que assumem uma importância vital no processo de socialização do recluso. Será este o caso de aplicação de medidas, cujo êxito depende, sobretudo, da preparação e disposição corretamente orientada do recluso para as cumprir e em que se exige uma especial tomada de posição responsável da sua parte, de que o consentimento dado se pretende que seja o reflexo. Referimo-nos aqui, por exemplo, ao internamento em estabelecimento aberto ou à concessão de licenças de saída, não se exigindo, por

249. Cfr. arts. 64.º e 132.º, c; ainda, art. 135.º. Outra questão será a de saber se a aplicação de medidas disciplinares será a via mais correta de reação ao incumprimento deste dever.

250. Cfr. designadamente, arts. 63.º, n. 1, n. 2 e n. 4 (... *consentimento*...).

Entretanto, convém aqui não esquecer o lugar que, na atualidade, se confere ao trabalho prisional como elemento ressocializador. Cfr. n. 192, p. 159 s.

251. Vide art. 8.º.

princípio, o consentimento na aplicação de outras medidas de tratamento que o legislador igualmente prevê.²⁵²

As considerações até aqui expendidas parece que nos conduzem, entretanto, a um estéril ponto de chegada. Pois que, de tudo o que se afirmou pode resultar um diminuto valor prático se se atender a que, neste caso, a renúncia à consagração de um dever submete a participação na dependência da vontade do recluso.

O que se quer dizer é que, não querendo este participar – para além das conseqüências que daí podem advir, como já vimos – o pessoal tem de respeitar tal decisão de vontade. Com o que não se justifica que se remeta assim, pura e simplesmente, a uma posição de mera autoridade que o dispense do dever de *estimular* aquela participação,²⁵³ procurando criar no recluso a vontade para tal e incitando-o a colaborar nas atividades em que isso seja possível.

De fato, trata-se aqui de lidar com fatores que especialmente dificultam esta tarefa.

Desde logo, lida-se com uma situação de privação de liberdade imposta que, *per se*, não desperta particular disposição para nela participar, devendo ser vencidas, de início, importantes barreiras psicológicas e disposições contrárias. Além disso, fazendo parte da atual população prisional, cada vez em maior número, os chamados casos sociais, será já um importante passo no tratamento conseguir a sua participação.

Ora, na realidade, se a eficácia e o êxito do tratamento estão intimamente conexiados com a vontade livre do recluso nesse sentido, não pode esta confundir-se com uma pontual declaração de vontade, que não está – nem poderia estar – prevista em relação a todos os casos possíveis.

Decisivo afinal será, na grande maioria dos casos, a atividade levada a efeito para estimular a participação. Do que se trata, antes de tudo, é do estabelecimento de um *processo de relações recíprocas* que se desenvolvem entre o recluso e o pessoal através do que se poderá favorecer aquela necessidade de participação.

252. Cfr., arts. 14.º, n. 2 e art. 50.º e segs. Sobre o assunto, mais detalhadamente, *vide, infra*, Capítulo III, p. 173 e segs.

253. *Vide* art. 3.º, n. 4.

REINSERÇÃO SOCIAL COMO FINALIDADE DA EXECUÇÃO

1. Introdução

Ao apontar-se a reinserção social como finalidade da execução não está só a atribuir-se-lhe uma função particularmente cara ao direito português, tributária de um patrimônio de idéias que, entre nós, encontrou vivo acolhimento, como ainda a sufragar um princípio básico de todo o sistema penitenciário moderno.

O eco a que soube mais uma vez responder o legislador com aquela decisão não deixa, no entanto, de sofrer o influxo de críticas e dúvidas que, um pouco por toda a parte, começaram também a ouvir-se, desde logo, relativamente ao seu sentido e possibilidades de realização prática.

O otimismo que rodeou a idéia de reinserção social teve, sem dúvida, o seu lado excessivo, e, até certo ponto, acrítico, no que a indefinição do seu fundamento, alcance e conseqüências teve larga importância.²⁵⁴ No entanto, é esta mesma indeterminação do conceito que, por outro lado impede, em grande parte, uma análise racional que torne viável uma posição correta na leitura dos resultados obtidos.

De tal forma que de diversos quadrantes ideológicos se reivindica hoje a utilização do conceito reinserção social, por certo que

254. Para este aspecto veio chamar a atenção K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs – und Erziehungsvollzuges*, in Festschrift für E. HEINITZ, zum 70. Geburtstag, 1972, p. 502.

referindo-se a objetivos também distintos, ou opostos. O termo “ressocialização”, com que em última análise o seu significado viera a coincidir²⁵⁵ converteu-se – sobretudo na doutrina alemã, onde encontrou maior acolhimento²⁵⁶ – numa *Modewort*,²⁵⁷ cuja utilização ultrapassa, de resto, o mero campo do direito penitenciário, sem que isso signifique que se possa falar de univocidade de definições.²⁵⁸

Não deixa de ser significativo que, na Alemanha, um jurista como KARL PETERS, cujo nome está indissoluvelmente ligado à reinserção social do recluso pela via da pedagogia criminal,²⁵⁹ expresse hoje, a esse mesmo propósito, o seu cepticismo. Em um conhecido artigo vindo a lume em 1972²⁶⁰ afirmou aquele autor não ser motivo de regozijo o largo acolhimento que a idéia vinha recebendo, ao tempo, na legislação, já que o fato se verificava num momento de viragem espiritual e ética em que deixava assim de ser possível, por falta de fundamento, falar em ressocialização: “Die Schlacht konnte gewonnen, der Krieg aber verloren sein”.²⁶¹

255. Repare-se que, entre nós, a imprecisão que rodeia o conceito foi desde logo desmentida pela escolha entre as expressões “regeneração” e “readaptação social” a que se alia um sentido preciso. Com este entendimento, EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 40 s.

256. Sobre a evolução terminológica, na Alemanha, PETERS (n. 254), p. 502 s.

257. Assim, SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht mit dem Strafvollzug?*, 1970, p. 46, citação de F. MUÑOZ CONDE, *La Resocialización del Delincuente*, in Doc P, 1979, n. 7, p. 627.

258. Sobre isto, KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 20 s. Aqui reside a razão, pelo menos numa parte, porque no Decreto-Lei sobre a execução se optou pela não utilização da fórmula “ressocialização”.

Para além disso, a própria utilização do termo no domínio penitenciário não era isenta de críticas enquanto pressupunha poder falar-se num prévio processo de “socialização” que, em muitos casos não existira. Nessa linha se intentou falar em “socialização” ou, na fórmula expressamente proposta por SCHÜLLER-SPRINGORUM, *Ersatzsozialisation*. Cfr. n. 57, p. 166.

De acordo com este ponto de vista, igualmente, MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 78; T. WÜRTENBERGER, *Akzente...*, cit., p. 453.

259. Basta recordar aqui a sua conhecida e importante obra, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* (1960).

260. Artigo cit., in n. 254.

261. Cfr. n. 254, p. 501. Referia-se assim ao fato de se poder conseguir uma ressocialização aparente ou momentânea a que não corresponderiam resultados eficazes ou duradouros.

O que tudo mostra a diversidade de conteúdos que se podem atribuir ao pensamento de reinserção social. Bem se compreende que PETERS, ao apontar à função educativa que a meta de reinserção social conleva uma referência ao “homem total” e à sua personalidade integral,²⁶² assuma, neste particular momento histórico, uma atitude céptica.²⁶³

Deve pois ter-se na devida atenção a necessidade de submeter a expressão a uma rigorosa filtragem conceitual, só a partir daí nos sendo permitido elaborar juízos críticos sobre a sua validade.

Nem é outra, de resto, a justificação de um resultado que parece, à primeira vista, paradoxal: a coincidência numa atitude positiva ou negativa face à reinserção social a partir de pressupostos ideológicos distintos e com fundamentos e objetivos igualmente díspares. O que se esconde por detrás desta aparente contradição reside, as mais vezes, na falta de clarificação quanto ao sentido do conceito que se utiliza.

Será esta a conclusão que pode extrair-se da coincidência de pontos de vista por parte do setor liberal e de correntes situadas na órbita da criminologia crítica ou radical – afastando a reinserção social²⁶⁴ – ou,

262. Cfr. do autor (n. 254), p. 505 a 507 e indicações bibliográficas constantes das notas 8, 9 e 12.

263. Cfr. n. 254, p. 515. PETERS fundamenta sobretudo o seu cepticismo na atual crise de valores – crise moral – da sociedade. A este propósito, refere, entretanto, que o *wertneutralismus* só pode ser prejudicial.

Já A. ESER – autor cuja posição, diferente da de PETERS, teremos ocasião de confrontar no decorrer da exposição – salienta, fundamentalmente, a estrutura pluralista da sociedade que, comportando conjuntos normativos heterogêneos, a que correspondem sistemas diversos de valores – por vezes, mesmo contraditórios e conflituantes –, não consegue fornecer de si mesma uma imagem unitária que possa ser utilizada como modelo de referência. Cfr. A. ESER *Resozialisierung in der Krise, Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, in Festschrift für K. PETERS, p. 512.

264. Já vimos como, em definitivo, tanto a idéia de ressocialização como a idéia de tratamento são alheias ao direito penal clássico; por sua vez, a criminologia radical, apresentando-se expressamente como uma *criminologia marxista* que considera insolúvel o problema criminal numa sociedade capitalista, não deve também aceitar o ideal de ressocialização: este conceito “implica tentar converter os condenados à aceitação e adaptação ao sistema social existente. Em oposição

por parte de setores tradicionais ou moralizantes e doutrinadores de países socialistas, aceitando o ideal ressocializador.²⁶⁵

A controvérsia sobre a ressocialização – longe de suscitar uma polémica vazia – levanta contudo, problemas cruciais do direito, obrigando a abordar, definir e tomar posição sobre a concepção do homem, da sociedade e das relações que estabelecem entre si, bem como relativamente à própria função do direito penal.

Traçar algumas coordenadas da polémica atual, clarificar as diversas opiniões e fundamentar uma resposta matizada para a equívoca e imprecisa idéia de reinserção social é exatamente o objetivo desse Capítulo.

Para já, importa, entretanto, deixar ainda assinalada uma última nota.

Assiste-se, nalguns países – mais adiante veremos que se trata sobretudo dos Estados Unidos e dos Países Escandinavos –, a uma viragem espetacular em matéria de política criminal, repudiando subitamente qualquer idéia de tratamento e de reinserção social. Invocam-se para isso, nomeadamente, os resultados negativos das investigações sobre os programas de tratamento.

a isto, a criminologia crítica orienta os seus esforços no sentido de dotar tais pessoas com os conhecimentos capazes de as motivarem e estimularem na transformação da sociedade vigente". Assim, J. GAROFALO, citação de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 95, nota 95.

Sobre a criminologia crítica, de uma maneira geral, cfr. *Criminologia* (n. 185), p. 87 s., concluindo-se, para o que aqui nos interessa: "Como poderiam os criminólogos propor-se auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?" (p. 95). As propostas de política criminal, reconduzindo-se, então, à atitude central da *não-intervenção* do direito penal (cfr. uma indicação bibliográfica de autores que, a exemplo de SCHUR ou SCHNEIDER, defenderam esta solução, in G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist. Strafe, Behandlung oder etwas Drittes*, in Festschrift für WÜRTENBERGER, p. 361, n. 12) ou mesmo propondo a sua *supressão* (cfr., por exemplo, A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974).

265. Se bem que os primeiros concedendo-lhes um "sim" pessimista, dada a crise "moral" que atravessa a sociedade (PETERS (n. 254), p. 505, nota 9) e os segundos um "sim" entusiasta, precisamente em nome do humanismo socialista e da necessária unidade do Direito e Moral socialistas.

Ora, o que se quer salientar desde já – e a este ponto dedicaremos alguma atenção – é que também não se pode centrar sobre esta espécie de “revelação científica” a transformação operada em política criminal. Há causas múltiplas – não sendo dispiciendas razões de ordem política – que conduziram, nalguns casos, a esta estranha conjugação de forças entre os nostálgicos do castigo clássico e os defensores radicais das liberdades individuais condenando o tratamento e a reinserção social. Existem, sem dúvida, dois pólos de tensão: o de uma sociedade ameaçada nos seus valores por uma insegurança crescente e o de um Estado tentacular que asseguraria o seu domínio sobre os “deserdados” graças a formas insidiosas de um tratamento generalizado. Mas, se é necessário, por um lado, submeter ao fogo cruzado da análise racional os argumentos científicos aduzidos – e que porá em causa conclusões por vezes apressadamente extraídas – por outro lado, a finalidade de reinserção social pode supor-se sem que comporte um ataque à dignidade humana.

Só nessa base, aliás, nos sendo lícito aqui falar de reinserção social, surgindo esta finalidade apontada à execução como uma exigência de um Estado de direito social e como postulado de um verdadeiro direito penal da culpa, a conceber dentro das fronteiras que a Constituição de alguma forma lhe traça.

Cresce assim a necessidade de fixar àquele pensamento um conteúdo, tarefa que nos propomos de imediato intentar.

2. Sentido da reinserção social

Uma correta abordagem do pensamento de ressocialização implica que se problematizem diversas questões, todas elas esclarecedoras de um ponto comum: qual o grau desejável e exigível de aproximação ou identificação do indivíduo ao modelo social para consecução efetiva da meta ressocializadora.

Importa, desde logo, prevenir uma possível objeção. Gera-se esta – à parte as suas possibilidades reais de êxito – em torno da discussão sobre o modelo concreto de sociedade na qual se pretende reinserir o indivíduo. É lógico que se pergunte até que ponto tem

sentido falar de reinserção do delinqüente na sociedade se se entender que ela própria produz a delinqüência. Necessitada de mudança estaria então a sociedade e não o delinqüente,²⁶⁶ não se justificando promover a sua adaptação à ordem social vigente.

Esta deslocação do próprio objeto da política criminal – linha em que se encontram tanto os partidários da teoria do *labeling approach*,²⁶⁷ como os da (nova) criminologia crítica de orientação marxista,²⁶⁸ fazendo incidir a compreensão do fenômeno criminal na sociedade intrinsecamente criminógena – não é, na realidade, nova. De fato, foi com a obra de DURKHEIM,²⁶⁹ entre outros, que a sociologia criminal recebeu os contornos que ainda hoje se lhe reconhecem. Sobressaindo no panorama da teoria sociológica do século XIX, tomou aquele autor posição sobre problemas nucleares da criminologia – v.g., defendendo a tese da normalidade do crime, que procura explicar “não em qualquer epifenômeno ocasional, mas no plano da própria estrutura da sociedade”.²⁷⁰

Vem por este caminho, entretanto, a chamar-se a atenção para a relevância político-criminal da criminologia que é patente no plano do destinatário daquela: “se a criminologia de base endógena fez

266. Salientando este aspecto, M. BRUSTEN, *Resozialisierung als Problem der Gesellschaft-ein Beitrag zum Dialog zwischen Soziologen und Vertretern der Sozialarbeit*, ed. Schmidtbreick, 1972, p. 21; SESSAR, *Die Resozialisierung der Straftenden Gesellschaft*, in ZStW, 1969, p. 372 s.

267. Sobre isto, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 77 s.

268. Cfr. R. BERGALLI, *Ejecución penal y política criminal en America Latina*, in RIDP, 1978, n. 1, p. 77 s.; A. BARATTA, *Criminologia crítica y política penal alternativa*, in RIDP, 1978, n. 1, p. 43 s.: defendendo este autor, de acordo com os parâmetros da criminologia crítica, os efeitos marginais da prisão e sua impossibilidade estrutural para assumir a função de reinserção social, propõe “la abolición de la institución carcelaria” (p. 51) e, entretanto, como alternativa ao “mito burgés de la reeducación y la reintegración del condenado” (p. 52), “la apertura de la cárcel hacia la sociedad através de... la cooperación de los detenidos y sus asociaciones con las organizaciones del movimiento obrero con el fin de limitar las consecuencias que la institución carcelaria a la clase y, através del antagonismo de la clase, a la sociedad” (p. 52).

269. Sobre a sua importância, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 35 s.

270. In FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 36.

do delinqüente o destinatário exclusivo da política criminal, já a criminologia de pendor sociológico inspirou uma política criminal dirigida aos condicionalismos socioculturais da delinqüência”.²⁷¹

Não se contesta o valor destas últimas teses. O que se nega, simplesmente, é que elas possam resolver por si só o enigma da criminalidade. A sociedade – criminógena – pode ser um dentre os fatores relevantes na explicação do fenômeno criminal. Mas, já não consegue deixar de ser irreal a esperança de que uma alteração das estruturas sociais permita acabar com o crime pois que, se este é um produto da sociedade e não do indivíduo, cada tipo de sociedade produzirá a sua “espécie” de delinqüência.²⁷²

Já o afirmamos – e repete-se agora – que a via da ressocialização proposta é imanente ao sistema,²⁷³ o que quer dizer que se move em torno do modelo de Estado de tradição européia ocidental, sendo inconseqüente pensar que promova no seu seio a luta pela superação do próprio sistema.²⁷⁴ O cepticismo que gradualmente rodeou o ideal passa por uma complexidade de temas: existe, sem dúvida, uma reação (negativa) em relação às possibilidades de êxito nesse campo, sem esquecer o receio patente na crescente ameaça de que o Estado

271. Assim, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 159; especificamente, sobre a criminologia nova e as suas diversas perspectivas p. 67 s.

272. E isto, quer se trata de “nova” criminalidade dos países socialistas, quer da criminalidade do ócio proveniente de uma sociedade de consumo que ofereça uma extraordinária melhoria das condições de vida. Vide, sobre este tema, E. GIMBERNAT, *Relación General del Coloquio Regional Español*, in RIDP, 1978, p. XXVIII s.

273. É este o resultado inevitável de uma compreensão cabal do exposto ao longo do capítulo anterior em que a reinserção social surge como uma exigência do modelo de Estado inspirado pelo princípio do Estado de direito social que a nossa Constituição consagra.

274. Já BARATTA, pqr exemplo (n. 268), de acordo com a perspectiva marxista de que parte e segundo a qual os crimes das classes mais desfavorecidas são “en la mayor parte de los casos una respuesta inadecuada, individual e irracional” às contradições das relações sociais de produção e distribuição capitalistas (p. 49), defende que a verdadeira reeducação do condenado – a que atribui sentido totalmente impossível de aceitar segundo os pressupostos de que partimos – “es aquella que transforma una reacción individual e irracional en consciencia e acción política dentro del movimiento de la clase” (p. 52).

se torne o agente (legalizado) de um controle totalitário disfarçado de aparente preocupação com o bem-estar dos cidadãos. Com o que, não pode deixar de se ter presente, se encobrem, ao mesmo tempo, posições políticas mais profundas e muito claras,²⁷⁵ única explicação para certas atitudes francamente negativas.

Nem se nega, tampouco, que está condenada ao fracasso a ressocialização que se pretende alcançar operando exclusivamente através da aplicação de medidas sobre o indivíduo. De fato, aquela representa um processo de interação e comunicação entre a sociedade e o indivíduo, a cujas normas este se deve adaptar, mas que, entretanto, nunca pode ser determinado unilateralmente.²⁷⁶

O que se afirma é que ao falarmos de reinserção social estamos inequivocamente a admitir uma atuação sobre o indivíduo-delinquente, que nem por isso se deixa de encarar como um problema que polariza em si precisamente as tensões entre a reforma do indivíduo e da sociedade.²⁷⁷

O que se aceita, entretanto – e assim julgamos colocar corretamente o problema –, é que o direito penal, exatamente enquanto assume a sua função de proteção da sociedade, faz cessar a sua missão quando se trata de modificar ou alterar essa mesma sociedade.

Pelo que nunca seria este o momento oportuno para levantar o problema da ressocialização a partir do modelo social vigente; o problema que em sede de direito penal venha a ser colocado pressupõe ínsita a sua resolução exprimindo já aquele, como deve, a salvaguarda do mínimo ético indispensável à convivência em sociedade.

Com o que não se exclui que sempre caberá perguntar qual o grau de aproximação ou identificação do indivíduo com o modelo social vigente.

275. É sabido como a criminologia nova, “com a sua intencionalidade vincadamente crítica” corresponde, entre outros aspectos, “às linhas de força do horizonte político-ideológico da década de sessenta no quadro das democracias ocidentais”. Sobre isto, *vide* FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 67 s. e nota 63, sobre idêntica situação nas sociedades socialistas.

276. *Vide* MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 628.

277. Assim, RUNDE, *Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitische Problem*, in *Die Strafrechtreform*, p. 113.

2.1. *Grau de aproximação ou identificação do indivíduo com o modelo social vigente*

O efeito ressocializador que se pretende conseguir através da execução da pena é susceptível de entendimento diverso conforme o grau de identificação do indivíduo ao modelo social vigente que pressupõe o processo que o produz.

Já se mostrou como ligada à invocação de um pensamento ressocializador esteve desde sempre a idéia de uma execução “humanitária” da pena privativa de liberdade, procurando evitar a aplicação de males ou sofrimentos desnecessários que não lhe eram inerentes.²⁷⁸

Não é este, entretanto, o sentido que agora constitui objeto da nossa análise. Do que se trata é de optar, perante diferentes propostas de processos de ressocialização, por aquela que é mais consentânea com os pressupostos que a fizeram surgir.

De toda uma escala matizada de graus e intensidades múltiplas, a polémica doutrinal centra-se, atualmente, e numa primeira abordagem, na alternativa entre programa mínimo e programa máximo de ressocialização.

No primeiro caso alude-se a um tratamento dirigido à *adaptação* do indivíduo aos comandos jurídicos, *maxime*, jurídico-criminais. Assenta esta concepção funcional concebida em termos de uma relativa neutralidade axiológica, numa *teoria da socialização* que; não pretendendo aqui aprofundar, sempre será útil lembrar.

Diz esta respeito ao processo em virtude do qual o homem aprende as normas e as diretrizes do grupo a que pertence. O termo “socialização” – que alguns autores preferem substituir por “integração”²⁷⁹ – procede da psicologia social, tendo recebido a sua

278. Cfr. KAISER (n. 264), p. 371, citando H. J. KERNER que afirma significar desumanização e retrocesso uma execução que não ofereça possibilidade de ressocialização ou tratamento, já que, na maioria dos casos, aquele não deve ser entendido em sentido terapêutico estrito tratando-se, simplesmente, de “allgemeine Betreuung, Sozialhilfe und karitative Leistungen”.

279. Assim A. KREBS, *Die Aufgabe des Freiheitsstrafvollzuges*, in Mkrim, 53 (1970), p. 156.

utilização um forte incentivo quando a psicanálise e a antropologia vieram demonstrar que também as normas de comportamento e os sistemas normativos sociais se “aprendem” e “assumem” através de certos mecanismos de interiorização.²⁸⁰ Trata-se, como já se defendeu, de um (segundo) nascimento sociocultural do homem²⁸¹ que limita o seu inicial e mais amplo raio de possibilidades de ação mediante a assunção dos “standard” do grupo. Não é outra coisa esse processo através do qual se aprende a querer e a fazer o que se deve: primeiro através de controles externos do comportamento; depois, por um processo gradual de interiorização das normas do grupo e deixando pautar a conduta pelas estruturas internas controladoras.

Neste sentido, qualquer programa de ressocialização visa integrar o indivíduo no mundo dos seus concidadãos, sobretudo nas coletividades sociais básicas como, por exemplo, a família, a escola ou o trabalho,²⁸² proporcionando-lhe o auxílio necessário que o faça ultrapassar a situação de defasamento social em que se encontra.

A partir daqui o crime surge como a consequência de um *déficit de socialização*²⁸³ que se analisa num conflito do indivíduo com as normas e estruturas da sociedade e o delinqüente aparece como um indivíduo que falhou no processo de aprendizagem e socialização devido a fatos ocorridos na sua normal evolução.²⁸⁴ Sendo assim, o que se pretende – isso visando o seu processo de ressocialização

280. Mostrando como todo o processo de socialização se orienta no sentido da *interiorização* do controle (externo), cuja intensidade varia conforme o grau de *identificação* com a ordem legal e moral vigentes, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 320 s.

281. Assim, D. CLAESSENS, *Familie und Wertsystem. Eine Studie zur “zweiten sozio-kulturellen Geburt” des Menschen*, 1962, citado por P. DE MOLINA, *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopia, mito y eufemismo*, in AnDP, tomo XXXII, fasc. III, p. 657, nota 49.

282. Assim, expressamente, G. KAISER, (n. 264), p. 362.

283. Assim, por todos, MÜLLER-DIETZ, *Strfvollzugsrecht und Strfvollzugsreform*, in Mkrim, 1972, p. 26 (“Mangel an Sozialisation”).

284. Neste ponto as teorias de explicação do crime de nível individual ou do homem delinqüente – no critério oferecido in *Criminologia* (n. 185), p. 243 s. – divergem enquanto sobrelevam os elementos da personalidade (*teorias psicodinâmicas*) ou os elementos sociais e situacionais (*teorias psicossociológicas*).

– é compensar o seu “déficit de socialização” e os processos incompletos ou inexistentes de aprendizagem social, ou seja, reintegrar o indivíduo na sociedade tornando-o *capaz* de não cometer crimes.²⁸⁵ Este grau de identificação do indivíduo com a ordem jurídico-penal vigente – suportando a aplicação de programas *mínimos* de tratamento – daria satisfação ao processo de ressocialização, permitindo-lhe alcançar o objetivo visado e sendo, por isso, o único exigível.

O que não se nos afiguraria correto – e aqui sim, seria válida esta asserção muito vulgarizada – é que a pena privativa de liberdade fosse utilizada como o meio ressocializador efetivo ou o mais idôneo para recuperar ou compensar no adulto um déficit de socialização assim sofrido na infância.²⁸⁶

Por outro lado, de um ponto de vista valorativo, contemplando a ressocialização um sentido de aprendizagem das normas do grupo não se pode evitar que, extraindo desse processo as suas últimas conseqüências, ela venha a comportar uma adaptação “ritual” e, nesse sentido “coactiva” – enquanto meramente externa – a um sistema a que se é alheio.

Com o que ficaria sempre aberto o passo à via da verdadeira correção ou “regeneração”²⁸⁷ perfeita e integral do delinqüente, a obter mediante a sua adesão interior autônoma aos valores da ordem jurídica e o fortalecimento da sua personalidade de maneira a não os ofender.

Existe aqui uma forte conotação pedagógica e tutelar a que não é estranha a ampla influência da filosofia correcionalista, onde o processo de ressocialização tem agora valiosos precedentes. Também neste âmbito, e sem cuidar da concepção mais ou menos eufemística do delinqüente como *minusvalido* necessitado de uma “paternal” ajuda estatal, ressaltam muitos pontos duvidosos. Aproximamo-nos

285. Por aqui se vê já como são *também* concepções criminológicas que suportam as ideologias fundamentais de resposta ao problema criminal.

Salientando este aspecto, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 7 s. e p. 157 s.

286. Divulgando este aspecto, MÜLLER-DIETZ (n. 283), p. 28.

287. Vide nota 255.

agora dos programas máximos de ressocialização que invocam a função “pedagógica” da pena e reclamam a concordância plena entre o comportamento externo do indivíduo e a sua atitude interna, não sendo então tarefa fácil justificar que incumba ao Estado o dever (ou o direito?) de “corrigir” ou “educar”, neste sentido, os delinqüentes.

Nega-se, de fato, qualquer legitimidade do Estado e da sociedade para impor, no plano dos valores morais, crenças ou convicções internas – o *forum internum* – ao *forum externum*,²⁸⁸ pretendendo, assim, obrigar o indivíduo a aceitá-las.

Ora, acima de qualquer outro valor estará sempre o respeito inerente à dignidade humana do delinqüente, difícil de assegurar, na prática, quando a meta que se pretende atingir não consegue escapar totalmente à eventualidade de uma “lavagem do cérebro”, se tanto for necessário para a alcançar. Uma ressocialização entendida neste plano moral poderia sempre conduzir à mais absurda e perigosa manipulação da consciência individual, para além de deixar por resolver a questão fundamental da legitimidade para impor um sistema qualquer de valores vigentes na sociedade.²⁸⁹

O dilema é, assim, claro: toda a ressocialização que pretende ir mais além do que a mera conformidade exterior à lei encerra o perigo de uma adaptação coercitiva aos parâmetros de uma determinada concepção de vida, o que choca, em absoluto, com os princípios de uma sociedade democrática. De fato, se aquela era tradicionalmente criticada pondo em relevo as suas dificuldades de realização prática, hoje é ela posta em causa a partir de outros pontos de vista: não se objeta com o seu romantismo utópico mas com a sua falta de legitimidade face aos princípios sufragados pelo modelo de Estado que a nossa atual Constituição consagra.

A polémica assim suscitada em torno desta questão iniciou-se, aliás, partindo de quadros ideológicos bem definidos.

288. Cfr. MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 629.

289. Uma ressocialização assim entendida sempre estaria em contradição com os princípios do Estado que a legitimam, porquanto não pode ser levada a efeito sem lesionar gravemente os fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática.

Enquanto se exige – de resto em consonância com a “tarefa de purificação do âmbito do autêntico direito penal”²⁹⁰ – a destruição de qualquer dogmatismo moral no seu seio, não pode, em nome da ressocialização, pretender-se mais do que conseguir a conformação com a legalidade, ou, por outras palavras, entendê-la no sentido da “prevenção da reincidência”.

Este ponto de vista que equipara ressocialização a mero respeito da legalidade penal – bastando-se com um programa “mínimo” de tratamento – seria, por outro lado, conforme à estrutura funcional do sistema penal. A norma penal – afirma MUÑOZ CONDE²⁹¹ – contém uma série de expectativas de condutas legalmente determinadas cuja frustração possibilita, sob certas condições, a aplicação de uma pena. Finalidade da execução dessa pena seria, por conseguinte, restabelecer no delinqüente o respeito por essas normas básicas, tornando-o capaz de corresponder, no futuro, às expectativas nelas contidas, evitando assim o cometimento de novos crimes, numa palavra, a reincidência.

Um processo ressocializador com este sentido seria, assim, inteiramente subscrito por um direito penal que – de acordo com um princípio de intervenção mínima e no âmbito de uma sociedade democrática e absoluto respeito pela dignidade humana – se atribui como fim primordial a tarefa, ao mesmo tempo modesta e difícil, de proteção de bens jurídicos o que, numa certa vertente, se traduz em evitar que se cometam crimes.

Entretanto, continua ainda a ser discutível a viabilidade de um programa mínimo de tratamento que o limita a conseguir a mera conformidade do comportamento externo do sujeito à norma penal.

São aqui trazidos à colação diversos argumentos que, embora à custa de algum reducionismo, podemos sintetizar numa diminuição do *efeito* e *alcance* da finalidade pretendida.²⁹²

Dê fato, antes de tudo, afirma-se que uma ressocialização eficaz e duradoura não pode basear-se apenas no *medo* das sanções penais,

290. Assim, FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 39.

291. Cfr. do autor (n. 257), p. 630.

292. Segue-se A. ESER (n. 263), p. 512 e 517 s.

que seria afinal o que levava o delinqüente a conformar o seu comportamento com a lei.

Por outro lado, sem a *interiorização* da norma – pressupondo uma atitude axiológica – faltaria o fundamento (*estável*) que determina a atuação conforme ao direito.²⁹³

Afirma-se então que não pode, com propriedade, falar-se de ressocialização quando por detrás do comportamento respeitador da lei existe apenas o “vazio moral”, ou uma “contradição” entre os comandos legais e as convicções íntimas do sujeito. O que desencadeia toda uma série de considerações centradas em torno do que ALBIN ESER cunhou de “paradoxo da ressocialização”: conformismo e medo do castigo – se este tiver a sua palavra a dizer²⁹⁴ – sem convicção interior sobre o valor (ou desvalor) da conduta apenas subsistem enquanto se mantém o controle (coactivo) sobre o indivíduo. Assim, quando ressocialização deve significar *autodeterminação* dificilmente se poderá atingir esta finalidade se todo o processo se baseia afinal na imposição e acomodação exterior – e, nesse sentido, coactiva – a modelos de conduta mais ou menos arbitrariamente impostos, faltando assim o pressuposto necessário à realização daquele objetivo. Ou seja, um aparente respeito pelo foro íntimo do indivíduo a conseguir através de um processo de ressocialização que se basta com o respeito pela legalidade pode afinal encobrir uma forma muito mais penosa de repressão enquanto esquece a verdadeira essência definidora do ser humano como tal.²⁹⁵

Contribuindo de igual forma para este entendimento das coisas, teceu PETERS²⁹⁶ importantes reflexões sobre a genuína função do

293. Vide A. ESER (n. 263), p. 511, nota 30.

294. O que a *teoria psicológica* de EYSENCK sobre a explicação do comportamento criminoso vem, de alguma forma, desmentir enquanto não explica pelos princípios gerais do hedonismo mas a partir da lei da seqüência temporal o que chama o paradoxo do delinqüente. Cfr., FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 304.

295. Fala ESER (n. 263), p. 512, de “wesentliche Schichten menschlichen Personseins”.

296. K. PETERS (n. 254), p. 510. Cfr., também, G. BETTIOL (n. 182), p. 271 s.; conclui este autor pelo “mito da reeducação”, numa posição que extrema os campos: ou se educa “na hipocrisia” ou “em qualquer caso virá a ser ofendida a “liberdade interior da consciência individual” (p. 272).

direito penal, perdida em favor de uma abordagem meramente formal e negativa da problemática da ressocialização. É um erro começar a ceder terreno em nome de uma falsa “tolerância” e “neutralidade axiológica”, ou de uma determinada “eticização” ou “deseticização” do direito penal. Referir a ressocialização ao tipo legal de crime, desfigura a sua função, “empobrecendo-a”, afirma aquele autor. E continua: “o crime não constitui simplesmente a violação de uma norma jurídico-penal, interessando ao direito penal reforçar não só as proibições – negativamente – como também acentuar – de forma positiva – os valores que as mesmas encarnam. Da mesma forma, a função pedagógica que conleva a meta ressocializadora deve fazer referência ao ‘homem total’, à sua ‘personalidade integral’ e não a condutas isoladas e concretas”.²⁹⁷

Significa isto, afinal, que se justifica um ganhar de terreno por parte dos denominados programas “máximos” de tratamento ou que eventualmente não levante objeções a via preconizada por PETERS da “Wiederherstellung der sittlichen Grundlagen und Ziele des Strafrechts und des Strafvollzugs”?²⁹⁸

Levantam-se aqui fundamentalmente duas ordens de considerações que – repete-se o que já se afirmou – dizem respeito não só à sua incompatibilidade com os princípios do atual modelo de Estado constitucionalmente consagrado como também ao perigo que envolve uma atuação coativa sobre a personalidade moral do recluso.

Assim, a via de um programa máximo de tratamento sempre se confrontará com a estrutura de uma sociedade que, por mais hermética ou monolítica que seja, comporta em si a existência de diferentes conjuntos normativos, eventualmente conflituantes, defendendo valores também diversos ou, inclusivamente, contraditórios. A falta de uma imagem unitária que a sociedade, nos nossos dias, possa oferecer de si mesma e dos modelos ou fins que prossegue²⁹⁹ é uma dificuldade que a inexistência de legitimidade para impor (arbitrariamente) este ou aquele sistema de valores vem aumentar.

297. K. PETERS (n. 254), nota 8. Cfr. ainda nota 262.

298. K. PETERS (n. 254), p. 516.

299. Cfr. nota 263; *vide*, também, MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 629.

Ainda neste âmbito, converge, de resto, toda uma multiplicidade de objeções de que fornecemos apenas uma imagem impressiva.

O aspecto trazido a debate é o da necessária *identidade*³⁰⁰ entre quem cria as normas e os seus destinatários – *maxime*, ressocializador e ressocializado. Quando esta não se verifica – isto é, nos casos em que o recluso não aceita o fundamento moral que a norma pressupõe – abre-se então o caminho da pura sujeição, do domínio de uns sobre outros, violando gravemente a livre autonomia individual.³⁰¹ Sem esta coincidência básica, seria assim latente em toda a intenção ressocializadora uma contradição – denunciada por HAFFKE³⁰² – entre duas realidades irreconciliáveis: a “autodeterminação” (*Selbstbestimmung*) e “domínio” (*Herrschaft*).

Ora, na sociedade atual quebrar-se-ia com frequência aquela identidade assim considerada condição necessária para assegurar uma efetiva ressocialização.

Não se duvida, entretanto, que, do ponto de vista defensivo oferece mais garantias de eficácia um programa máximo de tratamento: só quando se alcança a conformidade entre o comportamento exterior e a atitude interna do indivíduo se pode conseguir – nas palavras de K. POLAK³⁰³ – uma verdadeira “*Einordnung des Gefangenen in die gesellschaftliche ‘Organisiertheit und Disziplin’*”.

O que não se pode esquecer, por outro lado, é o fato de um tal desiderato só ser viável à custa do sacrifício do valor da liberdade da pessoa que, assim mesmo, quando se invocam razões de cariz (exclusivamente) protetivo, é posto em causa. Uma proposta que suporte apenas esta alternativa – aceitação voluntária do modelo social ou “ressocialização”³⁰⁴ – sempre será conflituante com os

300. Aspecto a que já aludimos: cfr. nota 280. Sobre o assunto, *vide*, ainda SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 218 s. e RUNDE (n. 277), p. 116.

301. Cfr. *supra*, p. 131 e 132. Salientando também este aspecto, EDUARDO CORREIA, *Projecto* cit., 1963, p. 35: “... a mais perfeita maneira de conseguir uma tal preparação seria conseguir a adesão dos indivíduos a esses valores, de modo que o comando geral que se afirma respeite a autonomia ética dos seus destinatários e o agente que os viole se sinta responsável”.

302. Cfr. HAFFKE (n. 157), p. 607 s.

303. Citação de ESER (n. 211), p. 515.

304. Aqui significando *aceitação coercitiva* do modelo social vigente.

direitos fundamentais que a nossa Constituição consagra e cuja defesa procura assegurar em todos os domínios.

2.1.1. Vias para uma solução

Neste ponto do excursus que intentamos sobre o sentido da reinserção social ressalta já a dificuldade em traçar-lhe os seus verdadeiros limites. Parece justificar-se que se relembre aqui a afirmação de BETTIOL³⁰⁵ sobre esse problema “que constituiu – e constitui ainda – o objeto de eufóricas e ditirâmicas considerações, no campo dos juristas e nos dos sociólogos”.

À nossa consideração oferece-se, antes de tudo, um quadro de opções, cujos respectivos inconvenientes e contradições se fizeram ressaltar. É uma tentativa de as superar que representam as vias intermédias em que se enquadra, nomeadamente, a proposta de ESER que crê encontrar na chamada “pedagogia da autodeterminação” – caracterizada por HARTMUT V. HENTIG³⁰⁶ – a alternativa à ressocialização para a legalidade ou à ressocialização para a moralidade.

Neste sentido, não se trata de impor um conteúdo moral e valorativo concreto – a “meta” – mas tão-só de facultar “caminhos” – através dos quais se realiza o pleno desenvolvimento da personalidade humana – preparando o recluso para decidir, ele próprio, face às alternativas com que se depara numa sociedade heterogênea e plural. Admitindo-se a necessidade de uma interiorização moral das normas – mas não de uma determinada concepção do mundo – procura ao mesmo tempo obter-se, para além do mero respeito pelas normas penais, uma atitude positiva perante os valores e bens jurídicos que subjazem àquelas proibições.

Representa igualmente uma via intermédia – não muito afastada desta, se bem que pretenda sê-lo³⁰⁷ – a tese de HAFFKE³⁰⁸ e a sua

305. Cfr. do autor (n. 182), p. 267.

306. Cfr. ESER (n. 211), p. 516, que se segue na exposição subsequente.

307. Neste sentido, as teses de MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 633 s. e MOLINA (n. 281), p. 688 s.

308. Cfr. HAFFKE (n. 157). Segue-se de perto, na exposição da tese de HAFFKE, fundamentalmente, MUÑOZ CONDE (n. 257).

proposta de uma “terapia social emancipadora” que, em seu juízo, estaria longe da mera “imposição” ao recluso de modelos de conduta. No sentido de esvaziar, também, o seu programa ressocializador de qualquer conteúdo valorativo ou de um caráter coactivo, considera que a função da execução das penas privativas de liberdade deve consistir – no pleno respeito pela liberdade e autonomia individual – na oferta ao recluso da ajuda necessária para superar os problemas que o conduziram ao crime.

A terapia social emancipadora aparece, assim, como “antiterapêutica” – na senda da antipsiquiatria ou da antipedagogia – enquanto não pretende submeter o indivíduo a qualquer tipo de tratamento ou educação coativa; contém, entretanto, um sentido terapêutico na medida em que oferece a ajuda necessária para resolver os problemas que situa no seu adequado contexto social. Trata-se, no fundo, de pretender levar a efeito uma atuação pedagógica evitando uma doutrinação ideológica que só poderia conduzir à manipulação do delinqüente.

Sem pretender aqui formular um juízo de valor sobre as teses expostas – e, de resto, sumariamente expostas – sempre não poderá deixar de se chamar a atenção para o fato de através de qualquer delas não se evitar a referência – se bem que mais dúctil e subtil – a conteúdos concretos e a sistemas determinados de valores ou modelos.

Não parece, de fato, que possamos facilmente desistir de explorar as virtualidades contidas num pensamento de reinserção social que coloque como seu objetivo a adaptação externa à legalidade penal. Nem estamos, com isto, a menosprezar as dificuldades ou objeções levantadas em torno de uma tal opção como ponto de partida. Mas, como do que se trata é, em definitivo, de recuperar para a sociedade, o objetivo pretendido deve consistir em fazer *aceitar* o delinqüente as normas básicas e vinculantes que vigoram na sociedade. Ora, uma parte importante destas normas é constituída pelas normas penais, sendo assim o objetivo da reinserção social, em último termo, o respeito e a aceitação, por parte do delinqüente, dessas normas, a fim de evitar o cometimento de (novos) crimes no futuro.

Entretanto, esta posição pressupõe uma correlação absoluta entre delinqüência e reinserção social (respeito pela legalidade) que não

é líquida. Mais do que nunca, apontar-lhe um tal sentido porá a descoberto a questão de saber se a reinserção social é sempre necessária.³⁰⁹ Diz-se então que, nem pelo fato de se ter cometido um crime isso significa sempre que se tenha deixado de respeitar a legalidade penal ou sequer exista uma ruptura com a sociedade e o sistema dominante de valores aí vigentes.

O problema aparece sobretudo equacionado relativamente ao criminoso por negligência ou passional – casos em que, ou nem se chegam a pôr em causa os valores protegidos, que apenas por negligência se violaram, ou reconhecendo-os, não se tenciona voltar a ofendê-los, o que só se verificou devido a razões conjunturais –, o que comete crimes no domínio do direito estradal ou mesmo para a criminalidade de pequena importância.³¹⁰

Para além disto, nem em alguns casos de delinquência de certas importância e gravidade social se verificaria a necessidade de um tratamento com vista à reinserção social porquanto os delinquentes

309. O problema é hoje tema de amplo debate, constituindo mesmo um dos pontos críticos da teoria da ressocialização. Assim, nomeadamente, KAISER (n. 264), p. 367; G. BEMMANN, *Über das Ziel des Strafvollzugs*, in *Festschrift für BOCKELMANN*, p. 899; MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 59; H.-J. KERNER, *Behandlungs- und Vollzugs – organisation im neuen Strafvollzugsgesetz*, in *ZstVo*, 1977, p. 84. Sempre se poderá adiantar – e pense-se que apontamos à execução, como veremos, a finalidade única de reinserção social – que o princípio da “favor socialisationis”, existindo especialmente para os condenados ao cumprimento de penas longas de prisão (necessitados de tratamento), deve encerrar um significado diferente consoante as categorias de reclusos. Em apoio desta tese, cfr., especialmente, SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz*, in *Festschrift für BOCKELMANN*, p. 880; também CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 26 s., que, começando por afirmar a vigência da finalidade da execução “für alle Gefangenen” (anotação oitava), terminam, mais adiante, por extrair consequências diferenciadas dessa validade consoante as categorias de reclusos (anotação nona).

310. O problema pode ainda colocar-se relativamente aos crimes políticos, o que tudo mostra da complexidade da questão. Em sentido contrário ao do texto, cfr., A. BERISTAIN, *La reeducacion del condenado*, in *Sul Problema della Rieducazione del Condannato*, p. 342 s. Já GÖPPINGER (cit., in MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 639) afirma “que la suposición de una aptitud general de todos los delincuentes para ser resocializados es una ilusión, al menos hoy, segun nuestros conocimientos actuales y los medios de que disponemos”.

se mostram, nesses casos,³¹¹ perfeitamente adaptados “a los standards de vida burguesa”.³¹²

Simplesmente, o conceito de reinserção social que está em causa toma como sistema de referência uma certa concepção de legalidade penal que – ademais quando esta legalidade reflete uma sociedade pluralista e democrática – permite superar as objeções surgidas e que nos faziam oscilar entre os possíveis entendimentos de uma e outra vias preconizadas. Objetar-se aqui, de novo, com a contradição entre “domínio” e “autodeterminação” ou com o fantasma da reinserção social coercitiva não são mais argumentos decisivos.

Precisamente quanto a este elemento de coação há que ter em conta o fato de, contrariamente ao que acontece com as normas morais – nada legitimando, por parte do Estado, a sua imposição coativa – a característica fundamental das normas jurídicas será essa possibilidade, caindo assim, pela base, as objeções que desse ponto de vista se formulam contra a imposição coativa de normas morais.³¹³

E que – sendo este ponto fundamental – a coação de que aqui se fala, exercendo-se sobre a personalidade do indivíduo, diga respeito à personalidade *exterior* e não moral ou interior – respeitando, do mesmo passo, a sua esfera íntima de proteção – só pode ser um entendimento pacífico, respeitando-se um direito penal da culpa (pela personalidade) que arranca da proteção de bens jurídicos.

Nem – previna-se desde já e na linha do que ensina EDUARDO CORREIA – com uma concepção de culpa da personalidade corre-se o risco de “desembocar em uma terrível concepção do direito penal que transforma a culpa jurídica em culpa moral, desrespeita os limites que ao direito devem ser assinalados pela esfera pessoalmente reservada ao homem, pela inviolabilidade do foro da sua consciência moral”.³¹⁴

311. Dão-se aqui como exemplos os casos dos criminosos de guerra nazis ou a criminalidade de *White-Collar*. Cfr. MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 631 e notas 26 e 27.

312. Assim, BERGALLI (n. 268), p. 44. Do que se trata, afinal, é de criticar aqui o conceito de reinserção social que surge como um conceito *seletivo*. Cfr., MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 631 s.

313. Cfr., MUÑOZ CONDE (n. 257), p. 632 e nota 31.

314. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma* (n. 5), p. 37. De resto é ainda o autor que afirma, “esta crítica já de há muito que se dirige, indiscriminadamente,

O direito penal “não deve, nem pode, partir da interioridade da personalidade; antes se lhe impõe que arranque dos interesses ou bem jurídicos que protege ou afirma e, portanto, antes de tudo, dos tipos legais de crimes”;³¹⁵ e, saber quais são esses fatos que se atualizam em fatos ilícitos típicos³¹⁶ “é coisa que depende de pontos de vista completamente diferentes dos que determinam a sua relevância moral, por isso que enquanto o juízo moral não passa por qualquer triagem prévia proveniente da pura exterioridade, todo o direito penal, diferentemente, arranca da proteção de bens jurídicos...”.

Assim, “a ‘censurabilidade’ de que se reveste o juízo de culpa jurídica³¹⁷ é eminentemente estranha a quaisquer idéias de admoestação ou reprovação moral e *quer só traduzir um específico sentido ético-social de desvalor da personalidade do delinquente*” (destaque nosso). Daí que a personalidade que é substrato da culpa jurídico-penal não seja a personalidade moralmente desvaliosa, mas a tradução *externa* (a “máscara”, talvez possamos dizer assim) do modo de ser que, sem perder a sua ligação ao ser livre, releva para o direito e para a comunidade jurídica e social.

As longas citações parecem poder justificar-se por serem feitas precisamente no momento em que a reinserção social surge ligada a este direito penal da culpa e deve ser feita regressar aos seus verdadeiros limites. Assim, da mesma forma, não toma ela por modelo “uma personalidade moralmente valiosa, mas simplesmente a personalidade que conforma a sua atuação com as exigências que o direito faz à conduta *exterior* dos cidadãos”.³¹⁸

a toda e qualquer tentativa de ligar a culpa à personalidade do agente (nota 61), apontando que “os perigos que assim se assacam a uma consideração da culpa no plano ético não desaparecem, antes se potenciam “pela via de uma consideração naturalística e pragmática da personalidade do criminoso”. Vide EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 30 s., especialmente, p. 31.

315. Vide EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 32.

316. Segue-se a exposição de FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 38 s.

317. “Culpa jurídica e culpa moral... estrutural e funcionalmente diferentes desde o início”. Vide FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 38.

318. Vide, FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 39 e nota 62. É sabido como a concepção de culpa de que arranca este direito penal “repousa afinal em uma idéia

Com o que o sentido reeducador ou pedagógico de execução da pena privativa de liberdade – assim justificado e exigido mesmo no plano ético-jurídico – começa a ganhar contornos precisos.

Os termos da questão podem pôr-se ao escolher entre falar de “regeneração” ou “reinserção social” do recluso.³¹⁹ Se “uma regeneração perfeita e integral do delinquente importaria que se obtivesse a sua adesão interior autônoma aos valores da ordem jurídica e o fortalecimento da personalidade dos indivíduos de maneira a não os ofender”, tal não pode exigir o direito. Já BEAUMONT e TOCQUEVILLE³²⁰ – a propósito das vantagens dos sistemas de Auburn e Filadélfia –, em termos que hoje continuam a ser válidos, notavam que “se uma reforma radical do delinquente seria ideal, a sociedade já poderia e deveria bastar-se com a sua reforma “legal ou cívica”, com o “fazê-lo obediente”.

As exigências do direito não poderão ir ao ponto de forçar o indivíduo a aderir a valores que bem podem não coincidir com o quadro ético de cada um – divergência que no direito penal deve reduzir-se ao mínimo³²¹ –, antes devem bastar-se com a sua

profundamente ‘optimista’ do homem, que lhe reconhece em princípio as forças necessárias à sua recuperação social e mesmo à modificação da sua atitude interior – à autêntica ‘metanóia’ – perante a vida e as coisas”. De fato, salientando esta idéia de que em qualquer tentativa séria de recuperação, mesmo só externo-social, sempre terá de estar presente uma metanóia, na base da qual está a compreensão do arrependimento resultante de uma tal concepção de culpa, FIGUEIREDO DIAS (n. 195), p. 201 s., especialmente 203 s. e *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 1969, p. 239, nota 14.

Esta característica do direito penal é, aliás, como é sabido, a nota essencial do pensamento de EDUARDO CORREIA. Nesse sentido, cfr., sobretudo, obra citada na n. 5, p. 62 s. É este autor exatamente a afirmar que “quando se aceita que importa, em todo o caso, referir reações criminais ao modo de ser do delinquente... é pelo caminho da culpa pela não formação da personalidade que, em mais larga medida, se garantirá o respeito devido pela esfera íntima da individualidade de cada um” (p. 34).

319. Segue-se, EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 40 s.

320. *Du Système Pénitentiaire aux Etats-Unis*, 1833, p. 106 e 107.

321. Cfr. EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 35; FIGUEIREDO DIAS (n. 5), p. 39 s., apontando a necessidade de descriminalização – para que a distinção entre moral e direito ressalte – no sentido de destruição no seio do direito penal de

reinserção na vida em sociedade, com a (preparação da) sua *capacidade* para não ofender os comandos jurídico-criminais.

Adere-se, assim, sem receio – porquanto devidamente alicerçada – a uma idéia pragmática, menos otimista, talvez, mas, nesse sentido, também menos “utópica” e mais realista.

Ideal seria sempre uma reforma *radical* do delinqüente, mas irrecusável será também, entretanto, que, quando os homens revelam capacidade de adaptação para respeitar a ordem jurídico-criminal, cessa a legitimidade do direito para exigir a sua reforma moral.³²² De fato, é importante salientar a diferença existente entre as exigência das considerações expostas e aquelas posições que poderiam eventualmente redundar numa modificação da personalidade ou convicções do recluso.

A visão, em parte menos eticizante do direito penal que assim se tem por pressuposto – enquanto não se pede ao indivíduo que *concorde*, que *adira* aos deveres jurídico-penais, apenas que crie disposição interior para não os violar e capacidade para os respeitar – não se confunde, no entanto, com uma visão puramente “preventiva” das tarefas que cabem ao direito penal, em que o problema da reeducação do condenado deve ser enquadrado nesse clima particular e referido àquela função (preventiva). As terríveis conseqüências de uma tal posição levaram a repudiar *a priori* um processo de reeducação que – salvaguardados os corretos limites –, como tal, é mesmo a única idéia que pode legitimamente defender-se.³²³

qualquer dogmatismo moral, como uma exigência do Estado de direito social e de um verdadeiro direito penal da culpa.

322. Cfr., nota 319.

323. “Seria, naturalmente, carecido de sentido, continuar a esconjurar os fantasmas duma política criminal *eugénica*... Não pode, todavia, esquecer-se que muitos dos postulados de fundo daquelas teorias continuam a presidir ao quadro de representações colectivas e aos estereótipos mais divulgados em relação ao crime e ao criminoso. E, por isso, a predeterminar as soluções práticas da política criminal. É o que acontece, manifestamente com o *modelo médico* de resposta ao crime e ao criminoso e com a *ideologia de tratamento* que lhe preside”. Vide FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE (n. 185), p. 261.

Com efeito, – na pura lógica positivista –, pelo que se refere ao caráter da reeducação como fim da execução da pena, desapareceu qualquer idéia ética. Deixemos falar BETTIOL:³²⁴ “O processo de *naturalização* da idéia preventiva pedagógica é, através do critério da readaptação, levado às suas mais radicais conseqüências, privado de qualquer momento de ‘valor’, depauperado de qualquer conteúdo espiritual, identificado, em substância, com a idéia do amestramento ou da habituação às técnicas da vida social, de que também o animal pode ser objeto. Foi, assim, afastado qualquer momento espiritual, e a emenda, como sinônimo de abertura do espírito aos valores morais, banida do campo penalístico”.

Aparecendo a idéia de reinserção social justificada e exigida por intuítos meramente defensistas – o que na perspectiva que se defende não se verifica, como já vimos – pode desembocar nestes resultados. É o defrontar de novo com a oposição a todo o positivismo legal arbitrário, com toda a problemática de um direito penal que só reconhecesse como válido o critério da utilidade que, por isso, urgia que realizasse a moral ou, ao menos, por ela se limitasse.³²⁵

Por aqui vemos, então, como a problemática da reinserção social toca o limiar da própria concepção do direito, *maxime*, do direito penal. A posição tomada quanto ao sentido a conferir-lhe não é independente desta nova ordem de considerações que se prendem com a própria fundamentação natural ou ética do direito ou que se baste na livre decisão dos detentores do poder político.

A questão é por demais controversa e supõe a resolução da tradicional antinomia entre o “jurídico” e o “natural” ou “sociológico”, o que, de todo em todo, nos é alheio tratar aqui.³²⁶

Irrecusável será sempre, contudo, admitir que “eliminar do direito penal todo o critério ético de base ou de valoração corresponde” – segundo BETTIOL³²⁷ – “a privar a nossa disciplina de um terreno

324. Cfr. obra citada *in* nota 182, p. 270 s.

325. Sobre a ideologia positivista, cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 318), p. 109 s.

326. A dogmática jurídico-penal vem, de há muito, tentando resolver a questão (*vide* FIGUEIREDO DIAS (n. 318), p. 98 s.), bem como a criminologia (*vide* *Criminologia*, cit. (n. 518), p. 129 s., especialmente, p. 133 s.).

327. Cfr., nota 182, p. 271; no mesmo sentido, K. PETERS (n. 254), p. 505 s.

fecundo, direi até que o único fecundo". O que se nega – e isso parece pacífico – é que "o Estado possa impor a virtude", para continuarmos a utilizar a terminologia de BETTIOL.³²⁸ O que o Estado pode fazer – e deve, como já vimos – é criar condições – pondo *ao seu dispor* meios que ajudem o indivíduo a resolver os seus problemas, complexos, conflitos internos e deficiências de socialização – para que possa conduzir a sua vida sem violar os comandos jurídico-criminais. Isso é, para que não cometa crimes, compartilhe ou não dos valores defendidos, podendo tentar, neste último caso, a sua modificação, mas por outra via (adequada) que não a da criminalidade.³²⁹

Ao pretender alcançar o objetivo de reinserção social não se quer portanto que o indivíduo assuma como próprio o modelo social e os valores. O que se tem em vista é apenas torná-lo *capaz* – criando-lhe disposição interior nesse sentido –, em qualquer caso, de não cometer crimes, facultando-lhe para isso os meios necessários e adequados. Trata-se, assim, em último termo, da afirmação de que basta alcançar o respeito externo pela legalidade penal, enquanto a reinserção social que pretende fazer o indivíduo assumir ou interiorizar os valores sociais ou morais se aproxima perigosamente de métodos próprios de um qualquer sistema totalitário.

Com tudo isto parece entretanto que continua a deixar-se aberto campo para as críticas suscitadas pelos setores que de alguma forma se opõem à via que assim se preconiza.

Só que – e mais uma vez a questão se prende com o próprio caráter da norma penal – não é forçoso que a forma originária da

328. Cfr., nota 182, p. 273. Aí se pode ler: "O homem tem a liberdade de fazer o bem, mas é também livre para se orientar no sentido do mal e persistir no mal, sujeitando-se a sofrer as consequências do mal perpetrado. Ninguém pode obrigar o homem ao bem, porque nesse caso a acção perderia o seu mais precioso significado moral. Ninguém está autorizado a penetrar no íntimo da consciência humana, para procurar imprimir-lhe uma orientação... A educação coacta – ... – não pode deixar de produzir uma profunda ferida na liberdade de orientação e de consciência do homem preso".

329. Já de uma perspectiva marxista BARATTA defendia para os crimes das classes mais desfavorecidas, que se tratava "en la mayor parte los casos una respuesta inadecuada, individual e irracional a las contradicciones de las relaciones sociales de producción y distribución", *in* artigo citado (n. 268), p. 49.

norma jurídico-penal se veja como “constituída por uma ‘ordem’, impositiva ou proibitiva”, como um puro imperativo.³³⁰ Caso em que, dirigida em primeira linha à conduta externa dos indivíduos e não à motivação interior que a esta preside, sempre permitiria o seu “amestramento” para a não violar.³³¹

A não ser assim – e embora não se considerando tampouco a norma penal como definidora de valores absolutos e imutáveis³³² o que sempre implicaria que o indivíduo a eles devia aderir, justificando uma atuação coercitiva nesse sentido e que necessariamente significava alteração ou modificação da sua personalidade interior – parece que um entendimento correto será o que supõe sempre para a norma imperativa ou “de determinação” uma norma de valoração “que a *antecede*, ou, quando menos, *coexiste* com aquela, sendo a determinação proposta, *uno acto*, com a valorização”.³³³

A idéia que por este modo lhe corresponde, de um direito penal ao mesmo tempo “eticizado” e “purificado”³³⁴ tem particular relevância neste contexto.

Se o indivíduo deve, por um lado, pura *obediência* à lei jurídico-penal – é a adaptação externa ou o momento imperativo *tout court* – deve, por outro lado, *aderir* aos valores que lhe estão subjacentes, esperando-se que se corrija, que se eduque, *no sentido de se tornar capaz de os respeitar*. Desta forma se salvaguardando a necessária interiorização – agora não apenas no sentido mecânico – que, não se nega, sempre será pressuposto real de uma verdadeira ressocialização.

330. Assim, FIGUEIREDO DIAS (n. 318), p. 118 s.

331. Aqui se compreendendo a crítica movida contra este sentido da reinserção social a propósito dos programas mínimos de tratamento, acusando-os de facultarem uma ação coercitiva sobre o indivíduo.

332. Sobre este sentido da norma penal, de alguma forma ligada à idéia de retorno ao direito natural, cfr. FIGUEIREDO DIAS (n. 318), p. 112 s.

333. Vide FIGUEIREDO DIAS (n. 318), p. 122. Afirma o autor: “Quando hoje se apela para a forma imperativista da norma jurídica já não se pretende em regra abrir a porta a uma concepção ferreamente positivista do jurídico, mas só vincar a idéia de que a validade que fundamenta a norma não basta para a constituir em norma *jurídica*, para tanto se requerendo o concurso de uma vontade, e, assim, que aquela se arme de um imperativo” (p. 121).

334. Assim, EDUARDO CORREIA (n. 20), p. 28.

O que sempre residirá na base deste entendimento é que “para obter uma tal coincidência entre a lei criminal e a consciência tanto poderá partir-se de uma adaptação da personalidade dos homens ao quadro dos valores afirmados pelo direito penal, como do dever que ao legislador cabe, na medida do possível, de depurar este ramo do direito de tudo o que não corresponde àquele mínimo ético a que devem aderir todos os membros da comunidade”.³³⁵ o nosso caminho é, manifestamente, o último.

Assim alicerçada, nunca a reinserção social corre o risco de se transformar numa modificação da personalidade do indivíduo. Aquele segundo momento sempre estará limitado pelo primeiro que faz cessar a legitimidade do direito para intervir quando se manifesta exteriormente, pelo respeito da legalidade penal, que o indivíduo aderiu – presumivelmente – aos valores. Não se vai mais longe do que isto nem pode legitimamente pretender-se mais.

Neste processo de adaptação externa à legalidade é pois garantida a salvaguarda da *liberdade* do homem a quem sempre compete, em último termo, decidir sobre a adesão ou não aos valores que a ordem jurídico-penal defende. Eles representam já o mínimo exigível a que o indivíduo não aderindo fica legitimamente sujeito a sofrer as consequências; mas sendo apenas a *capacidade* – que sempre pela norma se pode motivar, encerrando ela um valor – para os respeitar que se pretende formar. Colocada assim a liberdade do homem na base de todo o entendimento do direito penal, também aqui se tem de aceitar que ao indivíduo cabe, em última análise, a decisão final de não cometer crimes.³³⁶

De resto, só este sentido da reinserção social – servindo o objetivo de evitar a prática de futuros crimes – é legítimo do ponto de vista da relações entre o Estado e o indivíduo.³³⁷

Não existe qualquer proibição jurídico-constitucional obstando a que se fale numa idéia de correção com o sentido preciso de formação de capacidade interior para não cometer crimes.³³⁸ Nem

335. EDUARDO CORREIA (n. 5), p. 35.

336. No mesmo sentido, CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 30.

337. Cfr. p. 95 s. do capítulo anterior.

338. Do que unicamente se pode falar é de limites constitucionais válidos para a delimitação da posição jurídica advinda da situação de recluso. Não se pode

esta correção em que assim se pensa envolve qualquer violação do respeito pela dignidade humana, limite constitucional que sempre tem de estar presente àquela idéia e que aponta, ele próprio, o sentido da reinserção social.

Na verdade, não pode nunca ser tarefa da execução “moralizar” em tom autoritário, transformar a personalidade ou impedir o livre desenvolvimento da autonomia do recluso, que, pelo contrário, se quer fomentar.³³⁹ Nem o sentido conferido à correção pode assim justificar a imposição de medidas ou a utilização de métodos que por qualquer forma transformem o recluso em mero objeto de tratamento.³⁴⁰

É significativo, no entanto, o apelo que não deixa de ser feito à responsabilidade social do recluso.³⁴¹ Assim, se a sua preparação “para, no futuro, conduzir a sua vida... *sem que pratique crime*” tem uma função “externa” muito importante – como controle, por parte da sociedade, dos resultados obtidos através da execução de penas privativas de liberdade – do ponto de vista “interno” da execução aquele objetivo não aparece justificado por si próprio: será antes a responsabilidade social, a conseguir no quadro de um tratamento desenvolvido no sentido de o recluso se tornar capaz de solucionar positivamente – querendo – os conflitos (potenciais) com que se depare, que lhe abrirá a possibilidade de conduzir, no futuro, uma vida “sem que pratique crimes”.

dizer que o princípio da correção viole, de uma maneira geral, os direitos fundamentais do indivíduo; do que se trata é – como se verá no Capítulo seguinte – de não respeitar, por exemplo, o princípio da proporcionalidade na limitação de um específico direito fundamental do recluso.

Sobre isto, neste sentido, B. HAFKE, *Gibt es ein Verfassungsrechtliches Besserungsverbot?*, in Mkrim 58 (1975), p. 246 s.

339. Servindo-nos da justificação ao § 2.º do *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes* (n. 172), p. 57, tarefa da execução não pode ser “den Verurteilten zu einem tadel freien Bürger zu erziehen”. De resto, do n. 2 daquele parágrafo expressamente constava: “Der Vollzug darf nicht auf weitergehende Veränderungen der Persönlichkeit oder der Überzeugungen des Verurteilten gerichtet sein”.

340. Neste sentido, A. KAUFMANN (n. 198), p. 46; MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 79.

341. Vide CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 29 s.

Em última análise resulta assim que, falar em responsabilidade social significa tão-só, relativamente à estrutura organizatória da execução e de interação com os reclusos, pôr à sua disposição *os meios* necessários à realização da finalidade de execução. A responsabilidade social não se confunde, pois, com o fim da execução, sendo apenas considerada o modo por que este se pode tornar possível: durante a execução deve ser prestada ajuda ao recluso para que se torne capaz de escolher face às alternativas com que (eventualmente) se deparará; mas, em definitivo, a realização do objetivo pretendido – uma vida sem que pratique crimes – é fruto de uma *opção* do indivíduo pelo lícito ou pelo ilícito em uma certa situação.

Torna-se assim claro que, no âmbito do mais amplo respeito pela autonomia e personalidade humanas, ressocializar – como o sentido exposto – signifique formar intelectual e espiritualmente, despertar a consciência da *responsabilidade* e ativar e desenvolver todas as capacidades do recluso, especialmente as suas capacidades próprias. “O criminoso não é, como muitas vezes julga o leigo, um homem forte cuja vontade tem de ser quebrada, antes, em grande número de casos, um ser diminuído, inconstante e pouco dotado, por vezes com traços psicopáticos e que procura compensar através de crimes o seu complexo de inferioridade provocado por uma deficiente preparação para a vida. Para o ajudar é necessário a cooperação de juristas, médicos, psicólogos e pedagogos contribuindo para o aperfeiçoamento de um programa de ressocialização”.³⁴²

De uma execução que crie as bases necessárias para esta reinserção social – cujo sentido último é o de evitar a prática de crimes futuros – pode pois fazer parte a formação da sua responsabilidade social. O que se reconduz, a um tempo, a um entendimento da realidade social que coloca a dignidade humana no centro da sua ordem de valores e que não pode iludir a responsabilidade pela sorte dos mais desfavorecidos.

Entretanto, as considerações até ao momento expendidas afastam por si só qualquer dúvida que ainda subsista quanto ao perigo de, por esta forma, não se respeitar a separação entre moral e direito.³⁴³

342. K. ROXIN, *Sentido y limites* (n. 28), p. 32.

343. Claramente denunciado foi este perigo pelo *Alternativ-Entwurf* (n. 172), p. 55.

Desconhecer esta objeção, por um lado, aquele aspecto das coisas que se vem repetindo: a de que a fórmula subscreve, por parte do legislador, apenas o *modus* de alcançar o objetivo pretendido; por outro lado representa, de certa forma, o reconhecimento implícito de que é pelo menos duvidoso conseguir preparar o recluso para uma vida futura – com o alcance que lhe é dado – sem exercitar, ao mesmo tempo, a sua responsabilidade social. Sob o ponto de vista empírico-criminológico parece difícil uma separação conceitual entre “responsabilidade social” e “uma vida sem que pratique crimes”. A (re)socialização, como puro exercício de uma legalidade jurídico-penal encontraria aí o seu mais importante fator de impedimento se não pudesse aspirar, ao mesmo tempo, a criar no recluso a devida capacidade de adaptação social e um correspondente sentido de responsabilidade.³⁴⁴

O que claramente se reafirma através da acentuação deste aspecto é que o recluso não pode ser transformado em mero objeto de medidas de execução com sentido coercitivo.

Uma tal execução seria contrária, como já vimos, à Constituição, mas suporia, igualmente, um falso e errado entendimento do tratamento que tem como objetivo evitar a reincidência. Aquele, bem como a reinserção social com o significado que lhe atribuímos, então dependentes, em grande parte, da *participação* do recluso. Nenhuma forma de terapia a prosseguir no contexto da execução pode esquecer

344. Tudo isto só vindo a corroborar afinal o sentido atribuído à reinserção social.

Em apoio desta tese, confira na doutrina alemã, E. SCHMIDT, *Der Strafvollzug in der Gedankenwelt Gustav Radbruchs*, in ZStrVo, 1960, p. 76 s., especialmente, p. 82 s.; G. BLAU, *Aufgaben und Grenzen der Kriminalpädagogik*, in Busch/Edel, 1969, p. 385 s.; KAISER, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 56; G. BEMMANN (n. 309), p. 896; T. WÜRTENBERGER, *Von rechtschaffenen Gewissen*, in Festschrift für ERIK WOLF, 1962, p. 337 (fala em criação de uma consciência para o direito ligada a estar no mundo com os outros); MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 78: “Das ‘Weniger’ bloßen Legalverhaltens kann vielfach nur erreicht werden, wenn das ‘Mehr’ einer Sozialisation des Täters erfolgreich angestrebt wird”; segundo, GÖPPINGER, *Kriminologie*, 1976, p. 243 (cit., KAISER (n. 68), p. 56), mostra a experiência que o descuido no cumprimento dos deveres sociais e uma deficiente interiorização das normas sociais pertencem aos fenômenos mais importantes que podem estar na base de um comportamento criminal.

a consideração estreme do recluso no seu papel de sujeito – o que, no *processo de ressocialização*³⁴⁵ só acontece quando ele é respeitado como ser humano.

Ao pretender através da estrutura organizatória deste processo tornar possível a conduta futura do indivíduo de acordo com os preceitos legais tem-se em vista a sua participação nesse processo de modo a que, já na execução, a sua responsabilidade social seja exercitada.³⁴⁶

Sendo a opinião seguida a de que a execução não pode consistir na tarefa de fazer do recluso um cidadão modelo ou promover a sua doutrinação ideológica, vem a fórmula a que se recorreu – responsabilidade social – a funcionar como garante da subjetividade do recluso, apontando o sentido da preparação da sua capacidade para uma regulação autônoma e responsável da sua vida como pressuposto da realização do objetivo da execução.

2.1.2. O tratamento

O carrear deste sentido da reinserção social é ainda o único compatível com uma *idéia de tratamento* – isto é, com uma ação não meramente negativa relativamente ao recluso – em que lhe são oferecidas possibilidades materiais, profissionais, educativas, psicológicas, etc., que facultam a sua preparação para respeitar a legalidade penal, ou, em todo o caso, para se decidir em liberdade e responsabilidade pelo caminho do lícito ou do ilícito.

Mais do que isto, contudo, só uma *idéia de reinserção social* com este sentido é compatível com o princípio da *livre decisão* do

345. Repare-se não utilizarmos a expressão “processo de aprendizagem social” pela conexão latente com um qualquer processo de aprendizagem (-amestramento) coactivo de normas imperativas, impostas ao indivíduo sem lhe estar subjacente qualquer conteúdo valorativo ou sem respeitar a sua dimensão humana.

346. Neste sentido contribui, de forma decisiva, a participação do recluso na reinserção social, especialmente na elaboração do seu plano individual de readaptação (art. 3.º e 4.º), bem como a co-responsabilização pelos assuntos de interesse geral (art. 5.º).

recluso de *aceitar, cooperar* ou *recusar* o tratamento (*princípio do tratamento voluntário*).³⁴⁷

É este um princípio que não pode deixar de se fazer valer aqui dado o perigo que para os direitos fundamentais dos reclusos representa a imposição de um tratamento coativo.³⁴⁸

O “tratamento”, quer seja realizado em liberdade, quer em caso da sua privação, é sempre um direito do indivíduo e não um dever que lhe possa ser imposto coactivamente, caso em que sempre se abre a via de uma qualquer manipulação da pessoa humana, redobrada quando esse tratamento afeta a sua consciência ou a sua escala de valores. O “direito a não ser tratado” é parte integrante do “direito de ser diferente” que deve ser assegurado em toda a sociedade verdadeiramente pluralista e democrática.

347. Ligando o carácter voluntário à finalidade (mínima) de reinserção social, J. FEEST, in *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, Gesamtherausgeber R. Wassermann, 1980, p. 11 s., afirmando que o tratamento “Angebots-nicht Zwangscharakter hat” e apontando que “bei der Vollzugsgestaltung soll der Chancenverbesserung Vorrang vor de Persönlichkeitsveränderung zukommen”. Existe, de resto, uma vasta bibliografia sobre o assunto: cfr., nomeadamente, U. KRÜGER, *Behandelinstatt Strafen*, in *Mkrim*, 1977, p. 218 s. (*vide*, especialmente, p. 225); H. SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht*, p. 261: “Die Resozialisierung wird nur insofern als zulässig angesehen, als sie dem Verurteilten angeboten, doch nicht aufgezwungen wird”; ROXIN, *Sentido y límites* (n. 28), p. 32 e 33; CALLIESS (n. 182), p. 75, 155 s., 173 e 209 s., salientando que o tratamento deve contar com a participação e o diálogo do recluso, que pode negar-se a ser ressocializado (p. 75); N. MORRIS, *The Future of Imprisonment*, 1974; *id.*, *Punishment and Prisons*, in *Justice and Punishment*, J. B. Cederblom e W. L. Blizek, ed. 1977, p. 157 s.: Rehabilitation should be voluntary (p. 162); *id.*, *Prison in Evolution*, in *Community Corrections*, 1976, p. 7 s.; A. v. HIRSCH, *Doing Justice. The Choice of Punishment*, 1976, p. 115 s.; D. FOGEL, *Traitement Pénitentiaire et Contrainte*, in *Déviance*, 1979, vol. 3, n. 2, p. 149 s., especialmente, 153 s.; GALLIHER e McCARTNEY, *Criminology – power, crime and criminal law*, 1977, p. 459 s.; MIR PUIG, *Introducción* (n. 182), p. 108 e 109; A. LOPEZ REY, *Some Misconceptions in Contemporary Criminology, Essays in Criminal Science*, 1961, p. 5 s.

348. Cfr., neste sentido, KAISER (n. 68), p. 363; CALLIESS (n. 182), p. 158 s.; MIR PUIG, *Introducción* (n. 182), p. 164 s. Note-se, ainda, o art. 60.º, n. 2 de Ley Orgánica General Penitenciaria, I-1979, de 16 de setembro: “... métodos de tratamiento y los medios... respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena...”.

Antes de prosseguir explicitando aquele princípio e sua validade entre nós, impõe-se, contudo, ensaiar uma definição deste controvertido conceito.

Ao falarmos de tratamento importa desde logo esclarecer que se trata de um *meio* ao serviço da obtenção da finalidade da execução da pena privativa de liberdade. E isto não obstante as dificuldades que apresente a sua realização no âmbito dos estabelecimentos penitenciários.³⁴⁹

No entanto, examinando a genealogia da prisão e acompanhando a história do desenvolvimento desta instituição logo se constata que o tratamento ocupou, desde os seus primórdios, um lugar de ponta no discurso que versa sobre os seus objetivos.³⁵⁰ Concebido primeiro e sobretudo como uma *ação moral e educativa*, depois e gradualmente como *ação médico-psicossocial*, ocupou uma posição dominante nos finais do século passado e particularmente nos dois primeiros terços do século XX, de certo modo vindo colmatar as lacunas deixadas pela superação de outras finalidades.³⁵¹ Melhor do que qualquer outro, aquele conceito veio mesmo legitimar, em períodos de crise, a existência e a manutenção da instituição prisional. Pode dizer-se, de fato, que a eficácia da idéia de tratamento se afere também – e para além dos aspectos que de seguida teremos ocasião de abordar – pela sua permanência a nível de discurso ideológico, favorecendo e sustentando, ainda que como pretexto, a manutenção da prisão. Já outro sendo o efeito das investigações criminológicas nesse domínio, que poderão mesmo contribuir para a desestabilização das construções ideológicas que suportam a instituição prisional.

349. Cfr. PINATEL, *La Prison peut-elle être transformée en institution de traitement?*, in *Annales Int.*, 1969, p. 33 s.

350. Veja-se, por exemplo, a lei inglesa de 1778, redigida por BLACKSTONE, EDEN e HOWARD, onde já se encontrava uma noção de tratamento ligada a uma idéia de “cura psicomoral” a fim de inculcar no indivíduo os princípios de todos os deveres cristãos e morais. O que se tinha em vista, com estes métodos, era conseguir a reforma e correção dos reclusos. Cfr. E. SUTHERLAND e CRESSEY, *Principes de Criminologie*, 1970, p. 470.

351. Neste sentido, J. WILSON, *Thinking about crime*, p. 172 e 173.

O que não significa, por outro lado, não reconhecer que algumas teorias reformistas, tendo embora contribuído para melhorar em muitos aspectos a condição jurídica do recluso, não deixaram de a agravar porquanto conduziram a excessos que afetam direitos humanos fundamentais.

É neste ambiente assim entretecido que os debates atuais em torno da idéia de tratamento se colocam com mais acuidade.

Reconhece-se, desde logo, que, agudizando-se a descrença numa política de tratamento se cria, ao mesmo tempo, o terreno ideal para implantar uma política abolicionista ou moratória.³⁵²

Outra via a que de igual forma se abre o passo é a de opor à formação e tratamento uma prisão “humanitária”.³⁵³ Diz-se então que o sistema penitenciário, ao adotar o “modelo de tratamento”, subscreveu uma falsa analogia com o modelo médico, havendo outras maneiras de definir as finalidades da atividade da administração penitenciária, nomeadamente, através da detenção humanitária.

Ora, preconizando-se assim apenas uma política de prevenção da deterioração das condições de vida do recluso evitando os efeitos nocivos da privação de liberdade, não se logrou dar à execução o conteúdo positivo que em larga medida justifica. Uma detenção segura e humanitária não basta nem consegue ser a base de funcionamento dos estabelecimentos penitenciários. Desde logo, sem precisarmos já de ir mais longe e destacando um aspecto muitas vezes subalternizado, porque não toma em consideração as necessidades e aspirações do pessoal encarregado da execução; uma política de tratamento que reduza os funcionários da prisão unicamente ao papel de “guardas” será necessariamente regressiva.

A idéia de tratamento como meio para obter a reinserção social não se vê assim excluída, antes retorna com redobrado vigor³⁵⁴ exigindo, do mesmo passo – para poder vigorar –, a precisão do

352. Sobre o que isto pode significar, vide HALL WILLIAMS, *Le changement de concept de la prison*, in *La Criminologie, bilan et perspectives – Mélanges offerts à Jean Pinatel*, p. 165.

353. Vide H. WILLIAMS (n. 342), p. 163.

354. Fornece-se, assim, ampla base à “maximização do potencial de reforma do recluso” (cfr. H. WILLIAMS (n. 342), p. 166 s.).

seu conteúdo, alcance e limites. Só definindo corretamente o tratamento se pode com legitimidade combater os opositores do modelo.

É o que intentamos aqui, embora reconhecendo desde logo que se trata de tarefa árdua e difícil que não pretendemos de modo algum esgotar.³⁵⁵

As dificuldades avolumam-se, já que tudo o que acontece ao recluso na prisão pode constituir *tratamento*. Reconhece-se a “indefinição” de uma tal “definição” e, ao mesmo tempo, não se evita a consideração de que “tudo isso” pode contribuir para obter um efeito contrário ao pretendido.³⁵⁶

Malgrado, sucedem-se, com essa direção, as tentativas de definição. Corretamente, o problema parece que se deve fazer incidir sobre a sua *natureza e meios* utilizados, já que a sua *finalidade* está resolvida enquanto já se encontra definido o sentido da reinserção social.

É ainda este último aspecto que sustenta a *natureza voluntária*³⁵⁷ do tratamento.

Que isto seja assim e não de maneira diferente deriva não apenas do fato de a finalidade do tratamento não ser a transformação da personalidade do indivíduo – o que não constituiria base suficiente para se defender tal asserção nem a faria resultar necessariamente – antes é exigido pelo respeito devido aos direitos fundamentais inerentes à sua dignidade humana.³⁵⁸

É nesta linha que uma abordagem da questão relativa à filosofia que deve presidir à organização dos estabelecimentos penitenciários

355. O tema extravasa manifestamente os nossos propósitos, só o abordando aqui na medida em que se torna necessário traçar ao conceito os justos limites que o tornam compatível com a posição jurídica do recluso salvaguardada.

356. Salientando este aspecto, D. FOGEL (n. 337), p. 151; PINATEL (n. 7), p. 194, fala de “efeitos fragmentários do tratamento”.

357. Vide nota 337.

358. Assim, J. BOIX REIG, *Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución*, in *Escritos Penales*, 1979, p. 115; G. GUZMAN, *En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria*, in *Escritos*, cit., p. 212; neste mesmo sentido, também, M. ANCEL (n. 74); cfr. ainda nota 337.

consiste em perspectiva-la como não impondo a reforma do recluso, mas oferecendo ocasião de melhorar as suas possibilidades de viver de acordo com a legalidade.

Estamos agora aptos a compreender que a alternativa apresentada – modelo de justiça – ao modelo médico (ou de tratamento),³⁵⁹ constitui uma forma falsa de equacionar o problema.

Não se pode aqui aprofundar o debate gerado em torno destes modelos, que, de resto, inúmeros artigos e trabalhos de fôlego já trouxeram a luz.³⁶⁰ Apenas não pode deixar de se referir a transformação operada nas últimas décadas, particularmente nos Estados Unidos, relativamente a este tema.

Durante cerca de um século a penologia norte-americana aceitara sem reservas o ideal da reinserção social e do tratamento. Até ao final da década de sessenta esta posição representava o ponto de vista esclarecido dos reformistas que introduziram tal perspectiva no centro das preocupações de política criminal. Bruscamente, viu-se esta corrente sujeita a uma contra-corrente: uma vaga de cepticismo, mesmo de hostilidade, cresceu por sobre a teoria e a prática penitenciárias assentes no ideal de tratamento e reinserção social.

Este ataque do nosso século contra a doutrina “oficial” da reinserção social encontrou aliás apoio, como já vimos, em orientações políticas e sociais muito diversas. E, basta conhecer a abundante literatura – que não é apenas científica – sobre o mundo da prisão para nos darmos conta de como o ideal de reinserção social bate em retirada.

A questão é pois colocada em termos radicais e reducionistas, resolutamente agnósticos, em relação ao modelo de tratamento, que rejeitam em favor do ressurgimento da idéia de *punição*.³⁶¹ Aliar o

359. Envolvendo sempre uma idéia de tratamento *coactivo*.

360. Cfr., entre muitos outros, NORVAL MORRIS, *The Future* (n. 337), p. 163; A. NORMANDEAU, *Faut-il transformer ou abolir la probation?*, p. 90 s.; D. FOGEL, *Pursuing Justice in Corrections*, in *Justice and Punishment*, cit., p. 125 s. defendendo aquilo a que chama o “*justice model*” que pressupõe, como conceito básico, a responsabilidade do agente.

361. Assim, D. FOGEL (n. 350) e (n. 337), p. 156 e 157. Neste último artigo exprime o Autor a sua desilusão em face do modelo de tratamento, nomeadamente

tratamento à pena – que, diz-se então, deve exprimir uma hostilidade em relação ao crime e ao criminoso e cuja característica essencial é a de infligir um sofrimento – só pode ser um fenômeno paradoxal.³⁶²

Por outro lado, advogar a transformação da pena em tratamento e do direito penal em defesa social é uma via perigosa. No futuro, talvez novas técnicas permitam substituir o crime pela conduta anti-social e a pena pelo tratamento. Na atualidade, contudo, o risco de arbitrariedade e de erro é tão grande que não se descortina uma razão para sacrificar as justificadas pretensões de segurança jurídica que informam o atual direito penal.

Assim, numa perspectiva menos radicalista, a consequência não é o abandono da idéia de tratamento nos estabelecimentos penitenciários, antes a sua consagração *sujeita ao princípio da voluntariedade*.

É hoje um coro unânime de vozes que se eleva contra a terapia obrigatória, que criminólogos e juristas condenam, adeptos da defesa intransigente dos direitos do indivíduo (-recluso), em nome de uma nova “jurisprudência dos direitos dos reclusos”³⁶³ e do seu direito de, em último termo, “ne pas jouer le jeu du traitement”.³⁶⁴

pela insegurança e arbitrariedade que da sua aplicação podem resultar. Expressivamente, afirma, a certo passo: “Une justice équitative pourrait être le meilleur traitement”.

No fundo, trata-se de defender a posição – que é nossa também, embora nos conduza a uma solução diferente – de que o ideal de tratamento não justifica limitações de direitos arbitrários. Como NORVAL MORRIS, também afirmamos que “le pouvoir que l’on exerce sur le delinquant ne devrait pas excéder ce qu’il serait si sa réforme n’était pas un des buts que nous poursuivions”.

362. Destacando esse aspecto, E. SUTHERLAND et D. CRESSEY, p. 270 e 325 s.: “le traitement suppose un système positif ou constructif par contraste avec le système des peines qui serait plutôt négatif ou neutre...”; em sentido idêntico, J. TOBY, *Is Punishment Necessary?*, in J. Crim., 1964, 55, p. 332 s.; H. A. BEDAU, *Concessions to Retribution in Punishment*, in *Justice and Punishment*, cit., p. 61, concluindo, aliás, que, não sufragando o princípio do tratamento voluntário e embora parecendo paradoxal, para respeitar o recluso como ser humano deve este ser punido e não tratado.

363. Aproxime-se esta afirmação do “modelo judiciário” descrito por H. WILLIAMS (n. 342), p. 169.

364. A. NORMANDEAU (n. 350), p. 91.

Pode dizer-se que é este, entre nós, o caminho prosseguido. Simplesmente, o ponto carece de maior precisão que nem sempre ganha, por estranho que pareça, aos avançarmos na definição do conceito.

De fato, não estão ainda delimitadas, de entre o conjunto das atividades que têm lugar nos estabelecimentos penitenciários – e que, é importante relembrar, são devidas ao delinqüente, na sua condição de recluso, enquanto ser humano e cidadão, como direitos que lhe correspondem enquanto tal – as medidas de tratamento em sentido estrito, cuja finalidade é sempre evitar a reincidência criando-lhes para isso capacidade.

Do que se trata é afinal de saber quais os *meios* adequados a utilizar para conseguir a reinserção do recluso na sociedade. O conceito *amplo* de tratamento que entre nós³⁶⁵ se consagra abrange na sua totalidade o campo de interação e comunicação entre os reclusos e o pessoal encarregado da execução, favorecendo, desse modo, a sua consideração como um conceito *aberto* onde se integram uma vasta gama de medidas cuja espécie e natureza resultarão do estágio contemporâneo de conhecimentos.³⁶⁶

365. Cfr., nomeadamente, art. 9.º do Decreto-Lei de Execução. Do mesmo modo, cfr. § 7.º, da lei alemã e abundante literatura sobre esse ponto, designadamente, H.-J. KERNER, *Behandlungs-und Vollzugsorganisation im neuen Strafvollzugsgesetz*, in ZStVo, 1977, p. 74 s.; H. BRANDT, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, in ZStVo, 1975, p. 129 s.; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 40 s.; MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 136; *Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire*, FIPP, Prefácio de P. CORNIL, p. X s., entendendo que o tratamento penitenciário “consiste em dar ao recluso adulto a formação geral que deveria ter recebido na juventude”.

Diferente é a solução adoptada, por exemplo, na legislação espanhola; aí se consagra claramente a distinção entre “*regime*” e “*tratamento*”, devendo aquele ser o mais adequado para que este possa ser levado a efeito como é devido. A distinção, de resto, não se afasta muito da idéia de PINATEL quando diferencia o “*quadro externo*” em que tem lugar o tratamento do seu “*conteúdo*”. Englobariam o conceito de *regime* as normas respeitantes a educação, trabalho, assistência médica, religiosa, ocupação de tempos livres, etc. (cfr., Título II), consistindo o *tratamento* “en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinsercion social de los penados” (art. 59.º, n. 1).

366. Criticando este conceito de tratamento como *catálogo aberto*, na doutrina alemã, J. M. HAUSSLING, *Das Dilemma des Behandlungsvollzugs*, in ZstVo.

Compreende-se que seja então difícil fazer valer para todos os casos, de uma forma geral e indiscriminada, o princípio enunciado do tratamento voluntário,³⁶⁷ sendo necessário procurar a solução apontada para os diversos casos, quando isso for possível.

A sua validade observa-se, desde logo, naqueles casos que têm um significado fundamental para as circunstâncias de vida e desenvolvimento do recluso, exigindo-se, na sua aplicação, o seu consentimento. De fato, abrangem-se aqui situações que apelam de forma particular para o acordo do recluso, pressupondo serem assumidas em responsabilidade e ao mesmo tempo pretendendo evitar-se que da sua aplicação resultem prejuízos.³⁶⁸

Para as restantes medidas, que o art. 9.º de forma não taxativa enuncia, nem sempre se poderá dizer que se encontra resolvido o problema do consentimento. O que fica a dever-se ao fato de se ter alargado o campo terapêutico, nomeadamente através da possibilidade de aplicação de “medidas especiais de assistência ou de tratamento”.³⁶⁹ E já tivemos ocasião de assinalar como se pode mesmo falar de uma ruptura do princípio do tratamento voluntário,³⁷⁰ dado o conceito amplo acolhido. Pelo que, a *necessidade de*

1976, p. 9 s.; SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 309), p. 873 e 874. Salienta este autor que o conceito – indefinido – de tratamento pode surgir, na prática, quando se trate de fazer restrições em casos concretos e se invoquem razões de tratamento ou motivos de ordem e segurança. Ora, se o binômio “ordem e segurança” tem um conteúdo consolidado pela tradição, já o mesmo se não passaria relativamente ao tratamento.

367. Contrariamente ao que se verifica no direito espanhol em que a distinção assinalada entre *regime* e *tratamento* permite afirmar, para este caso, a validade sem restrições do princípio.

368. Cfr. nota 252, Capítulo II. Trata-se dos casos referidos nos arts. 14.º, n. 2 e 50.º e segs. do Decreto-Lei de Execução.

369. Cfr. alínea g, do art. 9.º.

370. Cfr., p. 113 e sêgs. Cap. II. Não deve, contudo, deixar de se fazer referência ao caso da formação e aperfeiçoamento profissionais em que é relevante o consentimento (art. 63.º, n. 4); quanto à ocupação de tempos livres (art. 83.º e segs.) observa-se que é aqui decisivo desenvolver a preparação e o interesse do recluso na participação nos tempos livres (assim, art. 83.º, n. 2). Quanto a este ponto, relativamente ao direito alemão, cfr. KERNER, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 299 s..

participação consagrada e já referida ganha uma relevância muito particular. Ela será o último reduto a que se pode acolher o recluso na sua liberdade de não se ressocializar.³⁷¹ Só a *participação voluntária*³⁷² do recluso na execução lhe assegura, em último termo, a defesa do seu “direito a não ser tratado”.

Uma última nota que é importante não esquecer diz respeito às dificuldades que origina a falta de estrutura para conduzir a bom termo um tratamento minimamente eficaz. A sua realização – admitindo que as condições de vida prisionais o permitam realizar com êxito e que o recluso nele participa – requer, desde logo, *meios e pessoal* competente e adequado. A problemática relacionada com o pessoal encarregado da execução coloca-se cada vez com mais acuidade, salientando-se com particular insistência o fato de dever ser ultrapassada a noção tradicional de guarda prisional com funções limitadas às de vigilância. A importância concedida, entre nós, a este aspecto, revela-se pela atenção que lhe é dedicada no presente diploma legislativo,³⁷³ bem como pela preocupação de dotar de formação adequada o pessoal encarregado da assistência social.³⁷⁴

Por outro lado, e ainda dentro desta ordem de considerações, sendo o tratamento organizado na base da *individualização* e adequação à personalidade do recluso,³⁷⁵ pressupõe de forma

371. Com este conceito amplo de tratamento pode mesmo pensar-se que se está perante uma reinserção social obrigatória: *vide* art. 13.º, n. 1 (regras gerais em matéria de transferências; repare-se que aí se refere: “...quando desse modo se favoreçam o seu tratamento ou a sua reinserção social”); art. 31.º (proibição de visitas: “... ou dificultar a sua reinserção social”); art. 43.º, n. 1 (retenção de correspondência: “... ponha em perigo os fins da execução”); art. 85.º, n. 2 (retenção de publicações ou partes destas: “... que ponham gravemente em perigo os fins da execução”).

372. Cfr. p. 107 s., Cap. II.

373. Cfr. art. 194.º s., sobretudo, art. 194.º ns. 1 e 2 e art. 198.º, n. 1.

374. *Vide* Ante-Projecto de Serviços Externos de Auxílio à Reinserção Social dos Delinquentes.

Salientando este aspecto, do mesmo modo, a doutrina alemã, designadamente, B. MAELICKE (n. 157), p. 13 s.; E. SPITTLER, *Sozialarbeit im Strafvollzug – ein Erfahrungsbericht*, in *Mkrim*, 1977, p. 32 s.; SCHWIND/BLAU, *Strafvollzug in der Praxis*, cit., p. 109 e segs.

375. Cfr., especialmente, arts. 8.º e 9.º.

particularmente exigente a existência de meios materiais aptos para o efeito.³⁷⁶

O que tudo nos conduz a suspeitar que o nosso estudo deveria, antes de mais nada, entretecer-se ou, pelo menos, não esquecer, a situação atual material e objetivamente existente.

Sem querermos concluir, neste ponto, com a visão pessimista de MUÑOZ CONDE³⁷⁷ ao afirmar que o tratamento ressocializador “en las actuales circunstancias sólo puede considerar-se como una utopia e como un engaño”, sempre se estará tentado a afirmar, com o autor, que os atuais sistemas penitenciários navegam entre dois extremos: “la imposibilidad material de realizar ningún tipo de tratamiento por falta de medios, de personal y de condiciones objetivas para ello, por un lado, y el peligro de manipulación de la personalidad del delincuente, por outro”.

Afastar esta visão pessimista é o que nos propomos em seguida.

2.2. *Polêmica atual sobre o ideal de reinserção social*

2.2.1. O êxito e a implantação da “filosofia ressocializadora”

Em diversas ocasiões ao longo deste trabalho se deixou adivinhar a crise que atravessa o pensamento ressocializador.

Já vimos como apesar de equivocidade que pode andar ligada, no domínio penitenciário, à utilização do conceito – dados os diversos sentidos que lhe são cometidos – este se impôs de forma avassaladora.

376. Salienta-se aqui a importância dos centros de observação (art. 169.º). Base do tratamento penitenciário, a *observação* é considerada da máxima importância na medida em que permite o conhecimento das circunstâncias e elementos necessários a uma planificação do tratamento do recluso. Repare-se, contudo, que ela não é apenas definida como uma forma inicial de agrupamento de reclusos, antes como um *processo contínuo de análise e de atuação*, metodicamente organizado, que pode começar durante a prisão preventiva (art. 170.º, n. 1, a) e prolongar-se até à libertação definitiva.

377. Cfr. do autor, artigo citado *in* nota 257, p. 639.

Sobretudo depois da II Grande Guerra, dado o aumento de criminalidade e a ineficácia das severas formas de punição – ela própria aparecia como uma “reliquia inútil”³⁷⁸ – o ideal da sociedade transformou-se na ressocialização dos delinquentes. Um autor americano dos anos cinquenta – FRANCIS ALLEN³⁷⁹ – afirmava que, se não na prática, pelo menos teoricamente, a idéia dominava largamente o campo penitenciário.

Atualmente, parece poder dizer-se que os mesmos argumentos³⁸⁰ são invocados desta vez para depor contra o ideal ressocializador. Fala-se, inclusivamente, na crise do próprio direito penal – e, na sua consequência, da ineficácia da função da pena privativa de liberdade – revelando-se inoperante no domínio do combate à criminalidade.³⁸¹

De qualquer modo, é inegável o fascínio que o lema da reinserção social exerceu, permitindo-lhe apresentar-se como a fórmula mágica contendo em si todas as virtualidades para constituir uma correta alternativa face à clássica forma de conceber a

378. Cfr. C. R. JEFFERY, *Criminal Behavior and Learning Theory*, in J. Crim., 56, 1965, p. 294 s.

379. Cfr. *The Borderland of Criminal Justice-Essays in Law and Criminology*, 1964, p. 25 s. O autor chama a atenção para a verdadeira revolução operada no modo como o público passou a ver o crime e o criminoso, bem como “toward the proper treatment of the convicted offender” (p. 25). D. ROTHMAN (n. 18), p. 82, vê na jovem e otimista sociedade americana e no desenvolvimento das teorias sociológicas a origem do ideal ressocializador, que punha toda a sua fé no regime ordenado e regular das penitenciárias que “would inculcate the discipline that negligent parents, evil companions, taverns, houses of prostitution, theaters, and gambling galls had destroyed”.

380. O aumento de criminalidade é facilmente comprovado através de estatísticas. Cfr., um expressivo estudo comprovativo de T. R. GURR, *Crime Trends in modern democracies since 1945*, in *Annales Int.*, 16 (1977), p. 41 s.

381. Sobre a crise do direito penal e da pena privativa de liberdade, cujo aumento de criminalidade parece confirmar, vide H.-H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, in *ZStW*, 91 (1979), p. 1037 s.; H. SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht?*, in *ZStW*, VIII C, p. 611 s.; P. LEJINS, *La crise actuelle de la politique criminelle aux Etats-Unis*, in *Arch. Pol. Crim.*, 4, Paris, 1980, p. 45 s.; J. E. WILLIAMS, *Criminological myths and realities*, 1969; *id.*, in *Annales Int.*, 15 (1976), p. 29 s.

punição.³⁸² Fazendo parte deste conjunto de circunstâncias encontra-se, como não podia deixar de ser, o cariz humanitário que lhe anda ligado, e, de alguma forma, o seu ingrediente utópico, pressagiando uma sociedade melhor, não necessitada de sistemas repressivos para atuar sobre o comportamento criminoso. Uma sociedade que – para citar RADBRUCH³⁸³ – permita não já um direito penal melhor mas algo melhor do que o direito penal.

E, ao contrário do que à primeira vista possa parecer e que por muitos autores é defendido,³⁸⁴ não é esta uma atitude irrealista ou que se filie em qualquer concepção demiúrgica do homem. Antes nos parece que ela é – ou deve ser – o sintoma de uma realidade – *maxime*, a realidade penitenciária – a que se abrem realmente novos caminhos e novas perspectivas.³⁸⁵

E, se a mais não pudéssemos ater-nos que nos permitisse falar em saldo favorável do pensamento ressocializador bastaria então relembrar que a ele se deve a superação do entendimento tradicional da pena-castigo.³⁸⁶

A pergunta de SCHMUR, feita em 1958, num artigo que assim mesmo se intitula “The New Penology: fact or fiction?”,³⁸⁷ já hoje não haverá quem hesite em responder.

382. Surgiu, em larga medida, como a bandeira de uma acertada e oportuna estratégia de política criminal. Assim, KAISER (n. 264), nota 3; em certa medida, neste sentido, G. BETTIOL (n. 182), p. 267 s.

383. Cfr. *Rechtsphilosophie*, 1950, 4.^a ed., p. 269, citação de MOLINA (n. 281), p. 675.

384. Uma exposição crítica do que considera uma perspectiva utópica in W. NAUCKE, *Tendenzen*, cit., p. 37; também, G. BETTIOL (n. 182), p. 263 s.

385. Julgamos que vale a pena relembrar aqui, tal como fez E. ALBOR na *Presentación* que antecede o Volume II de *Estudios Penales* (p. 9), os versos de EMMANUEL MOUNIER: “Je crois à l’utopie/non pas à celle où l’on s’évade / mais à celle où l’on se projette avec une volonté de fer / tôt ou tard, cette force donne son fruit: / ne cédon pas trop nous-mêmes aux ironies réalistes”.

386. Não se confunda o que se diz no texto com a ligação, que por vezes é feita, do pensamento retributivo à pena com um caráter exclusivo de castigo. Já vimos como esta idéia é alheia a um autêntico pensamento ético-retributivo; o que se pretende é tão-só salientar a nota “positiva” que se veio apor à execução da pena privativa de liberdade.

387. In J. Crim., 1958, p. 331 s.

2.2.2. Objeções ao pensamento ressocializador (A Crise)

Pode também sintetizar-se numa pergunta o problema que agora se coloca: o pensamento ressocializador falhou?

Não é este um tema que tenhamos que esgotar na sua complexidade, surgindo tão-só na seqüência do excuro em que elegemos a reinserção social como finalidade primordial da execução, sendo assim imperiosa a sua referência nesse local.

É digno de menção que exatamente os países que se tinham pronunciado com especial intensidade a favor dos programas de tratamento – como a Suécia³⁸⁸ ou os Estados Unidos³⁸⁹ – sejam agora aqueles onde se ouve com insistência reafirmar a importância das garantias do Estado de direito e da culpa como fundamento e (ou) limite da pena.³⁹⁰

As causas³⁹¹ de uma tal viragem de opinião relativamente à reinserção social – que manifestamente está por detrás do teor destas considerações – são provenientes de diversos setores.

São já conhecidos os numerosos pontos débeis que oferece uma filosofia inspirada por este ideal e que envolvem desde o sentido que se lhe deve conferir, passando por certos pressupostos em que assenta até aos meios que mobiliza.

388. Onde o pensamento ressocializador chegou a dominar quase exclusivamente. Sobre o abandono desta ideologia que se verifica nos países escandinavos, de uma maneira geral, cfr. KAISER (n. 264), p. 362 s.

389. Expressivos das dificuldades e dúvidas crescentes quanto ao ideal ressocializador, cfr., a série de estudos de autores americanos publicados in *Annals* p. 1 a 51: S. BATES, *The Prison – Asset or Liability*; J. V. BENNET, *Evaluating a Prison*; A. H. McCORMICK, *Behind The Prison Riots*; R. CASEY, *Catchall Jails*; M. E. ALEXANDER, *Do Our Prisons Cost too much?* e G. B. VOLD, *Does the Prison Reform?*

390. Cfr., JESCHECK, *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal*, in *DocP*, n. 7 p. 467.

391. Para uma análise das causas do fenómeno nos Estados Unidos, vide L. OHLIN, *L'organisation de la justice repressive des pays en voie de developpement*, in *R. D. P. Crim*, 1977, n. 10, p. 837 s. Referindo-se também aos Estados Unidos, M. ANCEL, in *Le problème de la peine de prison*, cit., p. 824, relembra que são os próprios criminólogos americanos a alertar para os riscos de um tratamento imposto coactivamente.

Ainda nesta linha, um argumento poderoso contra o ideal ressocializador é com certeza aquele que se extrai da realidade penal e penitenciária. Seguindo aqui de perto a posição de KAISER,³⁹² é um fato que em certos setores da criminalidade o ordenamento jurídico-penal continua a dar preferência à satisfação das exigências de prevenção geral.³⁹³ De igual forma, e prescindindo já do aspecto do escasso efeito ressocializador que se diz no atual sistema de execução das penas privativas de liberdade, parece poder entender-se – agora na esteira de NAUCKE e KAISER³⁹⁴ – que a elevada percentagem que no total da criminalidade e no elenco das penas representam, respectivamente, a criminalidade econômica e a aplicação de penas de multa são argumentos contra a suposta orientação dos atuais sistemas punitivos no sentido da meta ressocializadora.

Por outro lado – e retomando a análise da viragem operada –, enquanto até aos anos sessenta se tinha acreditado, quase sem reservas, que se podia atuar sobre o delinqüente de modo a reinseri-lo na sociedade mediante as mais variadas formas de ajuda a prestar durante o decurso da execução – trabalho, ensino, organização de tempos livres, terapêutica social, tratamento pedagógico-social, etc. – reina hoje o ceticismo temperado por uma certa dose de resignação em consequência dos escassos resultados obtidos com os programas de tratamento. Desapareceu a fé na possibilidade de reinserção social do homem em condições de falta de liberdade imposta acrescida do contato forçado com outros indivíduos colocados nas mesmas circunstâncias.

Dos Estados Unidos chega agora o eco da tendência da *non-intervention*³⁹⁵ e sofre-se o impacto das correntes que, na esteira de MARTINSON,³⁹⁶ não hesitam em reconhecer que “nothing

392. Cfr. (n. 264), p. 370. Segundo o autor, a sociedade tenderia, ainda que por inércia, a satisfazer em certos setores da criminalidade as necessidades de prevenção geral, tendência que haveria que contrariar.

393. Assim, por exemplo, no domínio da criminalidade econômica ou estradal.

394. Cfr. notas 374 (p. 25 s.) e 264 (p. 369), respectivamente.

395. Sobre o assunto, vide JESCHECK (n. 371), p. 1040; *id.* (n. 28), p. 608 e 610; KAISER (n. 264), p. 363.

396. Cfr. *What works? Questions and Answers about prison reform*, in J. Crim., 1972.

works". Alguns dos principais representantes do ideal ressocializador – basta centrar a nossa atenção na Alemanha, onde avultam os nomes de ESER,³⁹⁷ KAISER,³⁹⁸ STRATENWERTH,³⁹⁹ JESCHECK,⁴⁰⁰ entre outros – viram-se obrigados a vir a terreno defender as suas teses.

O peso do veredicto dos criminólogos – sendo o resultado das investigações científicas sobre a eficácia do tratamento dos delinquentes, na maioria dos casos, categoricamente negativo⁴⁰¹ – é um dos principais obstáculos postos à expansão dos métodos de tratamento.

Simplemente, os graves vícios de que sofrem aquelas investigações, obscurecendo o valor dos resultados, não podem ser minimizados para justificar com esta espécie de “revelação científica” a revolução operada.⁴⁰² Seria pelo menos duvidoso fundamentar nas conclusões daquelas investigações o abandono de uma política criminal de reinserção social.

397. Cfr. (n. 263), p. 505 s.

398. Cfr. *Was Wissen Wir von der Strafe?*, in Festschrift für BOCKELMANN, 1978, p. 923 s.

399. Cfr. *Strafrecht und Sozialtherapie*, in Festschrift für BOCKELMANN, 1978, p. 901, s.

400. Cfr. (n. 371), p. 1037 s.

401. Sobretudo, tendo em atenção o seu efeito sobre as taxas de reincidência. Sobre este ponto, compare W. C. BAILEY, *Correctional Outcome: na evaluation of 100 reports*, in J. Crim., 1957, p. 153 s.; C. H. LOGAN, *Evaluation research in crime and delinquency*, in J. Crim., 1972; L. D. MARTINSON, *The effectiveness of correctional treatment. A survey of treatment evaluation studies*; JAMES Q. WILSON, *Thinking about Crime*, 1975; P. NOKES, *The evaluation of Penal Systems*, in *Progress in Penal Reform*, ed. By L. BLOM-COOPER, 1974, p. 68 s.; D. F. GREENBER, *The Correctional effects of Corrections: a survey of evaluations*, in *Corrections and Punishment*, D. F. Greenberger ed., p. 111 s., concluindo do seguinte modo: “the blanket assertion that “nothing works” is an exaggeration, but not by very much” (p. 141). CLARK/SINCLAIR, *Rapport au 1^{er} Colloque criminologique du Conseil de l’Europe* (1973): “Il existe actuellement peu de raisons de croire que telle méthode largement utilisée dans le traitement des délinquants est plus capable que telle autre d’éviter une nouvelle condamnation”.

402. Neste sentido, MÜLLER-DIETZ (n. 85), p. 51 s.; id. *Wege zur Strafvollzugsreform*, p. 37, 49 e 129; G. BEMMANN (n. 309), p. 898.

De fato,⁴⁰³ quer no que diz respeito à avaliação dos objetivos prosseguidos,⁴⁰⁴ aos métodos utilizados para tratamento⁴⁰⁵ ou aos critérios escolhidos para aferir dos resultados⁴⁰⁶ é difícil deixar de pôr em causa as conclusões negativas apresentadas, contrárias, muitas vezes, ao próprio espírito científico. O que se critica é já então o próprio instrumento de medida e o seu valor.⁴⁰⁷

403. Segue-se aqui, J. VÉRIN, *La Recherche Conduirait-elle a abandonner la Politique Criminelle de Reinsertion Sociale?*”, in *La Criminologie, Mélanges offerts à J. Pinatel*, p. 64 s.

404. Para avaliar o sucesso ou insucesso de uma ação é necessário confrontar os resultados efetivamente obtidos com os pretendidos. Ora, por vezes, observa-se que os investigadores não analisam os múltiplos objetivos, muitas vezes contraditórios e mal definidos, do tratamento sob avaliação; por outro lado, ficando-se pelos objetivos oficiais, negligenciam resultados *obtidos* que podem ser muito diferentes dos teoricamente visados. Cfr. VÉRIN (n. 393), p. 65.

405. O que aqui se critica é sobretudo o fato de as investigações incidirem sobre experiências novas de que não se pode esperar, no início, mais do que ganhos marginais.

Por outro lado, destaca-se o fato de o tratamento ser formado por um conjunto extremamente complexo de fatores, muitos deles imprevisíveis, cuja análise, sendo omitida, seria de importância fulcral para conhecer da sua interação ou neutralização recíproca dos resultados pretendidos.

Por último, sendo fornecidos sem qualquer explicação ou relação com o processo de tratamento, de forma alguma se faculta o completo esclarecimento dos resultados. Cfr., VÉRIN (n. 393), p. 65 e 66.

406. A avaliação dos resultados, nomeadamente no que se refere aos critérios para aferir do seu valor, levanta também dificuldades. Assim, e para além do problema dos efeitos diferenciais – que BRODY destaca (cfr., VÉRIN (n. 393), nota 17) – questiona-se a validade do critério da reincidência, que numerosos investigadores se esforçaram por corrigir e melhorar, tomando em conta as variações de natureza e gravidade das novas infrações e penas pronunciadas, o tempo decorrido entre o fim do tratamento e o cometimento de novo crime, etc. É ainda BRODY (cfr. VÉRIN (n. 393), nota 18) que preconiza um novo método de investigação em que todas estas variáveis eram tomadas em consideração, sendo ainda propostos outros critérios (cfr. VÉRIN (n. 393), p. 67).

407. Neste sentido, cfr. *Facts and Figures*, in *L'efficacité de la peine et autres mesures de traitement*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1967; L. WILKINS, *Evaluation of Penal Measures*, 1969; LOGAN (n. 391); DENIS SZABO, *Criminologie et Politique Criminelle*, 1978; R. G. HOOD, *Research on the Effectiveness of Punishments and Treatments*”, in *Crime and Justice*, ed. Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, 1971, vol. 3, p. 159 a 182; W. C. BAILEY, *“Correctional Outcome – an Evaluation of 100 Reports”*, in *Crime and Justice*,

Entretando, o que se pode dizer – e o panorama da mais recente legislação penitenciária parece comprová-lo⁴⁰⁸ – é que, em muitos casos, é apenas relativo o peso do resultado destas investigações que são, de uma maneira geral, ignoradas.

O que, à primeira vista pode ser, pelo menos, surpreendente, se se pensar nas vultuosas despesas que comportam. No entanto, compreende-se a resistência oposta àquelas investigações pela parte de organismos ou responsáveis por empreendimentos cujo caráter inovador os tornou o seu alvo preferencial e que os resultados negativos apresentados podem fazer perigar no seu prestígio, ideologia e fontes financeiras.

Abandonar as investigações – e não os programas de tratamento – pode assim encontrar-se entre as decisões tomadas.⁴⁰⁹

LESLIE WILKINS⁴¹⁰ esteve entre os primeiros autores que tiraram conclusões dos resultados (negativos) destas investigações científicas sobre a eficácia do tratamento. Admitindo, desde logo, que talvez tenha havido uma precipitação na leitura dessas conclusões – já que o saber nesse campo era afinal muito reduzido – propõe, de seguida, que se dê preferência, sem hesitação, aos tratamentos considerados humanitários. Estes, com um custo social menor são, tudo leva a crer, pelo menos tão eficazes como as penas severas ou a prisão de longa duração, já que, em termos de reincidência, os diferentes métodos de tratamento têm sensivelmente o mesmo efeito sobre os delinquentes.

2.2.3. Conclusão

De qualquer modo, não deixam de se fazer sentir os efeitos de todas as objeções que foram surgindo relativamente ao pensamento de reinserção social.

cit., vol. 3, p. 190; G. B. VOLD (n. 379), salienta as dificuldades em apreciar a eficácia dos diversos métodos de tratamento (p. 42 s.).

408. Observa-se a mencionada idéia de reinserção social apontada como finalidade da execução das medidas privativas de liberdade nas últimas reformas penitenciárias levadas a efeito. Assim, por exemplo, § 2.º da lei alemã.

409. Cfr. VÉRIN (n. 393), p. 62.

410. Vide nota 397.

Inconsistentes, umas,⁴¹¹ contribuem outras – enquanto chamam a atenção para certas condições pouco satisfatórias em que se executa o tratamento – para superar deficiências existentes.

Um primeiro ponto que se evidencia é o de todas as reformas que se preconizam exigirem estruturas adequadas em meios e pessoal que, a maior parte das vezes, nunca foram proporcionadas.⁴¹²

A insuficiência da participação da sociedade na tarefa de reinserção social do indivíduo é outro dos fatores que em grande parte contribui para que os resultados não sejam tão proveitosos quanto seria desejar. O tratamento é muitas vezes concebido como da exclusiva responsabilidade do pessoal ou da própria administração penitenciária descurando-se o papel do *público*. Ora, a própria idéia de reinserção social implica uma reconciliação entre o delinquente e a sociedade e um esforço mútuo indispensável para que um tratamento “institucional” não seja votado ao fracasso.

A incoerência da neutralização dos esforços de reinserção social – resultante da discordância entre a ação positiva dos especialistas encarregados do tratamento e a influência negativa das forças sociais

411. As que põem em causa o sistema ou as que derivam da aplicação de um tratamento coactivo que, já vimos, repudiamos.

412. Existem numerosos estudos tecendo observações críticas sobre este aspecto, sendo de salientar, nomeadamente, as crônicas de J. PINATEL na R. Sc. Crim., 1949; cfr., no mesmo sentido, D. SZABO (n. 397), p. 51 s.; “Personne ne pourrait nier que les vraies performances du système n’ont pas eu lieu, et c’est sur des expériences bâclées que l’on porte des jugements bâclés”.

Por outro lado, não parece também que alguma vez tenha tido lugar a necessária colaboração entre os juristas, os penalistas, o mundo judicial, por um lado, e os psicólogos, os sociólogos, os criminólogos por outro. Se um esforço mútuo se tivesse efetivamente desenvolvido, a realidade penitenciária permaneceria o que é hoje? Não pode esquecer-se que a tarefa penitenciária reveste essencialmente um cariz socioeducativo, realizado, não se nega, num âmbito (jurídico) que permita assegurar a proteção dos direitos dos reclusos. Salientando este aspecto L. W. McCORKLE e R. KORN, *Resocialization within walls*, in *Annals*, 1954, I, p. 88 s., que se debruça sobre o dilema cuja solução, afirma, passa pela redefinição de conceitos: “The custodian’s definition of the therapist as an enemy of discipline and the therapist’s conception of the custodian as an obstructor of treatment must be replaced by new definitions which view both as united collaborators in a unitary therapeutic program” (p. 98).

de rejeição – é um fenômeno corrente que se nos depara neste domínio.

A atual encruzilhada em que nos encontramos, podendo levar a optar por soluções extremistas – renúncia ao tratamento ou separação rigorosa entre tratamento e pena –, cremos que deixa antever respostas e abre vias para uma solução adequada no âmbito da reinserção social. Aliás, julgamos que resulta já com suficiente clareza neste passo das considerações que vimos tecendo a propósito da reinserção social e do tratamento que lhe serve de base não ser adequado colocar o problema naqueles termos de exclusão.

Não encontrando para já no domínio científico qualquer argumento convincente que leve ao abandono do pensamento ressocializador – se por considerações utilitárias nos devessemos bastar – o que importa é traçar com clareza os princípios a que obedece a mudança de enfoque da prisão na reforma do direito penal.

Aplicada que seja esta pena aos casos de delinquência mais grave – decisão para que inevitável e indiscutivelmente terá contribuindo o conhecimento dos fracos resultados que se obtiam através de uma sua aplicação indiscriminada – ver-se-á consideravelmente diminuído o número daqueles que ingressam nos estabelecimentos penitenciários e, para estes, julga-se que a aplicação de um tratamento com as características que se deixaram apontadas é a única reação socialmente inteligente e compatível com a idéia humanitária e de proteção da dignidade humana que não se pode dissociar da execução da pena.⁴¹³

O que se tornou problemático foi o fato, indiscutível durante muito tempo, de que era possível realizar com êxito um tratamento no meio fechado que é a instituição penitenciária. Conhecem-se hoje amplamente os defeitos e aspectos negativos desse mundo artificial e, na maioria dos casos, bem pouco apropriado para realizar um tratamento ressocializador.

Desta realidade e do seu conhecimento se extrairam as consequências adequadas. O cumprimento de uma pena privativa de

413. Neste sentido, ROXIN, *El desarrollo* (n. 28), p. 522; JESCHECK (n. 380), p. 475.

liberdade ocupa cada vez mais – como *ultima ratio* – um segundo plano entre os instrumentos que o direito penal tem ao seu dispor, sendo aquela pena unicamente a espinha dorsal de um sistema de reações para a delinquência mais grave. Do lugar central que ainda ocupa, como panaceia generalizada face à criminalidade, deve passar a uma posição marginal deixando amplo campo à discussão centrada em saber qual a melhor política alternativa e substitutiva.

Neste enquadramento tampouco se julga realista a suposta opção entre pena e tratamento.⁴¹⁴ Não só não se trata de conceitos incompatíveis como, para já, a sua conciliação representa a única solução satisfatória: ficar aquém ou ir mais além pode, em ambos os casos, constituir uma via perigosa.

Com o auxílio dos dados que as ciências empíricas vão fornecendo, o progresso da criminologia⁴¹⁵ e um direito penal verdadeiramente progressivo – no que uma correta compreensão da necessidade de descriminalização tem uma importante palavra a dizer – deve progredir-se no caminho da reinserção social. Parafraseando a célebre frase de LISZT poderemos dizer que o progresso do direito penitenciário se mede pelo aprofundar da idéia de reinserção social. Havendo que evitar, desde logo, o simplismo das rotundas (e erradas) alternativas. Nem pena sem tratamento nem tratamento sem pena.

Por outro lado, alimentar a pretensão contida na frase evocada de RADBRUCH pode ser o motor de novas técnicas e do progresso no combate à criminalidade. Só que no horizonte da meta pretendida deve estar sempre a consciência de que, em qualquer sociedade, é impossível acabar com o crime.⁴¹⁶ Os nossos esforços deverão

414. Sabe-se como o consentimento e a participação do recluso no tratamento são essenciais para o seu correto entendimento. E foi exatamente este reconhecimento que levou alguns autores e adoptar uma separação completa entre pena e tratamento, encontrando aí a razão da dissociação: a pena seria puramente repressiva e o tratamento totalmente facultativo. Assim, NORVAL MORRIS, *The Future* (n. 337).

415. É patente a importância do progresso das investigações criminológicas na via da etiologia do crime facultando a aplicação de tratamentos adequados.

416. Quanto à criminalidade dos países socialistas, cfr., MOLINA (n. 281), p. 691 e bibliografia aí citada. A experiência parece demonstrar que a alteração

consistir, para aqueles que já iniciaram a senda da criminalidade – ao labor pedagógico de respeito pelos bens jurídico-criminais devendo ser alheio o direito penal –, em promover, o respeito futuro pelos bens juridicamente protegidos, evitando, pois, a reincidência. Esta devendo ser a função básica chamada e desempenhar o direito penal que ademais deve levar a cabo de acordo com a sua natureza subsidiária ou fragmentária.

3. Primado da reinserção social e conflito de fins imanente à execução

A propósito da problemática da reforma prisional generalizou-se a contraposição dos conceitos “antiga execução de segurança” e “moderna execução de tratamento”. Oposta a uma execução em que o recluso deveria ser mantido de forma segura no estabelecimento prisional durante o decurso do cumprimento da pena estaria aquela outra em que o recluso recebe ajuda para se tornar capaz de voltar a ocupar o seu lugar na sociedade.

Para além da idéia implicitamente contida naqueles conceitos de assim se estar a fazer referência a uma execução clássica ou progressiva o que, como já vimos, não será necessária nem inteiramente correto, obrigando à sua relativização, é esta exigida também de outros pontos de vista.

Assim, já não nos é alheia a tese que liga às origens da prisão um pensamento de educação ou correção dos delinquentes. A história demonstra como se produziram múltiplas influências entre um pensamento puramente repressivo ou intimidativo e aquele que já pretendia atribuir um certo sentido positivo à privação da liberdade.⁴¹⁷

E, se especialmente no passado recente se acentuou a tônica do tratamento, o que mudou – e sem que se possa sequer falar de um

ou melhoria das estruturas sociais não termina com o crime, apenas produzindo um novo tipo de delinquência.

417. Cfr., detalhadamente, HILDE KAUFMANN, *Criminologia, Ejecución Penal y Terapia Social*, trad. J. B. RAMIREZ, 1979, p. 339 s.

ponto final provisório a marcar os tempos atuais – foram os métodos utilizados.

Serve isto para acentuar como uma idéia de tratamento orientada para a finalidade de reinserção social, presente na execução, não é incompatível nem exclui um pensamento de segurança que igualmente lhe compete.

Uma afirmação deste teor, entretanto, conduz-nos inevitavelmente a uma das questões centrais sobre que se debruça a teoria e prática penitenciária atuais.⁴¹⁸ Estamos a referir-nos às relações entre o que, com propriedade, podemos classificar como a *finalidade* de execução – a reinserção social do recluso – e a *tarefa* que aquela também é chamada a desempenhar, realizando assim a “defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros fatos criminosos” (art. 2.º, ns. 1 e 2 do Decreto-Lei de Execução).

Ressalta do que atrás já foi dito – sobretudo no Capítulo I – a importância da definição da apontada finalidade de reinserção social, tarefa a que o legislador não se furtou, malgrado as dificuldades que lhe são inerentes.

É um fato que numerosos direitos (e deveres) dos reclusos – dependentes em maior medida do poder discricionário do pessoal penitenciário – só ganham um contorno jurídico exato quando perspectivados a partir da finalidade que se aponte à execução.

Por outro lado – e para além do sentido que lhe atribuímos – e ainda da maior importância que a consagração daquela finalidade represente a opção inequívoca por *um só fim*⁴¹⁹ assinalado à execução.

418. É um típico conflito do atual direito penitenciário aquele que se constata entre as idéias de reinserção social e defesa ou segurança da sociedade. Cfr., sobre o assunto, na doutrina alemã, SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH, (n. 68), p. 60 s. e MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 70; *id.* (n. 157), p. 109 s.

A situação de conflito abrange uma duplicidade de aspectos, nomeadamente, jurídicos – se e em que medida o direito tem à sua disposição mecanismos para solucionar os conflitos – e empírico-práticos – se e em que medida o desenrolar do quotidiano penitenciário concede prioridade num ou noutro sentido.

419. É este o entendimento seguido pela doutrina alemã e que acolhemos entre nós. Vide, nomeadamente, G. BEMMANN (n. 309), p. 893 s.; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 21; SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 55.

Do núcleo central que constitui o sentido a conferir à execução das medidas privativas de liberdade poderemos destacar duas vertentes – reinserção social e segurança – cabendo àquela, no entanto, o primado, eleita em objetivo fundamental da execução.

O aspecto da segurança, porquanto deva ser sempre tomado em consideração no caso do prosseguimento da finalidade assinalada, não representa o objetivo próprio ou permanente da execução. Se a realização desta tarefa de defesa da sociedade é inerente à essência das penas privativas de liberdade, a sua execução não constitui *apenas* o meio adequado para a realizar nem a finalidade primordial a atribuir-lhe.⁴²⁰

Do que se pode falar é de um *novo* sentido atribuído à função de segurança e defesa da sociedade que aparece, deste modo, como um elemento positivo a completar e integrar aquela idéia de reinserção social.

De fato, o princípio do primado da reinserção social – que, pode dizer-se, a própria disposição legislativa se esforçou por exprimir através do enunciado do seu art. 2.º – não pode implicar que, em caso de dúvida, os interesses de segurança sejam (sempre) colocados em segundo plano. Essencial é a ressonância que o primado conferido à reinserção social exerce na generalidade da execução por forma a que, em caso de conflito imanente de fins, a vantagem ganha por um pensamento de segurança não faça perigar o necessário espaço de “exercício da liberdade”.

Verifica-se, pois, que o simples fato de estar preso, o isolamento do delinqüente em relação à sociedade que por essa forma se obtém, não pode esgotar-se num puro sentimento de segurança. Não falamos em desvalorização da importância desta tarefa que, de resto, como de início referíamos, quando se trata de execução de penas privativas de liberdade sempre estará presente. A não ser assim, correr-se-ia o risco de irrecuperavelmente se comprometer a utilização de formas institucionais de cumprimento de penas. O que existe é um novo entendimento na maneira de a conceber que permite compreender

420. De fato, em numerosos casos concretos em que se impunha uma tomada de posição é aquela finalidade elevada a critério regulativo decisivo. Cfr., art. 40.º, n. 2; 83.º, n. 1; 85.º, n. 2.

que se fale – no âmbito de um moderno sistema penitenciário – em estabelecimento abertos, licenças de saída ou, de uma maneira geral, em flexibilidade da execução.

Nem outro entendimento poderia ser legitimamente defendido no seguimento do que se vem expondo relativamente à execução de penas privativas de liberdade. A ele corresponde, de forma essencial, o pensamento de EDUARDO CORREIA⁴²¹ quando, ainda não há muito tempo, afirmava que “a segurança permanece como postulado básico dentro do qual se deve proceder ao relançamento das novas idéias do sistema penitenciário, embora enquadrada numa adequada distribuição dos reclusos por estabelecimentos, visando uma segurança máxima, média ou mínima. Qualquer medida concreta a ser tomada não pode, por outro lado, deixar de ser testada pelo respeito que se deve ao conjunto de princípios que orientam os fins da execução das penas, cuja meta e limite, um Estado Democrático, é sempre a defesa e proteção da sociedade”.

Tudo o que se vem dizendo não significa, entretanto, escamotear o problema do conflito de fins latente em qualquer medida concreta a tomar no decurso da execução.

Um primeiro aspecto em que se julga importante assentar diz respeito ao fato de uma execução em segurança constituir um pressuposto indispensável para alcançar o objetivo da reinserção social.⁴²² E, neste ponto, vem a propósito salientar a diferença entre a segurança que se alcança através da manutenção da ordem e disciplina *dentro do estabelecimento* e a que é conseguida enquanto se evita a *fuga* de reclusos.

Quanto àquela – afirma HILDE KAUFMANN⁴²³ – não há verdadeiramente conflito entre segurança e tratamento: sendo imprescindível a existência de uma série de normas racionais de ordem e disciplina para assegurar a direção de um estabelecimento prisional, fundamental será aqui distinguir entre o que é necessário no âmbito dos múltiplos problemas concretos e individuais do quotidiano prisional e eliminar o supérfluo. Ora, o necessário

421. EDUARDO CORREIA (n. 201), p. 8.

422. De acordo com isto, *vide* art. 108.º, n. 2.

423. Cfr. da autora (n. 407), p. 102.

também se pode fazer compreender ao recluso e assim fazer parte integrante de uma execução de tratamento “pues muchas reglas de orden son, conforme a sua sustancia, consideración por el otro”. O conflito que eventualmente surja é, portanto, facilmente solucionável.

Diferentes serão as coisas relativamente aos objetivos de segurança quando se pretendem evitar fugas, aqui se manifestando o verdadeiro conflito. Ele está presente exatamente quando a exigência de que certas medidas sejam aplicadas para alcançar a reinserção social torna necessário que se tome seriamente em conta esse aspecto do problema da segurança. “Sin la presencia del preso no hay ayuda socializadora”.⁴²⁴ Com isto não se nega, é claro, a idéia de tratamento, apenas este requer um alto grau de segurança que, por sua vez, limita aquelas possibilidades (de tratamento).⁴²⁵

O que se deixa patente, entretanto, é que o mencionado conflito de objetivos entre segurança e reinserção social é – pelo menos num certo aspecto das coisas – uma realidade.

Um ponto de partida a considerar na sua abordagem é o de que ambas as dimensões conferidas à execução pretendem evitar a prática de *outros* fatos criminosos. Tal desiderato parecendo à primeira vista que só pode ser alcançado através de um amplo recurso a medidas de segurança.

O que se vem para já afirmar – e que a experiência parece comprovar⁴²⁶ – é que as próprias medidas de tratamento podem cumprir a função de segurança, sendo esta asserção especialmente válida para aquelas medidas que, de forma particular, apelam para a participação e decisão responsável do recluso: cumprimento da pena em estabelecimentos abertos, licenças de saída, etc. Estas caracterizam-se exatamente, de uma maneira geral, pela abolição de meios técnicos ou pessoais de segurança que se substituem pelo apelo à consciência responsável de uma disciplina voluntária.

424. H. KAUFMANN (n. 407), p. 103.

425. Vendo neste conflito, sobretudo, um problema que reside na mentalidade do pessoal encarregado da execução, H. KAUFFMANN (n. 407), p. 98 s., especialmente, p. 104.

426. Cfr., MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 107.

Está assim a partir-se de um (novo) conceito de execução baseada na relação de confiança e que se apoia naquela tese que vê para cada reforço da segurança a mobilização redobrada de forças contrárias tendentes à fuga.⁴²⁷

O que se afirma – e só isto – é que, ligada à aplicação de medidas de segurança mais estritas nem sempre está, como consequência, uma maior segurança efetiva.

Para além disto, contudo, não se nega que, embora podendo intersectar-se e confundir-se, medidas de tratamento e medidas de segurança significam coisas diferentes, quer quanto aos meios, quer quanto aos fins visados.

De fato – e refere-se isto àquele primeiro aspecto – a aplicação de medidas de tratamento não significa de *per se* defesa da sociedade. Pelo contrário, não raras vezes, a aplicação de uma medida de tratamento representa um risco para a sociedade que só com o incremento da formação da capacidade para a condução de vida de forma responsável pode ser reduzido; e, muitas vezes, a aplicação de medidas de segurança reduzem o espaço necessário de exercício da liberdade.

Uma defesa ótima da sociedade envolve a ponderação, no caso concreto, de possibilidades de ressocialização e riscos para a defesa da sociedade praticamente equivalentes. A questão está, assim, fundamentalmente, face às características da personalidade do recluso, em avaliar, por um lado, qual a hipótese de promover e desenvolver a reinserção social do recluso através da ajuda facultada com medidas de tratamento e, por outro lado, em ponderar o risco que para a sociedade envolve a aplicação de tais medidas.

Perante o conflito, a opção, em cada caso, por uma medida concreta, deixa bem claro que uma modelação da execução orientada

427. Tese exposta por SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 182 e defendida na doutrina alemã que vê na fuga um direito do recluso. Sem apoiar aqui tal posição – que, de resto, contraria frontalmente a nossa tradição jurídica segundo a qual se pune a evasão – apenas se chama a atenção para o fato de estas medidas terem fundamentalmente um cariz de tratamento. Não obstante na sua aplicação se deve entrar em linha de conta com critérios de segurança (art. 50.º, n. 2), repare-se que, em última análise, sempre aquela está dependente da vontade do recluso.

pela idéia de tratamento ou de segurança não significa, de todo em todo, a mesma coisa.

Por outro lado – e quer agora referir-se a questão dos fins visados – em nenhum dos casos se pretende pôr em perigo o objetivo de defesa da sociedade. Simplesmente, num caso, esse objetivo pretende alcançar-se através da prevalência da aplicação de medidas de reinserção social e, no outro, sobretudo através de medidas de segurança. Com o que, num lado, se salienta a proteção da sociedade, de maneira especial no momento que se segue à libertação e, no outro, no próprio decurso do cumprimento da pena.

É aqui costume apontar-se que, assim, a finalidade de reinserção social encerra um âmbito mais vasto (*Maximalziel*) do que aquele que representa a função de segurança (*Minimalziel*).⁴²⁸

Por sua vez, esta tarefa de segurança – e estamos já agora a chamar a atenção para um problema ainda não abordado – não se identifica com o âmbito que pretende abarcar a fórmula “ordem e segurança do estabelecimento”.⁴²⁹ A utilização do bionômio é feita no n. 1 do art. 4.º para cobrir situações de perigo efetivo, abrangendo sobretudo o domínio dos contatos com o mundo exterior e as relações dos reclusos entre si e o pessoal do estabelecimento.

Neste sentido, o tema “segurança e ordem do estabelecimento” ocupa um título próprio do diploma legislativo (Título XI). E abrange, quer a segurança interna – significando o afastamento de situações concretas de perigo para pessoas ou coisas no estabelecimento, nomeadamente, através de motins⁴³⁰ –, quer a segurança externa, que se consegue evitando as fugas.

428. Na terminologia utilizada por MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 108.

429. Sobre o assunto debruçou-se com particular interesse a doutrina alemã. Cfr., nomeadamente, SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 179 s.; SCHÖCH, in KAISER/KERNER/SCHÖCH (n. 68), p. 121 s.; GRUNAU (n. 247), anotação 1 a 9 do § 81.º; CALLISS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), anotação 1 a 4 do § 81.º; MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 185 s.; CALLIESS, *Strafvollzug – Institution im Wandel*, 1970, p. 159 s. Criticando de forma particularmente viva o binômio, BAUMANN, *Sicherheit und Ordnung in Vollzugsanstalten? Begriffe und Regelungen, die ersetzt werden müssen* (1972).

430. No sentido do motim de presos: referido no art. 168.º, do Código Penal.

Vemos assim como esta dimensão ganha para preencher o conteúdo daquele binômio diverge da função geral de segurança que se pede à execução que cumpra, já que esta não abrange, de modo nenhum, as situações cobertas por aquele em primeiro lugar.

Para além do mais, a segurança do estabelecimento está relacionada e ligada ao próprio estabelecimento enquanto a defesa da sociedade, ao contrário – pelo menos, teoricamente –, deve ser vista desligada dele. Na prática, é um fato, as duas dimensões entrecruzam-se constantemente: enquanto se mantém a segurança do estabelecimento está, ao mesmo tempo, a evitar-se a prática de crimes dentro e fora do estabelecimento.

Simplesmente, o que se afasta é que as duas funções se equiparem pura e simplesmente.

De fato, o n. 1 do art. 2.º aponta a finalidade da reinserção social como única finalidade da execução, com o que se exclui, nessa qualidade, o reconhecimento de qualquer outra função que se lhe assinale. Por outro lado, e agora segundo o n. 2 daquele mesmo artigo, à execução compete também desempenhar a tarefa de defender a sociedade da prática de outros fatos criminosos.

Dizer tudo isto – que a execução deve tomar em consideração ao lado da finalidade de reinserção social também a tarefa da defesa da sociedade – não esclarece, contudo, acerca das relações entre ambas as funções assinaladas.

Observamos assim que não se contribui para que perca os seus cambiantes duvidosos a modelação do conteúdo desta cláusula de segurança e que se potencializam as dificuldades da determinação das suas relações com o n. 1 daquele artigo. O que significa que crescem as dificuldades de resolução do conflito que nos ocupa.

De fato, e relativamente a este aspecto, afastado os riscos de uma interpretação equívoca de tal enunciado – que um entendimento puramente utilitário e finalista sobre os fins da execução sempre favoreceria – aquilo que parece ser uma afirmação simplista, já pelo seu caráter supérfluo,⁴³¹ não deixa de ter, contudo, relevância, pelo menos no âmbito do conjunto das normas de execução.

431. Argumentos nesse sentido poderiam aduzir-se ao pensar-se, nomeadamente, que esta é uma finalidade inerente à própria medida privativa de liberdade.

Significa isto que, através da explicitação do n. 2 se quis acentuar a obrigação que impede sobre o Estado de defender a sociedade, o que representa o limite a respeitar e a observar⁴³² quando se promova, como deve, a aproximação da execução às condições gerais de vida livre (art. 3.º, n. 2).

O que se (re)afirma, por outras palavras, é que a idéia de defesa da sociedade deve estar sempre presente ao prosseguir-se a finalidade de reinserção social, que a não pode prejudicar. Corretamente, funciona assim como limite à reinserção social, correspondendo àquela idéia já avançada sobre o sentido novo da função de segurança: a defesa da sociedade não tem um sentido de tarefa geral cometida à execução, antes deve ser tomada em consideração – como *limite* – no caso de decisões sobre medidas a tomar na execução que suscitem um especial alerta no domínio da segurança.

Afasta é assim, igualmente, aquela interpretação que inclui na finalidade de reinserção social a satisfação da tarefa de segurança: a execução cumpria o seu dever – proteger a sociedade – enquanto impedia a reincidência, o que queria dizer *criar os pressupostos* para a condução de uma vida responsável em sociedade. Caso em que, e como facilmente se conclui, não haveria qualquer conflito entre funções, contra esta interpretação valendo, entretanto, tudo o que atrás se disse a propósito do conflito como realidade concreta.

Que se pretenda dar um conteúdo jurídico preciso ao referido n. 2 do art. 2.º não deve, entretanto, surpreender-nos, já que é uma tônica da atual reforma prisional evitar, na medida do possível, fórmulas vagas e indefinidas ou de conteúdo duvidoso.

Assim, uma interpretação muito divulgada e originária na doutrina alemã é a que estabelece a ligação entre a tarefa de defesa da sociedade e a cláusula geral que representa a referência, no n. 1 do art. 4.º, à “ordem e segurança do estabelecimento”. De acordo com esta orientação, a defesa da sociedade obter-se-ia recorrendo à aplicação dessa cláusula geral, intervindo apenas a cláusula de segurança do n. 2 do art. 2.º como “*ultima ratio Klausel bei Straftatenrisiko*”.⁴³³

432. Com este entendimento, MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 115.

433. Cfr. MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 116.

Parece que, numa primeira abordagem, seria de nos inclinarmos no sentido da tese exposta. Na realidade, a seu favor jogaria o fato de se encontrarem expressamente previstos em disposições legais os casos que têm relevância para a defesa da sociedade.⁴³⁴

Simplemente, parece-nos impossível afirmar que estes serão os *únicos* casos em que, medidas relacionadas com a modelação da execução e orientadas pela finalidade de reinserção social – basicamente, medidas de tratamento – representam um risco para a sociedade. O que se poderá dizer é que as medidas em apreço representam os casos mais clamorosos de perigo para a sociedade.

Este perigo – já o demonstramos –, maior ou menor, é uma constante no decurso de uma execução que não se queira orientar exclusivamente pela finalidade de segurança: esta deve ser prosseguida, constituindo exatamente a essência da prisão. E, apenas como uma explicitação desse papel que por natureza lhe cabe deve ser visto aquele n. 2 do art. 2.º, e não como uma agravação da prisão, difícil de justificar.⁴³⁵

O seu significado jurídico esgota-se, assim, numa limitação à finalidade de reinserção social da execução: aquela idéia de defesa da sociedade tem de ser uma constante no decurso da execução, a tomar em conta sempre que a segurança da sociedade é ameaçada. Ou seja, sempre que se tomem medidas de reinserção social encontram estas o seu limite na idéia de que a defesa da sociedade tem também de ser prosseguida através dessa mesma execução.

Reveste assim o n. 2 do art. 2.º um caráter de limitação, não justificando, note-se, qualquer intervenção global ou generalizada nos direitos dos reclusos, sendo tais intervenções só permitidas de acordo com o previsto no n. 1. do art. 4.º.

De fato, contém este preceito uma cláusula de *ultima ratio* para defesa da segurança ou ordem no estabelecimento, positivada, de resto, em numerosos preceitos da lei, mas que se entendeu por bem

434. Cfr., nomeadamente, os casos de flexibilidade na execução ou internamento em estabelecimento aberto.

435. Será talvez a altura oportuna para lembrar a célebre frase de A. A. PATERSON: "Le délinquant est mis en prison comme punition et non afin d'y être puni". Cit., P. CORNIL (n. 23), p. 68.

consagrar neste número para *valer a seu lado*, naqueles casos não expressamente previstos. Abrangendo este conceito a segurança interna e externa, caberá encontrar a diferença entre os dois preceitos em questão no fato de a limitação do art. 4.º só se aplicar no caso do perigo efetivo, atual e direto, para a segurança do estabelecimento, não podendo esta situação ser por outra forma afastada.⁴³⁶

Aliás, entende-se que é com tal sentido que sempre deve funcionar esta cláusula, já que se pretendeu fugir o mais possível à consagração de disposições contendo conceitos abertos ou indeterminados, pelo eventual perigo que isso representa para a posição jurídica do recluso que se quer preservar. Assim, procurou seguir-se, nestes casos, o princípio da enumeração taxativa,⁴³⁷ tendo apenas sido ditado pelo receio de as hipóteses expressamente previstas não abrangerem todas as situações possíveis de perigo efetivo que se abriu o passo àquela cláusula consagrada no art. 4.º. O que tudo mostra como seria pelo menos problemático formar um conjunto entre este artigo e o n. 2 do art. 2.º que funciona então como "*ultima ratio da ultima ratio*". Pelo contrário, ambos os preceitos devendo ser interpretados e aplicados a partir dos seus próprios pressupostos.

Com isto – importa acentuar – garante-se juridicamente a salvaguarda do princípio do primado da reinserção social. Nesse plano estando, pois, resolvido o conflito entre reinserção social, por um lado, e segurança e defesa da sociedade, por outro.

Já no domínio da segurança por excelência e no plano prático se conservam de pé algumas questões.

Relativamente àquele primeiro aspecto, abrangendo necessariamente matéria respeitante a licenças de saída, internamento em estabelecimentos abertos, etc., a unanimidade de posições encontra-se facilmente: são critérios de segurança da sociedade os que devem prevalecer na sua aplicação.⁴³⁸ O que não significa, mesmo assim,

436. Trata-se de uma cláusula de *ultima ratio*, "die letzte Eingriffs-möglichkeit": cfr., MÜLLER-DIETZ (n. 157), p. 117.

437. O princípio foi seguido no caso das limitações derivadas da finalidade de reinserção social. Vejam-se os artigos já citados.

438. Cfr., por exemplo, art. 50.º, n. 2: "As licenças de saída só podem ser concedidas se...".

falta de consciência do risco que sempre representam para a sociedade sendo certo que, no entanto, se quer reduzi-lo ao mínimo.

Poder-se-á dizer, por outro lado – e tocamos agora o plano prático – que antes de discutir este conflito de objetivos se deveria traçar os limites das suas possibilidades reais de verificação. E isso porque, em muitos casos, não existem realmente situações que provocam conflito. O que se verifica é que em muitos estabelecimentos domina um sentimento excessivo de segurança que, em grande parte dos casos, não se justifica, dado que relativamente a uma percentagem significativa de reclusos não se pode falar em perigo de fuga.

O conflito existe, assim, unicamente, na cabeça dos funcionários, isto condicionado naturalmente, até certo ponto, pela dificuldade em reconhecer fugitivos em potência.⁴³⁹

De qualquer modo, é um fato a tendência para dar prevalência à função de segurança e resolver os conflitos – reais ou imaginários – em favor desta última.

O que não é de admirar se se pensar, desde logo, na elevada percentagem de guardas prisionais existentes nos estabelecimentos penitenciários em detrimento do número de trabalhadores sociais que assim dificilmente podem exercer a sua influência na modelação da execução. Por outro lado, a manutenção nos estabelecimentos de formas de hierarquia tradicional arraigadas favorece também a resolução dos conflitos naquele sentido.

Contudo, isto são apenas aspectos parcelares de uma problemática mais vasta que pode realmente privilegiar a idéia de segurança em prejuízo do pensamento de reinserção social. No seu âmbito se podendo situar a questão debatida sobre as possibilidades de alcançar resultados positivos orientando a execução pela finalidade de reinserção social. Já nos debruçámos sobre o tema que poderemos agora colocar resumidamente relembrando os fatores principais de que o seu êxito está dependente.⁴⁴⁰ personalidade do delinqüente e

439. Vide HOHMEIER, *Die Strafvollzugsanstalt als Organisation, in Die Strafvollzugsreform*, p. 126; SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 181.

440. Cfr., com uma síntese idêntica, OPP, *Zur Erreichung des Resozialisierungsziels im Strafvollzug*, in *Mkrim* 55 (1972), p. 157 s.; ROTTHAUS, *Strafvollzug und Rückfälligkeit*, in *ZStVo*, 27 (1978), p. 1 s.

seu grau de impregnação criminosa, condições de vida no estabelecimento e suas possibilidades de tratamento,⁴⁴¹ finalmente, estruturas sociais externas.

Há, assim, um quadro de condições que devem ser promovidas de modo a favorecer a realização da finalidade de reinserção social: para além dos aspectos que diretamente se prendem com o tratamento e posição jurídica do recluso na execução, trata-se de adotar, com esse sentido, medidas no campo institucional e pessoal.⁴⁴²

Outra ordem de dificuldades apontada é resultante do próprio sistema penal.⁴⁴³ Realmente, a questão tradicional da antinomia dos fins das penas foi abordada na perspectiva da “disfuncionalidade do sistema de direito penal”.⁴⁴⁴ A esta abordagem – em que não pode passar despercebida a importância do contributo de

441. Salientam-se, sobretudo, as dificuldades da educação “*para a liberdade através da privação da liberdade*”, o que é apontado como uma “utopia pedagógica”. Cfr. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzug und Strafvollzugsdienst heute*, in Mkrim 50 (1967), p. 281 s.

442. O Decreto-Lei de Execução procura dar cumprimento às exigências de realização destes pressupostos enunciando três princípios fundamentais que devem impor-se na vida do estabelecimento: aproximação das condições gerais de vida (art. 3.º, n. 2), evitar as consequências nocivas da privação de liberdade (art. 3.º, n. 2) e proporcionando auxílio na obtenção da reinserção social.

443. SCHÖCH distingue o que tratamos como conflitos de fins iminentes à execução (*Vollzugsimmanente Zielkonflikte*) dos conflitos do sistema penal (*Strafrechtssystematischen Zielkonflikte*), in KAISER/KERNER/SCHÖCH, (n. 68), p. 60.

444. Vide CALLIESS, que no seu livro *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* (n. 182), propõe, nestes termos, uma abordagem do direito penal: cfr., sobretudo, pp. 35, 75 s., 143 s., 152 s., 173, 186, 188, 190 e 206 s. Cfr., ainda MIR PUIG, *Introducción* (n. 182), p. 83 s., 108, s., 134 s. e 295 s.; BACIGALUPO, *Significación y perspectivas de la oposición “derecho penal – política criminal”*, in RIDP, 1978, p. 16 s., referindo que as disfuncionalidades são consequência de “un sistema penal desarticulado, en que el derecho penal no es el derecho penal de la política criminal de la resocialización” (p. 17), procurando orientar a pena e todo o direito penal pela finalidade de ressocialização.

Para tentar superar as contradições assim feitas ressaltar entre um direito penal da culpa e um direito penitenciário ao qual se assinala como principal missão a reinserção social do delinquente foi recentemente acolhida por alguns modernos penitenciaristas a idéia contida na *teoria dialética* da pena. Sobre isto, cfr. ROXIN, *Sentido y lymites* (n. 28), p. 20 s.

HASSEMER⁴⁴⁵ – não sendo estranha, de modo nenhum, a influência da sociologia funcionalista de PARSONS e MERTON, sobretudo a “teoria dos sistemas” de LUHMANN. Assim, o direito penal é considerado como um *sistema*, por sua vez composto de diversos *sistemas parciais* que, em caso de exigências ou características opostas geram a *disfuncionalidade*. Ora, para o que aqui nos ocupa, é segundo esta perspectiva denunciada a disfuncionalidade entre medida e execução da pena, cujos princípios não estão sempre de acordo: assinala-se que a pena necessária para alcançar um objetivo ressocializador não estaria de acordo com a pena determinada em função da culpa.

É esta uma questão que importava não deixar de assinalar aqui e onde a dogmática jurídico-penal encontra vasto campo de especulação. Sem dela curarmos, nada impede que sempre se faça ressaltar que a antinomia se verifica se se arrancar de uma concepção radical indeterminista de culpa ou de uma teoria determinista monocausal de ressocialização que de todo em todo se afastam. Por outro lado, a idéia de prevenção geral que, não se nega, tem um significado no quadro do direito penal e cuja (medida da) pena também visa satisfazer, nada obriga que se realize na sua execução.⁴⁴⁶ Esta não deve ver-se agravada com sofrimentos inúteis ou supérfluos que sempre contrariariam a finalidade de reinserção social que se quer prosseguir.

O que se pode dizer, entretanto, é que o problema radica sobretudo num conflito imanente à execução, este aspecto constituindo o objeto das nossas preocupações. Assim sendo, não podemos desviar-nos muito desta constatação: a de que o nível de segurança – ou, então, o nível de tolerância neste campo – anda indiscutivelmente relacionado com o espírito da época, concedendo-se mais importância ao fator segurança sempre que o sentimento de ameaça é especialmente forte.

Em caso de dúvida é inegável a tendência para valer o princípio *safety first* que, importa reconhecê-lo, restringe praticamente muito das possibilidades de tratamento.

445. Cfr. nomeadamente, o estudo *Strafzumessung, Strafvollzug und die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Die Strafvollzugsreform*, cit., p. 53 s.

446. É esta idéia afastada pelo art. 2.º do Decreto-Lei de Execução na interpretação que, em texto, se fez.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO RECLUSO E SEU ÂMBITO

1. Uma abordagem da problemática

A atitude da sociedade perante aqueles que dentre os seus membros cumprem penas privativas de liberdade sofreu uma profunda modificação, sem que se possa ainda excluir, contudo, uma mal disfarçada surpresa quando a questão recai sobre “os direitos dos reclusos”.

O longo e penoso caminho percorrido neste domínio viu-se por vezes atravessado por considerações atinentes ao tratamento penitenciário que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se então menos em presença de verdadeiros direitos do que de privilégios que podiam ser restringidos ou suprimidos ao livre arbítrio de uma administração ainda toda poderosa. Em última análise, preocupava-se esta com os direitos dos reclusos na medida em que via na sua regulamentação um fator relevante para o bom funcionamento da instituição carcerária.

Sem se esquecer a importância que significou trazer assim a debate, no quadro de conceitos mais ou menos vagos e imprecisos de reinserção social, a temática referente à posição jurídica do recluso, sabe-se como só para além desta compreensão se logrou encetar novos rumos e perspectivas em relação a tão controvertida matéria.

A defesa da posição jurídica do recluso – iniciada, já vimos, com os trabalhos de FREUDENTHAL – veio culminar na sua consideração como portador de direitos fundamentais inerentes à

consideração do homem no mundo atual e a que indissociavelmente se liga, sem dúvida, uma mudança essencial de enfoque das chamadas relações especiais de poder.

Abandonada a teoria clássica que situava certas relações de vida – designadamente, e pelo que aqui nos interessa, no que se refere aos reclusos – no domínio do “*não-direito*” e (ou) rejeitada a tese de que os cidadãos que são regidos por estatutos especiais renunciam aos direitos fundamentais ou ficam numa situação de sujeição que implica uma qualquer *capitis deminutio*, surge definitivamente delineada do horizonte jurídico a unanimidade de posições que vêem o recluso como sujeito de direitos, mantendo relações *jurídicas* – de onde emergem direitos e deveres – com a administração.

Assim, não constituirá hoje fonte de dúvida que, à partida, todos os indivíduos, seja qual for a situação em que se encontram, gozam de direitos fundamentais, sendo já ultrapassada a concepção que encara os reclusos como desprovidos de direitos.

Trata-se, indiscutivelmente, de um fato novo na história da (execução) da pena que – estamos agora aptos a compreendê-lo – só é possível equacionar devidamente tendo em atenção dois vetores: por um lado, os pressupostos jurídico-constitucionais que, de maneira decisiva contribuíram para fornecer à execução um fundamento jurídico (-legal); abandonado o estado de completa sujeição ao poder arbitrário e absoluto que detinha a administração penitenciária, a viragem operada no entendimento destas relações especiais de poder só se torna possível, por outro lado, quando surge e se afirma, para além da função meramente punitiva, uma finalidade de reinserção social.

Tudo isto pretende tão-só mostrar a diferença primordial que existe entre a degradação do recluso a mero objeto de medidas punitivas (ou de correção), abandonado a forças que de todo em todo lhe eram estranhas, arredado do direito – posição em que tudo lhe era “concedido” e “anda negado porque nada tinha” – e uma visão mais humanitária, pode dizer-se – já que a ela se prende, indiscutivelmente, um longo processo de humanização da detenção⁴⁴⁷ – mas, ao mesmo tempo, “*jurídica*” da posição do recluso.

447. “There has been a gradual and considerable change in modern penology under the impact of social humanitarianism, of behavior sciences and permissive philosophy, and of diverse other cultural influences”, P. W. TAPPAN (n. 43), p. 99.

Toda a contrária argumentação expendida – e que, em parte, afloramos no Capítulo I – ainda que bem fundada prendia-se afinal irremediavelmente a uma certa concepção do Estado e do Poder que não se compadece com a atual concepção do Estado de direito, exigindo a subordinação à lei e à Constituição – designadamente, no que diz respeito e aqui nos interessa, aos direitos fundamentais – destas agora impropriamente chamadas relações especiais de poder.⁴⁴⁸

Se se fica tributário de uma administração penitenciária que inegavelmente procurou substituir, à margem de legalidade,⁴⁴⁹ todo um sistema de execução de penas privativas de liberdade anquilosado e cruel, expressão máxima de garantia conferida à proteção do recluso como ser humano é a preocupação de fixar através da subordinação à lei tal proteção dos direitos do homem relativamente ao recluso.

No entanto, a expressão de tal legalidade não deixa de exigir, por isso mesmo – porque se trata de garantir a existência de uma relação de vida especial – uma *regulação elástica*⁴⁵⁰ pode – e deve⁴⁵¹ – admitir-se que “a ordenação de certos setores de relações (especiais) entre os indivíduos e o poder possa fundar (dar motivo) a restrições (também especiais) de alguns direitos – o bem estar da comunidade, a existência do Estado, a segurança nacional, a prevenção e repressão criminal, etc., são valores comunitários com assento ou reconhecimento constitucional que não podem ser sacrificados a uma concepção puramente individualista dos direitos fundamentais”.

Excusamo-nos aqui a mais reflexões, já que o assunto foi abordado na *Introdução*.

448. Sobre o Estado de direito democrático e os seus princípios componentes, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, vol. II, 1981, p. 38 s.

449. Assim, P. W. TAPPAN (n. 43), p. 99: “... The changes have occurred for the most part administratively with little relation to conceptions of due process and the rule of law that had developed during the eighteenth century and before”.

450. Segundo HESSE (n. 64), p. 135.

451. Assim VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 234; da mesma forma, GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 555.

Do que se trata é tão-só de relações de vida que exigem um *estatuto específico* – situado no seio da Constituição onde deve procurar o seu fundamento ou, pelo menos, o seu pressuposto – que não legitima qualquer limitação específica e implícita de direitos fundamentais.⁴⁵²

A compreensão da execução no âmbito jurídico-constitucional tem exatamente um dos seus momentos mais relevantes na determinação dos direitos fundamentais do recluso.

Ao estatuto especial do recluso é inerente uma legalidade própria em si mesma com um sentido necessariamente restritivo, indispensável à existência da própria relação especial como tal. De fato, o recluso não se pode eximir a uma intervenção, mais ou menos profunda, na esfera dos seus direitos fundamentais, enquanto essa intervenção exprime a própria essencialidade da execução ou é indispensável para assegurar a sua própria existência.⁴⁵³ Entretanto, as restrições de direitos fundamentais a que o estatuto especial dê motivo mas que não encontrem o seu pressuposto na Constituição serão, por isso, inconstitucionais.

452. Acentuando, expressamente, a idéia do fundamento constitucional de certas relações de vida que apenas exigem um estatuto específico, cfr. K. HESSE (n. 64), p. 134 s., especialmente, p. 136: “wenn die Grundrechte verfassungsrechtlich gewährleistet sind, können sie auch nur insoweit begrenzt werden als dies verfassungsrechtlich positiv oder doch wenigstens vorausgesetzt ist”.

Em sentido decisivamente contrário ao ensinamento clássico reconheceu-se que a situação de recluso enquanto tal não fundamentava, ademais num espaço totalmente isento de vinculação à lei, a conformação da sua posição jurídica.

453. É unânime o reconhecimento de que os direitos fundamentais não vigoram para os reclusos em toda a sua extensão. Assim, se bem que no âmbito de uma teoria tradicional das relações especiais de poder, K. TIEDEMANN (n. 57), p. 491, adoptava um critério segundo o qual “des droits fondamentaux sont... restreints dans la mesure où le maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire l'exige”.

Também o art. 3.º da “Récommandation relative aux droits électoraux, civils et sociaux du détenu, prévenu ou condamné” elaborada, em 1960, no seio do Conselho da Europa, depois de afirmar o princípio da titularidade dos direitos fundamentais, prevê que o seu exercício possa ser limitado “lorsqu'il est incompatible avec les buts de la privation de liberté ou avec le maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire”. Cfr. F. CLERC, *Les Droits du Détenu*, in RPS, 1961, p. 40.

Pressuposto destas restrições – e, a um tempo, deste estatuto especial do recluso, enquanto é imprescindível à própria coletividade a existência de certas relações de vida que incluem no seu âmbito direitos e deveres especiais⁴⁵⁴ – será a defesa de *valores constitucionais* já que, por outra forma, o legislador poderia criar arbitrariamente ordenamentos especiais para se subtrair ao respeito pelos direitos fundamentais.⁴⁵⁵

Por outro lado, o pressuposto constitucional-legal⁴⁵⁶ das limitações impede que, por recurso as teorias neo-institucionais ou funcionalizantes, se descure a observação das cautelas que rodeia qualquer intervenção nos direitos fundamentais.

454. Referindo-se, com este sentido, a certas relações especiais de vida, pode ler-se em HESSE (n. 64), p. 135: “Diese Lebens verhältnisse sind für das Leben des Gemeinwesens unentbehrlich”.

455. Neste sentido, HESSE (n. 64), p. 137.

A norma do art. 27.º, n. 2, da Constituição pode considerar-se mais do que uma simples norma de competência – atribuída ao legislador ordinário para regulação da matéria que, deve entender-se, inclui também poderes de restrições (cfr., neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 214) – que, se não encerra, ela própria, critérios que o legislador possa utilizar ao levar a efeito a sua tarefa, confere, no entanto, legitimidade à existência de uma regulação restritiva da execução.

Rigorosamente talvez se pudesse então dizer que, sendo a norma do art. 27.º, n. 2, uma norma limitativa af residiria, na própria Constituição, a verdadeira e única limitação de direitos dos reclusos que o legislador ordinário conformava e cujos critérios encontraria, como se viu, num autêntico conceito retributivo de pena e na Constituição, designadamente enquanto consagra um princípio de Estado social.

É este um outro entendimento possível que se afasta – porventura indo mais além – da linha que traçamos para a evolução da posição jurídica do recluso; desta forma, o que nos aparece como limitações do legislador ordinário melhor seria de entender como uma delimitação do âmbito de vigência dos direitos fundamentais na execução, trazendo já a limitação constitucional, como corolário, outras limitações imprescindíveis à manutenção da ordem e segurança do estabelecimento.

Das virtualidades que este pensamento encerra ou das possíveis críticas de que possa ser alvo não curamos aqui.

456. É através de lei – com caráter geral e abstrato – que, segundo a Constituição (art. 18.º, n. 3), os direitos fundamentais do indivíduo podem ser limitados. Sobre a exigência de leis restritivas com caráter geral e abstrato, cfr. GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 549 s.

A limitação que sofrem os direitos dos reclusos é assim amplamente fundamentada não à luz de valores que o legislador arbitrariamente tenha eleito para justificar a aplicação de medidas restritivas na execução, antes a reinserção social, sendo o princípio que norteia toda a sua regulação, surge como uma verdadeira exigência constitucional, como valor que cumpre ao legislador ordinário não só realizar, como preservar.⁴⁵⁷

Caberia aqui perguntar como se justifica então que “em nome da ordem e segurança do estabelecimento (art. 4.º, n. 1) se venha a permitir, do mesmo modo, a interferência nos direitos fundamentais do recluso. Reconhecido, entretanto, como a sua manutenção é um pressuposto indispensável para a realização do objetivo de reinserção social e contribuindo, ao mesmo tempo – enquanto se visa a segurança externa – para assegurar a defesa da sociedade, difícil será não lhe conceder valor como critério limitativo de direitos fundamentais dos reclusos. Indiretamente, é certo, ter-se-á em vista, aqui também, a existência de um valor constitucional.

Bem se compreende, portanto, que as restrições que envolve a conformação do estatuto jurídico do recluso – exigidas pela especificidade estatutária e encoradas na Constituição – vejam a sua medida limitada por um critério de exigibilidade ou proporcionalidade. O que quer significar que só é legítimo restringir na medida em que isso for necessário para satisfazer aqueles valores constitucionais, ficando afastadas medidas limitativas dos direitos fundamentais não exigíveis ou desproporcionadas.⁴⁵⁸

457. Sobre a intervenção do poder legislativo no quadro dos direitos fundamentais a fim de permitir a realização ou defender valores constitucionais, cfr. VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 204 s.

É a idéia de reinserção social que justifica, fundamentalmente, o estatuto especial do recluso na sua qualidade de estatuto restritivo; para além disso, contudo, e para evitar abrir o passo a um qualquer limitação de direitos arbitrária, preferiu o legislador, como já vimos, fazer uma enumeração taxativa dos casos em que aquela limitação fosse permitida.

458. “Impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa, segundo o seu peso na situação”. Trata-se, no fundo, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações concretas de exercício especial de direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme aos valores constitu-

Desta tensão dialética entre os valores constitucionais que se pretendem ver defendidos – já por si portadores de uma irredutibilidade intrínseca – e os direitos que se querem assegurar aos reclusos no âmbito deste estatuto especial, resulta que nem se podem sacrificar em demasia os direitos fundamentais naquele âmbito, nem a garantia dos direitos pode inviabilizar a função do estatuto.⁴⁵⁹

A aceitação deste critério pressupõe, no entanto, que o *conteúdo essencial*⁴⁶⁰ dos direitos fundamentais permaneça intocado.

Vemos, assim, que há direitos fundamentais em relação aos quais as exigências de regulação da execução não justificam restrições porquanto seria impossível admitir a limitação do direito subjetivo individual sem afetar o conteúdo essencial do preceito constitucional que o prevê. Neste caso se encontra, desde logo, o *direito à vida* que a nossa Constituição consagra (art. 25.º, n. 1)⁴⁶¹ e cuja dimensão

cionais. Cfr., VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 203 e 204; também sobre o assunto, GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 553.

459. Neste sentido, expressamente, HESSE (n. 64), p. 136, ao apontar, procurando a solução no quadro da unidade da Constituição um princípio de *concordância prática*: “weder dürfen die Grundrechte den Sonderstatusverhältnissen zum Opfer gebracht werden, noch dürfen die grundrechtlichen Gewährleistungen die Funktion jener Verhältnisse unmöglich machen”.

460. Sobre o assunto, cfr. na doutrina alemã – cuja Constituição contém uma cláusula semelhante à do nosso art. 18.º, n. 3 – as posições assumidas pelos defensores das teorias absolutas e relativas, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Kommentar*, notas aos art. 19.º, II; HESSE (n. 64), p. 139 s., segundo o qual o conteúdo essencial de um direito seria afetado se a restrição não fosse forçosa ou na medida em que o não fosse. Entre nós, cfr. GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 551 s.; VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 220 s., defendendo um *duplo caráter* do conteúdo essencial.

461. Cfr., também, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 2.º.

Note-se que a pedra angular da Convenção é o direito de recurso individual por parte da vítima de violação de um direito (art. 25.º, da Convenção), que só é possível, entretanto, quando o Estado que haja embora ratificado a Convenção o reconheça expressamente. O Decreto-Lei de Execução assegura precisamente ao recluso os direitos reconhecidos nos arts. 25.º e seguintes da Convenção, esgotados que sejam os recursos internos, assim visando não impor o Estado português qualquer impedimento ao exercício do direito de recurso individual que expressamente consagrou. (Cfr. art. 151.º)

subjetiva irredutível justifica a apreciação do núcleo essencial na ótica do direito fundamental concreto.⁴⁶²

Nem parece que de outro modo se devam entender as coisas relativamente ao *direito à integridade física* que a nossa Constituição igualmente protege (art. 26.º), designadamente estabelecendo o direito a não ser submetido “a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos” (art. 26.º, n. 2).⁴⁶³

É aqui, no entanto, de toda a conveniência levantar a questão de saber se a aplicação de certas medidas gerais ou especiais de segurança – nomeadamente, isolamento em cela especial de segurança (art. 113.º) – ou de certas medidas disciplinares – internamento em cela disciplinar (art. 133.º, n. 1, al. i) e (art. 134.º) – constituem, por si só, uma forma de tratamento desumano. O problema foi já suscitado, a nível prático, no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tendo então sido decidido em sentido negativo, mas acrescentando-se que o caso de um prolongado isolamento sensorial acompanhado de isolamento social pode levar à destruição da personalidade, constituindo, então, tratamento desumano.⁴⁶⁴

Dadas as condições que devem rodear, por lei, a aplicação de tais medidas – nomeadamente, no que diz respeito ao limite de

462. Sobre o direito à vida, permanecendo ilimitado na execução, cfr. MÜNCH (n. 34), p. 74; WÜRTENBERGER (n. 34), p. 200; K. TIEDMANN (n. 34), p. 130; PINHEIRO FARINHA, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os Reclusos* (Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 21 de novembro de 1980), p. 9.

463. Neste sentido, MÜNCH (n. 34), p. 74.

Cfr., também, art. 3.º, da Convenção e art. 7.º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, aprovado para ratificação pela Lei 29/78, de 12 de junho e constando Aviso de depósito do instrumento de ratificação com data de 12 de julho de 1978 (cfr., Diário da República de 16 de agosto de 1978).

No âmbito de competência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem têm-se vindo a suscitar numerosos casos de queixas contra a aplicação de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos. Cfr., por exemplo, o caso em que a utilização de vestuário penitenciário durante uma saída foi considerada indesejável, mas não constituindo tratamento degradante ou desumano, in *Case-Law Topics*, 1 – *Human Rights in Prison*, 1971, Strasbourg, p. 6.

464. Cfr., decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 8 de julho de 1978, in *Ann Conv Droits de l'Homme*, XXI, 455.

tempo da sua duração, cuidados médicos a observar, etc. – vê-se assim reforçada aquela opinião defendida em tese geral, não se observando, além do mais, a cominação de qualquer tipo de medidas disciplinares que envolvam *castigos* corporais.

Ainda no âmbito dos direitos não passíveis de restrição advinda da posição de recluso insere-se o *direito ao respeito pelos seus bens*⁴⁶⁵ que encontra expressão, nomeadamente, nos arts. 6.º, n. 6, al. f e 155.º, n. 2 do Decreto-Lei de Execução.

Nada impede, entretanto, que em relação a outros direitos fundamentais seja admissível, em certas circunstâncias, a sua *restrição*, ou mesmo a *anulação* do direito subjetivo de certos indivíduos. Com o que, adiante-se desde já, não se pretende sufragar qualquer posição que conduza a defesa do conteúdo essencial à mera necessidade de harmonização de bens jurídicos a levar a efeito mediante critérios de concordância prática.

Assim, e relativamente àquele último aspecto, sacrificada a liberdade de um delinqüente condenado – isto é, afetado o núcleo essencial do seu *direito à liberdade* – nem por isso se pode afirmar que as leis penais que impõem esse sacrifício redundam na destruição do núcleo essencial do *direito à liberdade*.⁴⁶⁶ É aqui patente a acentuação da função objetiva dos direitos fundamentais, considerados na sua totalidade, na vida comunitária.⁴⁶⁷ Contudo, não fica por aqui a proteção conferida pelo limite absoluto do art. 18.º, n. 3, da Constituição, que tem um duplo caráter.⁴⁶⁸ Se é certo que só o critério da proporcionalidade é suficientemente maleável para proteger, na adequada medida, os direitos fundamentais – sempre

465. Neste sentido, MÜNCH (n. 34), p. 76.

Cfr.; 1.º Protocolo Adicional à Convenção Européia dos Direitos do Homem, art. 1.º Sobre este direito, que não impede a apreensão de dinheiro e objetos encontrados no momento da detenção para garantir o possível pagamento do imposto de justiça e encargos fiscais, *Case-Law Topics* (n. 452), p. 36 s.

466. Cfr., art. 27.º, n. 1.

467. Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 521; do mesmo modo, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 223 s., salientando que o “conteúdo essencial tem de entender-se como referido não ao direito mas ao preceito constitucional... enquanto norma de valor ou garantia” (n. 224).

468. *Vide* nota 449.

pressupondo, é certo, que não seja afetado o conteúdo essencial do preceito constitucional que prevê o direito fundamental em causa, sobretudo quando aquela posição é entendida em termos de a proporcionalidade da restrição dever ser avaliada à luz do direito restringido⁴⁶⁹ – parece-nos, contudo, que na proibição contida no art. 18.º, n. 3, da Constituição, há uma “proibição *absoluta*, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável”⁴⁷⁰ constituído pela projeção da idéia de dignidade humana em cada preceito constitucional.

É a dignidade humana como limite absoluto das restrições no âmbito do estatuto jurídico especial do recluso que deve portanto permanecer sempre intocado,⁴⁷¹ impedindo, desde logo, que a restrição da liberdade seja ilimitada no tempo,⁴⁷² não podendo abranger todos ou a generalidade dos domínios da vida do indivíduo, subordinando ao fim específico da especial relação estabelecida aspectos que não lhe respeitam. Não é assim legítimo, hipoteticamente, a pretexto de uma idéia de segurança, anular *completamente* a esfera de intimidade privada do recluso.⁴⁷³

469. Cfr., nota 449. Expressamente, HESSE (n. 64), p. 139-140.

470. Do mesmo modo VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 220 s.

471. Sobre a dignidade humana como limite das restrições no âmbito da execução, K. TIEDEMANN (n. 34), p. 113 s.; WÜRTENBERGER (n. 34), p. 200; MÜNCH (n. 34), p. 74, apontando alguns exemplos do que considera atentatório da dignidade humana: revistas a reclusas na presença de funcionários homens (cfr. o nosso art. 116.º, n. 3, do Decreto-Lei de Execução), utilização de fotografias de reclusos para fins não estritamente de serviço ou criminalístico, designação por número dos reclusos (pense-se, de resto, no direito à identidade pessoal, art. 33.º, n. 1, da Constituição).

472. Cfr., aliás, o limite expressamente formulado e com este sentido, do art. 30.º, n. 1, da Constituição.

473. O direito à intimidade da vida privada e familiar que a nossa Constituição garante (art. 33.º, n. 1) sofre restrições inerentes à própria natureza de uma pena privativa de liberdade. Esta mesma conclusão defendendo a Comissão Europeia dos Direitos do Homem a propósito de um caso que apreciou: “The Commission found that it was na inherent feature of lawful imprisonment that the prisoner should be restricted in his private life”, in *Case-Law Topics* (n. 452), p. 24.

Nada impede, entretanto, que certas precauções sejam previstas no sentido de reduzir ao mínimo indispensável aquelas intervenções. Assim, e pelo que diz respeito à intimidade da vida privada, curou o Decreto-Lei de Execução de prover à satisfação das exigências de proteção da esfera íntima do recluso logo no momento de *ingresso*

Estamos, no entanto, num domínio particularmente vulnerável a ataques aos direitos fundamentais e em que o indivíduo(-recluso) facilmente se pode ver reduzido a uma situação de quase-escravidão. Para o evitar, e só porque tocamos aqui um caso de manifesta insuficiência daquele limite absoluto, sendo especialmente necessário garantir o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais também pela invocação de um valor constitucional que imponha o sacrifício dos direitos fundamentais e pela proibição da sua restrição desproporcionada. E aqui não se trata já de limites fixos, de uma proibição absoluta, “mas de uma proibição relativa, referida a um conteúdo essencial elástico e só em concreto determinável”.⁴⁷⁴

Há assim certos direitos que os reclusos podem ver comprimidos durante a detenção ou cujo exercício pode ser *condicionado*, legal ou faticamente.⁴⁷⁵

A distinção entre condicionamento e restrição não é muito clara, em abstrato, sendo fundamentalmente *na prática*, através do grau ou intensidade da interferência legislativa no direito que se pode determinar se se trata propriamente de uma restrição. Teoricamente, os condicionamentos “organizam e disciplinam a “boa execução” dos preceitos constitucionais”, sendo sua intenção “assegurar praticamente e fortalecer o direito fundamental constitucionalmente declarado”.

Lidando-se aqui com a privação do direito à liberdade *física* – o que envolve a limitação de um direito cuja difusão é tão forte

no estabelecimento (cfr. art. 6.º, especialmente, n. 1). De igual forma, e no que se refere a *revistas* – quer pessoais, quer de objetos ou quarto de internamento –, procurou a lei rodeá-las das necessárias garantias de respeito pela privacidade.

Relativamente à proteção da intimidade da vida familiar os problemas suscitados são também múltiplos e variados, tendo sido levantadas algumas questões no seio da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, designadamente referentes a visitas ou correspondência com filhos menores, visitas conjugais, etc. Cfr., *Case-Law Topics* (n. 452), p. 20. Entre nós, a legislação prevê o direito a visitas de descendentes ou irmãos menores de dezesseis anos (art. 30.º, n. 5) e possibilita o internamento de filhos de reclusas até os três anos de idade junto das mães (art. 206.º).

474. Salientando, neste sentido, o caráter excepcional do poder de restrição, cfr. VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 227, que conclui: “o conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantia começa onde acaba a possibilidade (legitimidade) da sua restrição”.

475. Segue-se, aqui, VIEIRA DE ANDRADE (n. 56), p. 211 s.

e tão central – vai ainda condicionar-se *faticamente* o exercício de outros direitos fundamentais. Tal será o caso, nomeadamente, do *direito de deslocação e de imigração e de escolha de residência* (art. 44.º, da Constituição) que, dada a natureza intrínseca da privação de liberdade, não pode ser exercido na prática. Pense-se, também, em *certos casos* de exercício do *direito de reunião e de manifestação* (art. 45.º), da *liberdade de criação cultural* (art. 42.º),⁴⁷⁶ ou do *direito de educação dos filhos* (art. 36.º, n. 5).

Um caso que pode suscitar alguma controvérsia diz respeito ao *direito de contrair casamento* que a nossa Constituição consagra em condições de plena igualdade (art. 36.º, n. 1).⁴⁷⁷ Não tendo o legislador ordinário entendido – e julgamos que bem – que este direito sofresse quaisquer restrições, os condicionamentos que porventura venha a comportar – no exemplo, através de preceitos administrativos, organizatórios ou de instrução⁴⁷⁸ – não podem revestir-se de tal qualidade que envolvam o cariz de verdadeira limitação.⁴⁷⁹

De fato, esta posição parece ser a mais adequada sem afetar, desde logo, a manutenção da ordem e segurança do estabelecimento. De fato, sendo admitido por lei o casamento por procuração, sempre a autoridade penitenciária pode impedir a sua celebração no estabelecimento, salvaguardando-se, assim, a realização do direito e a proteção do valor ínsito na idéia de segurança.⁴⁸⁰ Por outro lado,

476. Note-se, entretanto, que se mantém a liberdade de criação cultural. Podendo ela abranger várias formas de expressão, as limitações serão as previstas daí decorrentes, entendendo-se que deve sempre funcionar, em geral, o princípio fundamental da manutenção da ordem ou segurança do estabelecimento.

477. Cfr., também, art. 12.º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem e art. 23.º, n. 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.

478. Sobre a problemática que envolve a legitimidade desta possibilidade, cfr., GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 53. *Vide*, entretanto, o art. 224.º do Decreto-Lei de Execução.

479. Sobre a possibilidade, em geral, de controle jurídico destes preceitos administrativos, cfr., GOMES CANOTILHO (n. 99), p. 53 s.

480. Segundo a Recomendação adoptada pela Assembléia Geral da Comissão Internacional do Estado Civil de Viena (7 de setembro de 1976), o casamento não pode estar subordinado a uma autorização administrativa; daí que, em princípio e admitida pela lei a celebração do casamento por procuração, o recluso pudesse sempre celebrar casamento e a autoridade penitenciária só poderia impedir a

invocar aqui motivos de reinserção social sempre se poderia confundir perigosamente com um excesso de tutela por parte da administração penitenciária que extravasa da sua função educativa.⁴⁸¹

Nem alguns obstáculos⁴⁸² igualmente aduzidos parece que devam encontrar acolhimento, nomeadamente, o que deriva do impedimento de coabitação entre os cônjuges. Se a expressão “comunidade de vida” tem de ser entendida num sentido particular no chamado “*casamento in articulo mortis*”, não poderá esse mesmo entendimento levar a impor que não se permita fazer derivar da reclusão, que se prevê mais ou menos longa, uma proibição que atinge um direito fundamental do indivíduo?⁴⁸³

O tema, de resto, não é novo na doutrina estrangeira, nomeadamente, de expressão suíça⁴⁸⁴ e alemã,⁴⁸⁵ que largamente se orienta na direção que defendemos.

celebração no estabelecimento. Extraído da Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por PINHEIRO FARINHA (n. 451), p. 16.

481. Tal seria, o caso, por exemplo, quando a administração penitenciária se pronunciasse sobre a oportunidade do casamento sob o ponto de vista da reinserção social baseando-se na moralidade ou personalidade do recluso e também do futuro cônjuge. A Recomendação do Comité Europeu para os Problemas Criminais (1957) adotava uma solução de compromisso que não afastava este critério: reconhecendo implicitamente o direito do recluso a contrair casamento, permitia à administração penitenciária opor-se ao exercício desse direito desde que o considerasse incompatível com o fim da execução. Cit., P. CORNIL (n. 23), p. 71.

O problema, é igualmente equacionado nesta base por P. CORNIL (n. 82), p. 10 e F. CLERQ (n. 442), p. 38.

482. Alguns obstáculos que, na prática, se podem levantar – nomeadamente, quanto ao móbil do casamento – são analisados por P. CORNIL (n. 82), p. 9 s.

483. Argumento extraído da Conferência de PINHEIRO FARINHA (n. 451), p. 16.

Em sentido contrário, baseando uma decisão negativa sobre o direito a contrair casamento exatamente no obstáculo da longa duração da detenção, cfr. decisão da Comissão Européia dos Direitos do Homem, in *Case-Law Topics* (n. 452), p. 34 s.

484. “Le droit de mariage est un droit protégé par la Constitution, que l’état de détention ne supprime pas”, JACOMELLA, *Le statut juridique du condamné – informations pénitentiaires suisses*, décembre, 1957, citação de P. CORNIL (n. 82), p. 9. Também aqui se cita, no mesmo sentido, JAGGI, *Die rechtliche Stellung des Strafgefangenen und des Strafenlassenen*.

485. Cfr. WÜRTENBERGER (n. 34), p. 200; MÜNCH (n. 34), p. 75, expressamente pondo em relevo que a inxequibilidade da sociedade conjugal não representa qualquer obstáculo para o casamento.

2. O âmbito dos direitos fundamentais do recluso à luz do Decreto-Lei de Execução das Penas e Medidas de Segurança Privativas de Liberdade

Do que até aqui se vem afirmando resulta com clareza a verdadeira necessidade de conformação (jurídico-)legal dos direitos fundamentais no domínio da execução.

Sabe-se como precisamente na matéria referente aos direitos fundamentais se delineou, desde cedo, a exigência de uma apertada proteção em face da Administração, traduzida no princípio da legalidade. E não se ignora, do mesmo passo, como as exigências do Estado de direito vieram submeter à lei a definição dos direitos e deveres dos reclusos e da administração penitenciária tornando incompatível com a Constituição (art. 267.^d, n. 2) a doutrina da limitação dos direitos fundamentais do recluso segundo a teoria clássica das relações especiais de poder, acusada, nomeadamente, de “criar” a aparência de legalidade”.⁴⁸⁶

No âmbito da execução e na base da manifestação de legalidade neste domínio está uma preocupação especialmente vincada de corresponder à satisfação das necessidades de proteção – muito particulares, dada a vinculação mais profunda dos indivíduos – através da definição por lei, nos seus aspectos essenciais e tão detalhada quanto possível, da posição jurídica do recluso. Só que – e é importante repeti-lo – as limitações de direitos que nesta atividade se determinem não podem ser absolutos nem deixam os reclusos à mercê do legislador, devendo ser sempre respeitados os requisitos em geral estabelecidos para as limitações de direitos fundamentais, podendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que os infrinja.

É assim que, (re)afirmada de forma expressa e positiva a titularidade dos direitos fundamentais por parte dos reclusos⁴⁸⁷ – arts.

486. Cfr., GOMES CANOTILHO (n. 99), nota 69, p. 555.

487. Reforçando, de algum modo, este aspecto, cfr. decisão n. 1.270/61 v. República Federal Alemã, da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, in Yearbook 5, p. 126 (cit., *Case Law Topics*, (n. 452), p. 1): “Even if an applicant is imprisoned in execution of a sentence imposed on him for crimes against the

3.º, n. 1 e 4.º, n. 1 do Decreto-Lei de Execução – vem este diploma a assegurar a sua proteção e conformação.

De resto, a necessidade desta conformação legal não é menos imperiosa pelo fato de se estabelecer para o recluso a garantia de não ser atingido nos seus direitos fundamentais – num primeiro momento – “salvo as limitações resultantes do *sentido* da sentença condenatória” (art. 4.º, n. 1).⁴⁸⁸ Tratando-se da aplicação de uma pena privativa de liberdade que necessariamente conleva, a par da perda de liberdade física, a diminuição ou anulação de outros direitos, não fica assim arredado o perigo de fazer derivar dali limites incertos e vagos, não expressamente positivados, com que se abria a via de um (novo) e grave arbítrio.

Sendo assim, para além dos casos expressamente previstos, só será possível invocar – e é este o segundo momento que queríamos referir – a segurança e ordem do estabelecimento para impor limites aos direitos dos reclusos, conformando a sua posição jurídica.

Com o recurso e esta cláusula geral de *ultima ratio* adota-se, desde logo, uma posição realista face à multiplicidade de casos concretos que podem surgir e em relação aos quais o legislador não deu necessária cobertura.⁴⁸⁹

Por outro lado, resultam afastadas as dúvidas que eventualmente ainda permanecessem quanto ao recurso direto à finalidade de reinserção social para limitar direitos fundamentais. Se tal não é possível – e nisto tem inegável peso o resultado de experiências de anos, que não deixa de refletir um certo desencanto em torno da justeza de decisões tomadas invocando aquela finalidade⁴⁹⁰ – não

most elementary rights of men, this circumstance does not deny him the guarantee of the rights and freedoms defined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”.

488. O problema da limitação dos direitos fundamentais do recluso (condenado), ultrapassa, como se sabe, o quadro penitenciário, não constituindo, nessa medida, objeto do nosso estudo.

Sobre o sentido da sentença condenatória, patente no Código Penal, cfr., art. 58.

489. Cfr. p. 164/5, Cap. III.

490. Face à crescente intervenção nos direitos dos reclusos em nome da reinserção social uma das principais preocupações foi desde logo assegurar, quanto

é, da mesma forma, necessário, uma vez que, nos casos mais importantes, é o próprio legislador a prevê-los, respeitando dessa forma a exigência de legalidade.

A posição adotada não implica, por isso, uma menor relevância conferida à finalidade de reinserção social que, já vimos, deve orientar toda a modelação da execução e a própria consolidação e conformação da posição jurídica do recluso. O que se nega é a possibilidade de, para além dos limites legais, invocar motivos de reinserção social para fundamentar intervenções nos direitos dos reclusos. Esse valor, como valor constitucional, fundamenta já a limitação que representa o estatuto jurídico especial do recluso e não pode legitimar – a pretexto da consagração positiva que mereceu (art. 2.º, n. 1), de resto a par da de outros princípios gerais que informam a modelação da execução (por exemplo, art. 3.º, ns. 2 e 3) – outras limitações de direitos não previamente estabelecidas.

Relativamente aos limites impostos em nome da ordem e segurança do estabelecimento – e já vimos como se trata de um valor instrumental da realização da finalidade de reinserção social,⁴⁹¹

a esse aspecto, a defesa jurídica da posição do recluso, já que, por mais certas e seguras que sejam aí as posições assumidas, sempre permaneceria a possibilidade de uma larga margem de arbítrio. Neste sentido, já JACOBI (n. 58), p. 397; SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 45, reproduz decisão judicial expressiva, segundo a qual a execução constituía uma especial relação de poder em cujo âmbito a administração estava justificada para, de forma geral ou especial, tomar todas as medidas necessárias à realização da execução da pena, no sentido das suas finalidades juridicamente reconhecidas.

A tradicional limitação de direitos fundamentais dos reclusos através do entendimento das relações especiais de poder permitia precisamente que os seus direitos fossem limitados para além (ou sem) a existência de uma disposição legal nesse sentido, desde que a finalidade da execução o impusesse. O que hoje se vem afirmar não é tanto que essa finalidade deixe de ter interesse para a determinação da posição jurídica do recluso – recordamos o que se disse no Capítulo II – antes que só é possível invocá-la nos limites da legalidade. Dizer que assim se chega a resultados iguais ou idênticos não invalida a importância do que esta nova posição exprime na transformação radical da posição que, à partida, o recluso ocupa na execução: em vez de ver os seus direitos limitados por causa da reinserção social, é a lei que – e aí reside a garantia –, em nome da reinserção social, os limita.

491. Este aspecto é posto em relevo pelo próprio diploma legal, no seu art. 108.º, n. 2.

sem esquecer a sua importância relativamente à defesa da sociedade – importará adiantar uma noção ainda que breve sobre aqueles conceitos e os princípios fundamentais que os orientam para que possa resultar clarificado o exato sentido em que aqui intervêm a justificar a imposição de limitações de direitos aos reclusos.

Numa execução orientada de forma primordial pela finalidade de reinserção social, a compreensão da realidade traduzida pelo binómio “ordem e segurança” afasta-se, necessariamente, da tradicional.⁴⁹² De fato, quando o campo de interação num estabelecimento penitenciário deixa de ser (in)definido como um “espaço vazio” no sentido de conformar uma especial relação de poder e passa a ser entendido como um “campo de tratamento”, no sentido ativo e positivo que lhe imprimem as exigências de um Estado de direito social, a ordem e a segurança só secundariamente devem ser prosseguidas através da aplicação de medidas que conlevam um significado necessariamente repressivo.

Os princípios da responsabilidade do recluso como seu fator determinante⁴⁹³ – ultrapassado um entendimento em que as relações se mantinham sobretudo através de uma disciplina de tipo policial – e da subsidiaridade⁴⁹⁴ – no sentido da aplicação de medidas gerais

Anote-se que, na República Federal Alemã, antes do aparecimento da StVollzG, o BVerGE proclamou, na célebre decisão de 14.03.1972 (*in* JZ 1972, 357): “Bis zum rechtzeitigen Erlaß eines Strafvollzugsgesetzes seien Eingriffe in Grundrechte nur dann zulässig wenn, sic unerlässlich sein, um den strafvollzug aufrechtzuerhalten und geordnet durchzuführen”, recusando assim, aliás, o recurso direto ao sentido e finalidade da execução.

492. Quando, durante a execução, o recluso deva ser preparado para “no futuro, conduzir a sua vida de modo socialmente responsável sem que pratique crimes” a compreensão da ordem e segurança do estabelecimento encerra, necessariamente, um novo significado. Salientando este aspecto, expressamente, MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 185 s.

Para uma visão crítica do conceito tradicional de ordem e segurança do estabelecimento, cfr., designadamente, CALLIES, *Strafvollzug – Institution im Wandel*, 1970, p. 64; SCHÜLER-SPRINGORUM (n. 57), p. 181 s.; BAUMANN, *Sicherheit und Ordnung in der Anstalt. Einige kritische Erwägungen zu §§ 72 ff. Des Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes*, in *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 561 a 576.

493. V. art. 108.º, n. 1, do Decreto-Lei de Execução.

494. V. art. 108.º, n. 2, do Decreto-Lei de Execução (“... condição indispensável de um tratamento adequado”).

de segurança só ter lugar quando o objetivo de uma vida em comunidade devidamente organizada não se alcançou através de medidas gerais ou especiais de tratamento⁴⁹⁵ – são expressão segura de que, pese embora a utilização do binômio *tradicional*, tal não significa, a sua compreensão *tradicional*.

Por outro lado – e corroborando esta posição – a manutenção da ordem do estabelecimento não deve nunca ser confundida com a finalidade da execução, constituindo antes um princípio pedagógico elementar de convivência ordenada dentro do estabelecimento.⁴⁹⁶

A aplicação, em geral, de medidas de segurança visa a *manutenção* da ordem e segurança no estabelecimento,⁴⁹⁷ o que lhes confere – diferentemente do que acontece com as medidas disciplinares⁴⁹⁸ – um caráter preventivo que, a acrescer às considerações expendidas, contribui igualmente para a criação dos pressupostos elementares de realização dos objetivos da execução.

Nestes termos, – e é este um terceiro princípio a observar – o princípio da proporcionalidade⁴⁹⁹ a seguir na sua aplicação reveste-se de um cunho específico que lhe conferem os critérios da *adequação* e da *necessidade*.

Assim, afastada a idéia de ser necessária a aplicação de medidas com cariz de segurança para a generalidade dos reclusos,⁵⁰⁰ o primeiro critério a ter em atenção refere-se à adequação entre a medida de segurança e o motivo da sua aplicação, o que se reveste de uma importância decisiva se se pensar, desde logo, nos diversos tipos de estabelecimentos previstos. Na realidade, os motivos para

495. Afloramento do princípio do primado de reinserção social.

496. Cfr., neste sentido, CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (n. 65), p. 229.

497. Cfr. art. 108.º e art. 111.º, para a aplicação de medidas *especiais* de segurança, onde expressamente se fala em *perigo* sério de evasão ou da prática de atos de violência contra si próprio ou contra pessoas ou coisas.

498. Anote-se o n. 5 do art. 111.º que expressamente recusa a utilização de medidas especiais de segurança a título de medidas disciplinar.

499. V. art. 108.º, n. 3.

500. Anote-se que o próprio internamento em estabelecimento de segurança reforçada é o resultado de uma necessidade de *individualização* no tratamento e, portanto, com esse cariz deve ser visto de forma primordial.

a aplicação de tais medidas têm significados totalmente diversos consoante se referem, por hipótese, ao contexto de um estabelecimento aberto ou fechado.

Considerado o fim tido em vista – que, sendo a curto prazo a manutenção da ordem e segurança, nunca pode comprometer o resultado a médio ou longo prazo pretendido através do tratamento –, deve ser respeitado, na duração da sua utilização, o critério da necessidade. Assim, por razões de ordem e segurança no estabelecimento – e para além da imposição de deveres ou de medidas gerais e especiais de segurança *em sentido estrito*⁵⁰¹ são ainda restringidos certos direitos dos reclusos numa clara limitação que, pode dizer-se, funciona como uma verdadeira medida de segurança em sentido amplo.

Encontram-se com este sentido previstas limitações, por exemplo, à *inviolabilidade de correspondência*,⁵⁰² à *liberdade de culto religioso*⁵⁰³ ou à *liberdade de informação*.⁵⁰⁴

São estas limitações descritas, em certos casos, com algum detalhe, com o intuito, não só de assim se facilitar e sua aplicação ao caso concreto, como também de facultar a proteção jurídica desejada. Nem sempre, contudo, esse resultado se terá podido alcançar, pelo que sempre será difícil fornecer um quadro expressivo do que, neste domínio, pode constituir a realidade penitenciária portuguesa.

501. Constituem deveres dos reclusos – cuja infração culposa desencadeia, nos termos do art. 128.º, n. 1, a aplicação de medidas disciplinares – por exemplo, o respeito pelas regras de conduta enunciadas no art. 110.º, os deveres a observar quanto à posse de objetos (art. 119.º), o dever de trabalho (art. 64.º) e outros, bem como todos aqueles que venham a ser concretizados através de regulamento interno (por exemplo, arts. 83.º, n. 1; 93.º, 30.º, n. 4).

Comportam limitações, em sentido estrito, aos direitos dos reclusos, as medidas gerais (por exemplo, arts. 115.º, 116.º, 117.º, 118.º) e especiais (cfr., enumeração taxativa do art. 111.º, n. 2) de segurança.

502. Cfr. art. 42.º, (“controle” da correspondência), art. 40.º, n. 2 (proibição de correspondência com determinadas pessoas) e art. 43.º (retenção de correspondência).

503. Cfr., art. 90.º, n. 3 (limites à participação no culto e outros atos religiosos).

504. Cfr., art. 85.º, n. 2 (retenção de jornais e revistas), art. 86.º, n. 1 (proibição de audição de programas de rádios e televisão) e art. 87.º (proibição de posse de objetos, incluindo livros).

Para nos ajudar a traçar alguns contornos, ainda que vagos, quanto ao alcance concreto de algumas limitações previstas contamos sobretudo com o auxílio das decisões proferidas, a nível internacional, pela Comissão Européia dos Direitos do Homem ou pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a que, como já vimos, o recluso tem acesso.⁵⁰⁵

505. A proteção jurídica dos direitos dos reclusos realiza-se, a nível interno, através de um sistema semi-jurisdicional (cfr. arts. 138.º a 150.º do Decreto-Lei de Execução que manteve intacto o sistema do Decreto-Lei n. 783/76, de 29 de outubro).

Contudo, uma interpretação conforme à Constituição do estatuto jurídico do recluso obriga pelo menos à consideração da hipótese da proteção jurídico-constitucional dos direitos do recluso: assim, considerando-se ofendido nos seus direitos, para além de poder recorrer aos órgãos de soberania em geral (art. 49.º, n. 1, da Constituição e art. 150.º, n. 1, do Decreto-Lei de Execução) e ao Provedor de Justiça (art. 24.º, da Constituição) teria o recluso direito de recurso para os tribunais.

Esta última hipótese não se encontra regulada entre nós – saber quais seriam esses tribunais sendo problema que nessa sede deveria ser resolvido –, não devendo todavia ser de excluir. A idéia de um regime especial de proteção dos direitos dos reclusos, não sendo fundamentada em qualquer limitação deriva do conceito de relação especial de poder, não afasta, portanto, a garantia jurisdicional comum.

Quanto à possibilidade do direito de queixa em geral (art. 150.º, n. 1) a sua consagração reveste-se de grande significado, não podendo, desde logo, constituir infração disciplinar a apresentação, individual ou coletiva, de petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, não podendo, do mesmo modo, a administração penitenciária impedir, por qualquer modo, o exercício deste direito. Será aqui de algum interesse recordar a jurisprudência dos órgãos competentes internacionais sobre o exercício do direito de queixa por parte dos reclusos: assim, já foi decidido (Comissão Européia dos Direitos do Homem, 28 de agosto de 1959) que não constitui entrave ao exercício de tal direito a não autorização do recluso receber visitas suplementares de parentes ou amigos para com eles discutir os termos da queixa; foi, por outro lado, afirmado o direito dos reclusos se corresponderem livremente com a Comissão, apesar da admissibilidade da censura do correio quando prevista na legislação interna do Estado e desde que daí não resulte qualquer coação ou entrave ao direito do interessado (Comissão, 21 de dezembro de 1960); o confisco de uma carta dirigida por recluso ao secretário da Comissão Européia dos Direitos do Homem, constituindo entrave à apresentação de queixa, integra violação do art. 25.º (Comissão, 7 de julho de 1964); ao recluso que, durante 27 meses, esteve privado de consultar advogado ou solicitador para demandar o guarda prisional a quem atribui práticas violadoras do art. 3.º da Convenção é lícito apresentar queixa à Comissão, muito embora não haja intentado

Assim – e vamos apenas referir alguns casos cuja problemática possa ser mais premente – as restrições ao direito à inviolabilidade de correspondência não comportam, na jurisprudência daqueles órgãos internacionais, violação do art. 8.º da Convenção que garante aquele direito, cabendo as medidas limitativas previstas nas exceções autorizadas pelo seu n. 2.⁵⁰⁶

Saliente-se, entretanto, que no *Caso Golder* o Tribunal rejeitou claramente a tese segundo a qual o direito do recluso à inviolabilidade da correspondência se encontra submetido a limitações implícitas derivadas da sua situação de detenção.⁵⁰⁷

Quanto ao direito de participação na vida pública,⁵⁰⁸ já se entendeu poderem os Estados estabelecer certos limites ao seu exercício – para além dos derivados das sentenças e, nomeadamente, em relação ao exercício do direito de voto ou de se candidatar a eleições – que não contrariam o art. 3.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem desde que tais limitações não sejam arbitrárias e não importem ofensa à livre expressão da opinião do povo.⁵⁰⁹

Relembra-se, a este propósito, a importante Recomendação do Comitê Europeu para os Problemas Criminais (1957) onde se avançam algumas soluções para o problema do exercício do direito ao voto, aí se decidindo pela sua não limitação, exceto nos casos em que tal resulte da sentença.⁵¹⁰

ação perante as jurisdições internas (Comissão, 6 de dezembro de 1979) in Conferência (n. 451), p. 6.

506. Cfr. *Caso Silver*, relativo à violação da inviolabilidade de correspondência (Rapport de la Commission, adopté le 11 octobre 1980, Strasbourg).

507. Cfr., Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Golder*, du 21 février 1975, citado in Rapport (n. 495), p. 61. Ali se acrescenta: "Un détenu a dont le même droit qu'une personne en liberté au respect de sa correspondance, les exigences normales et raisonnables de la détention étant pertinentes pour évaluer la justification de toute ingérence dans ce droit au titre des exceptions autorisées par l'article 8, par. 2".

508. Direito garantido no art. 150.º, n. 2 do Decreto-Lei de Execução.

509. Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 30 de maio de 1975, in Ann Conv Droits de l'Homme, XVIII, p. 237.

510. Cit., P. CORNIL (n. 23), p. 70. Citam-se, a este propósito, as experiências levadas a efeito na Inglaterra e Alemanha Federal, onde, se bem que em

Nos Estados Unidos, TAPPAN⁵¹¹ considera, por exemplo, a privação do exercício do direito de voto mais um caso de conveniência política, do que uma verdadeira necessidade.

circunstâncias diferentes, foi autorizado o *voto por correspondência*. Vide, ainda, L. FOX, *The English Prison*, cit., p. 220 e P. CORNIL (n. 82), p. 11 s., onde se analisa o caso daquele segundo país: as considerações expendidas sobre a "tendência de voto" não parecem ter relevância, ou, pelo menos, serão sempre de difícil comprovação.

511. TAPPAN (n. 43), p. 109. Cfr., ainda, decisão proferida nos Estados Unidos, nos anos sessenta, sobre o caso *Reynolds v. Simms* – (1964): "The right to vote freely... is of the essence of a democratic society, and any restrictions on that right strikes at the heart of representative government"; e, mais adiante: "history has seen a continuing expansion of the scope of the right to suffrage in this country", cit., J. B. JACOBS, *Macrosociology and Imprisonment, in Corrections and Punishment*, cit., p. 99.

BIBLIOGRAFIA

- AEBERSOLD (P.) – Le Projet Alternatif Allemand d'une loi sur l'exécution des peines (trad. de D. CHAST). RIDP, 1975, n. 3.
- ALBOR (F.) – Presentación – *Estudios Penales*, vol. III.
- ALEXANDER (M. E.) – Do our prisons cost too much? *Annals*, 293, 1954.
- ALLEN (F.) – The Borderland of Criminal Justice – *Essays in Law and Criminology*, 1964.
- ALPERT (G.), Legal Rights of prisoners, 1980.
- ALTENHAIN (G.) – Die Straferichtlich Rechtsprechung zum Rechtsschuß gegen Justizverwaltungsakte – *JZ*, 1966, p. 6 s.
- ANABITARTE (A. G.) – Relaciones de sujeción y principio de legalidad en la administración. R. Adm Pública, 1961, n. 34, p. 11 s.
- ANCEL (M.) – La Défense Sociale Nouvelle, 1981.
- . Debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas relativos aos direitos civis e políticos dos presos. R. I. de politique criminelle, n. 14, 1959, p. 94.
- ANDENAES (J.) – General Prevention Revisited: Research and Policy Implications – *J. Crim.*, 66 (1975), p. 338 s.
- . General Prevention – Illusion or Reality – *J. Crim.*, 43 (1952/1953), p. 176 s.
- . The General Preventive Effects of Punishment – *Crime and Justice*, Vol. II, 1971, p. 74 s.
- ANDRADE (V.) – Direitos Fundamentais, 1979.
- BACIGALUPO (A.) – Significación y perspectivas de la oposición "derecho penal-política criminal" – *RIDP*, 1978, p. 16 s.
- BADURA (P.) – Generalprävention und Würde des Menschen – *JZ*, 1964.
- BAILEY (W. C.) – Correctional Outcome: an evaluation of 100 reports – *J. Crim.*, 1957, p. 153 s.
- BALLHAUSEN (W.) – Erwachsenbildung und Resozialisierung, 1980.
- BARATTA (A.) – Marginalidad Social y Justicia – informe general sobre los aspectos jurídicos (IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1977) – *Questione*, 1976, p. 237 s.

- . Criminologia critica y politica penal alternativa – *Questione*, n. 3, 1977, p. 339 s.
- . Conflito Sociale e Criminalità. Per la Critica della Teoria del Conflito in Criminologia – *Questione*, n. 3, 1977, p. 9 s.
- BARBOSA DE MELO (A.) – Democracia e Utopia (Reflexões), 1980.
- BARNES (H. E.)/TEETERS (N. K.) – New Horizons in Criminology, 1943.
- BATES (S.) – The Prison – Asset or Liability – *Annals*, 293, 1954.
- BAUMANN (J.) – Die Dienst-und Vollzugsordnung vom 1.º.12.1961 – *Mkrim*, 1964, p. 57 s.
- . Sicherheit und Ordnung in der Anstalt. Einige Kritische Erwägungen zu §§ 72 fg. Des Entwurfs ein Strafvollzugsgesetz – *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 561 s.
- . Die Strafvollzugsreform aus der Sicht des Alternativ-Entwurfs der Strafrechtslehrer – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 21 s.
- . Sicherheit und pädagogischer Unordnung – *Die Reform des Strafvollzugs*, 1927.
- . Einige Modelle zum Strafvollzug, 1979.
- . Der Alternativ-Entwurf zum Strafgesetzbuch und der Strafvollzug – *Mißlingt die Strafrechtreform*, 1969, p. 120 s.
- BEAUMONT (G.) e TOCQUEVILLE (A.) – Du système pénitentiaire aux Etats-Unis, 1833.
- BEDAU (H. A.) – Concessions to Retribution on Punishment – *Justice and Punishment*, 1977, p. 61 s.
- BEMMANN (G.) – Über das Ziel des Strafvollzugs – *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 891 s.
- BENNET (J. V.) – Evaluating a Prison – *Annals*, 293, 1954.
- BERGALLI (R.) – Ejecución penal y politica criminal en America Latina – *RIDP*, 1978, n. 1, p. 77 s.
- BERISTAIN (A.) – La reeducacion del condenado – *Sul Problema della Rieducazione del Condannato*, 1964, p. 342 s.
- BETTIOL (G.) – Diritto Penale, 10.^a ed., 1978.
- . O Mito da Reeducação – *O Problema Penal*, trad. de Fernando de Miranda, 1967.
- BLAU (G.) – Sozialpädagogische Tendenzen im Strafrecht der Gegenwart – *Mkrim.*, H. 5/6, 1962, p. 141 s.
- . Aufgaben und Grenzen der Kriminalpädagogik, Busch/Edel, 1969, p. 385 s.
- BLOMBERG (D.) – Les études socio-culturelles portant sur le milieu de détention ou de traitement – *L'efficacité des peines* (Conseil de l'Europe), 1967.

- BOIX REIG (J.) – Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución – *Escritos Penales*, 1979, p. 107 s.
- BRANDT (H.) – Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform – *ZStVo*, 1975, p. 129 s.
- BRICOLA (F.) – Le misure alternative alla pene nel quadro di una “nuova” politica criminale – *RIDPP*, 1977, p. 13 s.
- BRITO (Sousa e) – A Lei Penal na Constituição, 1978.
- BRUNNER (G.) – Die Problematik des Sozialen Grundrechts, 1971.
- BRUSTEN (M.) – Resozialisierung als Problem der Gesellschaft – ein Beitrag zum Dialog zwischen Soziologen und Vertretern der Sozialarbeit, 1972.
- BUFFARD (S.) – Le froid pénitentiaire – L'impossible réforme des prisons, 1973.
- CAETANO (M.) – Tendências do Direito Administrativo Europeu – *BFD*, Lisboa, 1967, p. 91 s.
- CALLIESS (R. P.) – Theorie der Strafe im demokratischen und Sozialen Rechtsstaat, 1974.
- . Strafvollzug – Institution im Wandel, 1970.
- CALLIESS (R. P.)/MÜLLER-DIETZ (H.) – Strafvollzugsgesetz, 1979.
- CALON (C.) – La Moderna Penologia, I, 1958.
- CANNAT (P.) – Chronique Penitentiaire – *RScCrim*, 1953, p. 329 s.
- CANOTILHO (G.) – Direito Constitucional, I, 2.^a ed., 1980.
- . Direito Constitucional, II, 1981.
- CANTERO (S.) – La substitución de la pena de privación de libertad – *Estudios Penales*, II, 1978, p. 232 s.
- Case-Law Topics, I* – Human Rights in Prison, Strasbourg, 1971.
- CASEY (R.) – Catchall Jails – *Annals*, 293, 1954.
- CICALA (S.) – Limiti e rapporti tra politica criminale, diritto penitenziario e tecnica o pratica penitenziaria – *RDPP*, 1935, p. 365 s.
- CLEMMER (D.) – The Process of Prisonization – *Crime and Justice*, vol. III.
- CLERC (F.) – *Les Droits du Détenu* – *RPS*, 1961, p. 34 s.
- COLARDYN (M.) – La problematique de la peine privative de liberté au niveau de la personne et du travail en détention – *BAP* (Bruxelles), 1975, p. 180 s.
- Colóquio do Centenário da “Société Général des Prisons et de Législation Criminelle”* – *RPDP*, 1976, p. 655 s.
- CONDE (M.) – La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito – *Doc. P.*, n. 7, p. 625 s.
- Congresso* (III) Internacional de Direito Penal (Palermo), 1932 – *RDPP*, 1933, p. 150 se *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, p. 358.

Contributo Penitenciário Francês para o II Congresso Internacional de Criminologia, 10 a 19 de setembro de 1950: La prison est-elle un facteur criminogène? – RDPP, 1951, p. 25 s.

CORNIL (P.) – De la privation à la restriction de la liberté. *To the memory of Sir Lionel Fox – studies in penology*, 1964.

———. A Propos des Droits Civils et Politiques des détenus – RPS, 74, p. 1 s.

———. Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire, 1955, FIPP.

CORREIA (E.) – Assistência Prisional e Post-Prisional, 1956 (Separata do Suplemento XV do Bol. da Fac. de Direito de Coimbra).

———. A doutrina da culpa na formação da personalidade – RDES, ano I, 1945-1946, p. 24 s.

———. A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa (Separata do vol. XLVI do Bol. da Fac. de Dir. da Univ. de Coimbra, 1970).

———. La Peine de Mort. Réflexions sur as problematique et sur le sens de son abolition au Portugal. *Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, 1967.

———. Professor Doutor José Beza dos Santos (Alguns aspectos da sua obra como criminalista) – Separata do Bol. da Fac. de Direito, vol. XXXI, 1956.

———. La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963 (Separata do vol. XVI do Suplemento do Boletim da Fac. de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos “In Memoriam” do Prof. Beza dos Santos).

———. Estudos sobre a evolução das penas no direito português, vol. I, 1979.

———. *Direito Criminal*, vol. I e II, 1968.

———. Código Penal – *Projecto da Parte Geral*, 1963.

———. Revisão do Código Penal (Parte Geral) – Proposta de Lei n. 117/1 (Diário da Assembleia da República, Suplemento ao n. 136, de 28 de julho de 1977).

CRESSEY (D.) – Limitations of Organization of Treatment in the Modern Prison – *Theoretical Studies in Social Organization of the Prison*, 1960, p. 78 s.

DELL'ANDRO (R.) – Aspectos Jurídicos de la Pena de Prision – *Estudios Penitenciarios*, ano 25, 1969, p. 561 s.

DEVESA (R.) – Derecho Penal Español, PG, 1976.

DIAS (F.) – O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, 2.^a ed., 1978.

———. A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais (Separata vol. 48, 1972, do Bol. Fac. Dir. Univ. Coimbra).

———. Liberdade, Culpa, Direito Penal, 1976.

———. Lei Criminal e Controlo da Criminalidade, 1976.

- DIAS (F.)/ANDRADE (M. C.) – Criminologia, 1979.
- DIAZ (E.) – Estado de Direito e Sociedade Democrática, 1969.
- DRESSLER (D.) – Practice and Theory of Probation and Parole, 1969.
- DUPRÉEL (J.) – Les Droits des Détenus – *RDP Crim*, 1957/1958, p. 163 s.
- EISENMANN (F.) – Le droit administratif et le principe de légalité – *RDAdm.*, vol. 56, 1959.
- ENGISCH (C.) – Introdução ao Pensamento Jurídico, 3.^a ed.
- ERIKSSON (T.) – Society and Treatment of Offenders – *To the Memory of Sir Lionel Fox – Studies in penology*, 1964.
- ESER (A.) – Resozialisierung in der Krise, Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs – *Festschrift für Peters*, p. 512 s.
- FALKOF (B. F.) – Prisoner representative organization – *J.Crim.*, vol. 70, 1979, p. 44 s.
- FARINHA (J. D.) – A convenção europeia dos direitos do homem e os reclusos, Sep. BFDUC, 56 (1980).
- FEEST (J.) – Kommentar zum Strafvollzugsgesetz (Gesamts herausgeber Z. Wassermann), 1980.
- FOGEL (D.) – Pursuing Justice in Corrections – *Justice and Punishment*, 1977, p. 125 s.
- . Traitement pénitentiaire et contrainte – *Déviance*, 1979, vol. 3, n. 2, p. 149 s.
- FORSTHOFF (E.) – Traité de droit administratif allemand (trad. de M. Fromont), 1969.
- FOUCAULT (M.) – Surveiller et Punir, 1975.
- FOX (L.) – The English Prison and Borstal Systems, 1952.
- . The first amendment rights of prisoners – *J.Crim.*, vol. 63, 1972, p. 162 s.
- FRAGOSO (C.) – Perda da Liberdade (os direitos dos presos), tese n. 37 da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.
- FRENDENTHAL (B.) – Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Recht – *ZStW*, vol. XXXII (1980), p. 233 s.
- . Gefängnisrecht – *ZStW*, vol. XXXV, p. 917 s.
- . Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat – *ZStW*, vol. XXXIX, p. 493 s.
- . Die rechtliche Stellung des Gefangenen – *Deutsches Gefängniswesen*, E. Bumke, 1928, p. 141 s.
- FRIELINGHAUS (V.) – Strafvollzug in der Praxis, 1976.
- GALLIHER (E.)/MCCARTNEY (A.) – Criminology – power, crime and criminal law, 1977.

- GIMBERNAT (E.) – Relación General del Coloquio Regional Español – *RIDP*, 1978.
- GOFFMAN (E.) – On the characteristics of total institutions: staffinmate relations. *The Prison*, 1961, p. 68 s.
- GRAVEN (J.) – Le système pénitentiaire de la Suisse – *Les Grands Systemes Pénitentiaires*, vol. VI, 1950.
- GLASER (S.) – La résocialisation du condamné – *Sul Problema della rieducazione del condannato*, 1964, p. 34 s.
- GRAUL (H.-J.) – Der Strafvollzugsbau einst und heute, 1965.
- GREENBERG (D. F.) – The correctional effects of corrections: a survey of evaluations – *Corrections and Punishment*, 1977, p. 111 s.
- GRUNAU (T.) – Rechtstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs – *ZStW*, 70 (1958), p. 125 s.
- . Kritische Überlegung zum Strafvollzugsgesetz – *JR*, 1977, p. 51 s.
- . Taschenkommentar zum Strafvollzugsgesetz, 1977.
- GRÜNHUT (M.) – Rechtliche Garantien im Strafvollzug – *Die Reform des Strafvollzugs*, 1927, p. 17 s.
- GURR (T. R.) – Crime Trends in modern democracies since 1945 – *Annals*, 16, 1977, p. 41 s.
- GUARNERI (G.) – Attualità e prospettive della rieducazione del condannato – *Sul Problema...*, p. 276 s.
- GUZMÁN (G.) – En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria – *Escritos Penales*, 1979, p. 199 s.
- HAFFKE (H. C.) – Über den Widerspruch zwischen Therapie und Herrschaft – *ZStW*, 1976, p. 607 s.
- . Tiefenpsychologie und Generalpävencion, 1976.
- HARBORDT (S.) – Die Subkultur des Gefängnisses – eine sozialogische studie zur resozialisierung, 1967.
- HASSEMAR (W.) – Strafzumessung, Strafvollzug und the gesamte Strafrechtswissenschaft – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 53 s.
- HAWKINS (G.) – The Ideology of Emprisonment – *Progress in Penal Reform*, L. Blom-Cooper, ed. 1976, p. 101 s.
- . The Prison-Policy and Practice – *Progress...*, 1976.
- HÄUSSLING (J. M.) – Das Dilemma des Behandlungsvollzugs – *ZStrVo*, 1976, p. 9 s.
- HENTIG (H. v.) – Die Strafe, vol. II, 1955.
- HESSE (K.) – Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland, 1972.

- HIETE (A. v.) – Probleme des Strafvollzugs und der Strafvollzugsgesetzgebung – *ZStW*, 1956, p. 213 s.
- HIPPFL (E. v.) – Die geschichtliche Entwicklung des Freiheitsstrafe – *Deutsches Gefängniswesen*, E. Bumke, 1928.
- HIRSCH (A. v.) – Doing Justice – The Choice of Punishment, 1976.
- HOFFMEYER (C.) – Grundrechte im Strafvollzug, 1979.
- HOHMEIER (J.) – Die Strafvollzugsanstalt als Organisation – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 125 s.
- HOOD (R. G.) – Research on the Effectiveness of Punishments and Treatments – *Crime and Justice*, Leon Radzinowicz e M. Wolfgang, ed. 1971, vol. 3, p. 159 s.
- IMBERT (J.)/LEVASSEUR (G.) – Le Pouvoir, Le Juges et les Bourreaux, 1972.
- JACOBI (E.) – Die Rechtsstellung der Strafgefangenen – *ZStW*, 50, 1930, p. 376 s.
- JACOBS (J. B.) – Macrosociology and Imprisonment – *Corrections and Punishment*, 1977, p. 89 s.
- JEFFERY (C. R.) – Criminal Behavior and Learning Theory – *JCrim.*, 56, 1965, p. 294 s.
- JESCH (D.) – Ley e Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad, 1978.
- JESCHECK (H. H.) – Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1978.
- . La Réforme Pénale Allemande et Portugaise – *Estudos "In Memoriam" do Prof. Doutor José Bezeza dos Santos*, BFD, Suplemento XVI, p. 433 s.
- . Die Krise der Kriminalpolitik – *ZStW*, 91, 1979, p. 1037 s.
- . Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal – *Doc. P.*, n. 7, p. 465 s.
- . Das neue Deutschestrafrecht in der Bewährung – *Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch*, 1980.
- . Strafrechtreform in Deutschland, Allgemeiner Teil – *RPS*, Tomo 91, 1975.
- . Les principes de politique criminelle du projet de Code Penal Allemand en comparaison avec l'évolution du droit penal belge – *RDPCrim*, 1964, p. 205 s.
- . Le système pénitentiaire de la République Fédérale d'Allemagne – *Les Grands Systemes Pénitentiaires Actuelles*, 1955, p. 283 s.
- . La Pena Pecuniaria, moderno niezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi, *Ind P.*, n. 11, 1977, p. 365 s.
- KAISER (G.)/KERNER (H. J.)/SCHÖCH (H.) – Strafvollzug-eine Einführung in the Grundlagen, 1977.
- KAISER (G.) – Resozialisierung und Zeitgeist. Strafe, Behandlung oder etwas Drittes, was wissen wir von der Strafe? – Zu den Aufgaben, Problemen und

- Grenzen pönologischer Forschung heute – *Festschrift für Bockelmann*, 1978, p. 923 s.
- . Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform – *ZStW*, 78, 1966, p. 100 s.
- KAUFMANN (A.) – Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht – *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 89 s.
- . Strafrecht und Strafvollzug – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 35 s.
- KAUFMANN (H.) – Criminologia, Ejecución Penal y Terapia Social (trad. de J. B. Ramirez), 1979.
- KERNER (H. J.) – Behandlungs- und Vollzugsorganisation im neuen Strafvollzugsgesetz – *ZStVo*, 1977, p. 84.
- KITTRIE (N.) – The right to be different, 1971.
- KORN (R.)/McCORKLE (L. W.) – Criminology and Penology, 1965.
- KREBS (A.) – Die Aufgabe des Freiheitsstrafvollzuges – *Mkrim*, 53, 1970, p. 156 s.
- KRÜGER (H.) – Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis – *NJW*, 1953, p. 1369 s.
- . Allgemeiner Staatslehre, 1964.
- . Behandeln statt Strafen – *Mkrim*, 1977, p. 218 s.
- LARGUIER (J.) – Criminologie et Science Penitentiaire, 1971.
- LÉAUTE (J.) – Les Prisons, 1968.
- LEJINS (P.) – La crise actuelle de la politique criminelle aux Etats-Unis – *Archives de Politique Criminelle*, 4, 1980, p. 45 s.
- LISZT (F. v.) – Der Zweckgedanke im Strafrecht – *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905.
- LITTLE (A.) – Penal Theory, Penal Reform and Borstal Practice – na exemple of prescience – *The British Journal of Criminology*, 1963, vol. 3, p. 257 s.
- LOGAN (C. H.) – Evaluating research in crime and delinquency – *JCrim.*, 1972.
- LUISIER (A.) – La Prison est-elle um facteur criminogène – *RPS*, 1952, p. 110 s.
- MAELICKE (B.) – Entlassung und Resozialisierung, 1977.
- MAIHOFFER (W.) – Menschenwürde und Rechtsstaat, 1967.
- MAIWALD (M.) – Wege zur Strafrechtsreform, 1976.
- MALINVERNI (A.) – Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo – *Ind. P.*, 1973, n. 1.
- MANGOLDT (H. von)/KLEÍN (F.) – Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I.
- MANNHEIM (H.) – The Dilemma of Penal Reform, 1939.
- MANTOVANÍ (F.) – Pene e misure alternative – *RDPP*, 1977, p. 77 s.

- MARTÍNSON (L. D.) – What works? Questions and Answers about prison reform – *JCrim.*, 1972.
- . The effectiveness of correctional treatment – *A survey of treatment evaluation studies*, 1976.
- MATA (C.) – Derecho Administrativo penitenciario: proteccion al recluso – *R. Adm. Pública*, n. 76, 1975, p. 31 s.
- MAUNZ (T.)/DÜRIG (G.)/HERZOG (R.) – Grundgesetz – Kommentar, Bd. II.
- McCLEERY (R.) – The Governmental Proces and Informal Social Control – *The Prison – Studies in institutional organization and change*, 1961, p. 149 s.
- . Authoritarianism and the Belief System of Incurrigibles – *The Prison...*, 1961, p. 260 s.
- MELOSSI (E.) – Instituzioni di controllo Sociale.
- Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire*, FIPP, 1956.
- MIR PUIG (S.) – Fundamento Constitucional de la pena y teoria del delito – *Doc. P.*, n. 7, p. 525 s.
- . Introducción a las bases del derecho penal, 1976.
- MIRANDA (J.) – A Constituição de 1976 – formação, estrutura, princípios fundamentais, 1978.
- . Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, 1968.
- MITTERMAIER (W.) – Gefängniskunde – Eine Lehrbuch für Studium und Praxis, 1964.
- MITFORD (J.) – Kind and usual punishment – the prison business, 1974.
- MOLINA (P.) – La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopia, mito y enfemismo – *ADP*, tomo XXXII, fasc. III, p. 756 s.
- MONREAL (E. N.) – Política Criminal e Derecho Penal – *Association International de Droit Penal*, 1977, p. 239 s.
- MORRIS (N.) – The Future of Imprisonment, 1974.
- . Punishment and Prisons – *Justice and Punishment*, 1977, p. 157 s.
- . Prison in Evolution – *Community Corrections*, 1976, p. 75.
- MÜLLER-DIETZ (H.) – Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, 1970.
- . Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen? – *Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag*, Bd. I, 1970, p. 135 s.
- . Strafvollzugsrecht, 1978.
- . Strafzweck und Vollzugsziel, 1973.
- . Grundfragen der strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979.
- . Die Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz und die Strafvollzugsreform – *JZ*, 29, 1974, p. 351 s.

- . Verfassung und Strafvollzugsgesetz – *NJW*, 25, 1972, p. 1167 s.
- . Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform – *Mkrim*, 1972, p. 26 s.
- . Strafvollzug and Strafvollzugsdienst heute – *Mkrim*, 50, 1967, p. 281 s.
- . Probleme des modernen Strafvollzuges – Möglichkeiten und Schranken eines behandlungsorientierten Vollzuges, 1974.
- . Strafvollzugskunde als Lehrfach und wissenschaftliche Disziplin, 1969.
- . Wege zur Strafvollzugsreform, 1972.
- . Strafvollzug – Resozialisierung oder Leerlauf? – *Strafe und Verbrechen*, 1974/75, p. 49 s.
- MÜNCH (I. von) – Die Grundrechte des Strafgefangenen – *JZ*, 1958, p. 74 s.
- NEUMAN (E.) – Prisión Abierta, 1962.
- NEVES (C.) – Questão-de-Facto, Questão-de-Direito, ou o Problema metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica), I-A, Crise, 1967.
- . O papel do jurista no nosso tempo, 1968.
- . Justiça e Direito, 1976.
- . A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário, I Vol., 1976.
- . O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais – Separata da RLJ.
- NIEMEYER (H.) – Der konflikt im Erziehungsstrafvollzug, 1979.
- NOKES (P.) – The evaluation of penal systems – *Progress in Penal Reform*, 1974, p. 685 s.
- NORMANDEAU (A.) – Faut-il transformer on aboutir la probation? – *Criminologie*, p. 89 s.
- OHLÍN (L.) – L'organisation de la justice repressive des pays en voie de developpement – *RDPCrim*, 1977, n. 10, p. 837 s.
- OPP (K. D.) – Zur Erreichung des Resozialisierungsziel im Strafvollzug – *Mkrim*, 55, 1972, p. 157 s.
- ORLANDO (L.) – Prisons-Houses of Darkness, 1975.
- PALAZZO (F. C.) – Le interdizione nella prospettiva delle misure alternative alla pene – *RDPP*, 1977, p. 190 s.
- PAVARINI (G.) – In tema di economia politica della pena. *Questione*, n. 2-3, 1976, p. 263 s.
- PETERS (K.) – La rééducation et les droits des détenus – *RScCrim*, 17, 1962, p. 486 s.
- . Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs-und Erziehungs-Vollzugs – *Festschrift für Heinitz*, p. 502 s.

- . Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960.
- . Justiz als Schicksaal: ein Plädoyer für "die andere Seite" 1979.
- PINATEL (J.) – La société criminogène, 1971.
- . La prison peut-elle être transformée en institution de traitement? – *Annales Int*, 1969, p. 33 s.
- PINTO (S.) – Lições de Direito Criminal, 1845 (coligidas por F. d'Albuquerque e Couto e L. J. Dias de Carvalho).
- PLACK (A.) – Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974.
- POLANSKY (N. A.) – The prison as an autocracy – *JCrim.*, vol. 33, n. 1, 1942, p. 16 s.
- QUEIRÓ (A. R.) – Lições de direitos administrativo, vols. I e II, 1959, segundo as preleções ao curso do 2.º ano jurídico de 1956-1957.
- . O Poder Discricionário da Administração, 1944.
- . Tendência actuais da ciência do direito público, 1972.
- RADBRUCH (G.) – Die ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund – *Elegantiae iuris criminalis*, 1950, p. 116 s.
- RAMM (T.) – Der Wandel des Grundrechts und der freiheitliche Soziale Rechtsaat – *JZ* – 27, 1972, p. 137 s.
- Rapport de la Commission – Affaire Silver* (Strasbourg), 1980.
- Relatório do Comité Europeu para os Problemas Criminais sobre certas medidas de substituição das penas privativas de liberdade* (Mesures Pénales de Substitution aux peines privatives de liberté, Strasbourg, 1976).
- Resolução 76 (10): Sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté* (Comité de Ministros da ONU, 9 de março de 1976).
- ROTHAUS (A.) – Strafvollzug und Rückfälligkeit – *ZStVo*, 27, 1978, p. 15.
- ROTHMAN (D. J.) – The Discovery of the Asylum – Social order and disorder in the new republic, 1971.
- ROXIN (K.) – El desarrollo de la política criminal – *Doc. P.*, n. 7, 1979, p. 510 s.
- . Sentido y limites de la pena estatal – *Problemas básicos del derecho penal* (trad. L. Peña), 1976, p. 115.
- . Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo – *Problemas básicos...*, p. 375.
- . Política Criminal y Sistema del Derecho Penal (trad. F. M. Conde), 1972.
- RUNDE (P.) – Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 113 s.
- RUPPRECHT (K.) – Grundrechtseingriffe im Strafvollzug – *NJW*, 25, 1972, p. 1345 s.

- SCHMIDT (E.) – Strafzweck und Strafzumessung in eine künftigen Strafgesetzbuch – *Materialen zur Strafrechtsreform*, Bd I, 1954.
- . Der Strafvollzug in der Gedankenwelt Gustav Radbruchs ZStVo, 1960, p. 76 s.
- SCHMUR (E.) – The new penology: fact or fiction? – *JCrim.*, 1958, p. 331 s.
- SCHÖNEBORN (C.) – Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des Strafrechtlichen Schuldprinzip – *ZStW*, 1980, p. 682 s.
- SCHRAG (C.) – Some Foundations for a Theory of Correction – *The prison...*, 1961, p. 309 s.
- SCHÜLER-SPRINGORUM (H.) – Strafvollzug im Übergang – Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, 1969.
- . Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz – Über die Schwierigkeit, durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken – *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 869 s.
- SCHULTZ (H.) – Abschied vom Strafrecht – *ZStW*, 1980, p. 611 s.
- SELLIN (T.) – A Precursor of Modern Penology – *JCrim.*, 1926, p. 104 s.
- SESSAR (A.) – Die Resozialisierung der Strafenden Gesellschaft – *ZStW*, 1969, p. 372 s.
- SOARES (R.) – Direito Administrativo, 1978.
- . Interesse Público, Legalidade e Mérito, 1955.
- . Direito Administrativo, Curso de Direito do Porto (polic.).
- . Direito Público e Sociedade Técnica, 1969.
- SOMMER, (R.) – The End of Imprisonment, 1976.
- SOUSA, (MARNOCO e) – Direito Político, Coimbra, 1900.
- SPITTLER (E.) – Sozialarbeit im Strafvollzug – ein Erfahrungsbericht – *Mkrim*, 1977, p. 32 s.
- STRATENWERTH (G.) – Tendencias e Posibilidades de una Reforma Penal – *Doc. P.*, n. 7, 1979, p. 489 s.
- . Strafrecht und Sozialtherapie – *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 901 s.
- STRENG (F.) – Schuld, Vergeltung, Generalprävention – Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentrallbegriffe – *ZStW*, 1980, p. 637 s.
- SUTHERLAND (E.)/CRESSEY (D.) – Principes de Criminologie, 1970.
- SUTTINGER (G.) – Das Gefängnis als Abschreckungs-Erziehungs-und Verwahrungsanstalt – *JZ*, 1952, p. 737 s.
- SWINNEN (E.) – La liberté thérapeutique – *BAP* (Bruxelles), 1974, p. 115.
- SYKES (G.) – Criminology, 1978.
- . The Society of Captives – a study of a maximum security prison, 1971.
- SZABO (D.) – Criminologie et Politique Criminelle, 1978.
- TAPPAN (W.) – The legal rights of Prisoners – *Annals*, 1954, vol. 1, p. 99 s.

- TIEDEMANN (K.) – Die Rechtsstellung des Strafgefangen nach französischen und deutschen Verfassungsrecht, 1963.
- . La protection des Droits des détenus – *RSC*, 1962, p. 490 s.
- . Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzuges – *NJW*, 1967, H. 3, p. 87 s.
- . Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung – *ZStW*, 86 (1974).
- TOBY (J.) – Is Punishment Necessary? – *JCrim.*, 1964, 55, p. 332 s.
- VALDES (G. G.) – *La Nueva Penologia*, 1977.
- . La Reforma de las Carceles, 1978.
- . Comentarios a la Ley General Penitenciaria, 1980.
- . Introducción a la Penologia, 1981.
- . La Reforma Penitenciaria Española, 1981.
- VARAUT (J. M.) – La prison pour quoi faire? 1972.
- VÉRIN (J.) – La recherche conduirait-elle a abandonner la politique criminelle de reinsertion sociale? – *La Criminologie, bilan et perspectives – Mélanges offerts à Jean Pinatel*, 1980, p. 645 s.
- WAGNER (S.) – Administración penitenciaria – *R. Adm. Publica*, n. 80, 1976, p. 83 s.
- WALDMANN (P.) – Zielkonflikte in einer Strafanstalt, 1968.
- WILKINS (L. T.) – Ce que signifient les faits et les chiffres? – *L'efficacité des peines et autres mesures de traitement*, Conseil de l'Europe, 1967.
- . Evaluating of Penal Measures, 1969.
- WILLIAMS (H.) – Le changement de concept de la prison – *La Criminologie, bilan et perspectives*, p. 161 s.
- WILLIAMS (J. E.) – Criminological myths and realities – *Annals*, 1976, p. 29 s.
- WILSON (J.) – Thinking about crime, 1975.
- WOLFF (E.) – Verwaltungsrecht, II.
- WOLFF (E.)/BACHOF (O.) – Verwaltungsrecht, vol. I (9. Auf.).
- WÜRTENBERGER (T.) – Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsaat, 1970.
- . Strafvollzug im Sozialen Rechtsstaat – *Die Strafvollzugsreform*, 1971, p. 11 s.
- . Freiheit und Zwang im Strafvollzug – *NJW*, 69.
- . Das Menschenbild unserer Zeit und die Kriminalität als sozialkulturelles Phänomen – *BewHi*, 1966.
- . Erziehung und Recht im Strafvollzug – *Erziehung und Recht im Vollzug der Freiheitsstrafe*, 1974, p. 73 s.